

LORENZO SPADACINI

SEPARAZIONE DEI POTERI E FUNZIONE GIURISDIZIONALE

**L'esperienza nordamericana
e il divergente approccio delle democrazie europee**

LORENZO SPADACINI

**SEPARAZIONE DEI POTERI
E FUNZIONE GIURISDIZIONALE**

**L'esperienza nordamericana
e il divergente approccio delle democrazie europee**

Prima edizione in — Incroci — novembre 2012
© biblioFabbrica s.r.l.
Via Guglielmo Marconi, 9 – 25064 Gussago (Bs)
Tel. +39 334 8038 192 – fax +39 030 5531226
www.bibliofabbrica.com

La pubblicazione di questo volume è stata finanziata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

ISBN 978-889561015-3

Stampato su carta riciclata.

Copertina: carta Shiro Recycled Favini prodotta con fibra riciclata post-consumer e fibre vergini certificate con sistema FSC – credit material Cert. SGS-COC-2038.

Pagine interne: carta Recycling Signa, composta al 100% con carta da macero, proveniente da raccolta differenziata e sbiancata senza uso di cloro.

Marchi di garanzia: Angelo Blu e Nordic Swan.

RINGRAZIAMENTI

Questa ricerca ha richiesto un periodo di studio negli Stati Uniti. Così, grazie alla disponibilità della Facoltà di Giurisprudenza e del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Brescia cui appartengo, ho potuto accettare l'invito che la Cornell Law School mi aveva rivolto per un semestre di studio, generosamente ospitato nella Peace Tower della Myron Taylor Hall, sede di quella prestigiosa Facoltà. Per questo, alla mia università e a quella che mi ha ospitato va un sentito ringraziamento.

Il periodo di studio alla Cornell Law School ha rappresentato per me una grande esperienza e nello stesso tempo una straordinaria opportunità. In particolare voglio ringraziare l'amico Prof. Josh Chafetz, i cui seminari nel corso Separation of Powers, animati da un gruppo di studenti particolarmente valenti, mi sono stati di grande utilità, il Prof. Micheal Dorf, cui sono debitore per alcuni preziosissimi colloqui, ed il Prof. Sid Tarrow, per le delucidazioni di carattere storico e politologico, il sostegno morale e le piacevoli conversazioni in italiano.

Sono particolarmente grato, infine, al Professor Antonio D'Andrea, insostituibile punto di riferimento nei momenti cruciali della ricerca, e al gruppo dei costituzionalisti bresciani che, con disponibilità, mi hanno costantemente incoraggiato, stimolato ed assistito durante l'elaborazione del lavoro. Fra loro, uno speciale ringraziamento va all'amico e collega Matteo Frau e al dottor Marco Podetta per la preziosa collaborazione.

Brescia – Ithaca

25 ottobre 2012

Lorenzo Spadacini

INTRODUZIONE

«Oggi si può forse dire che il vero significato costituzionale del principio di divisione dei poteri consiste nella separazione e nella reciproca indipendenza fra poteri di governo o politici da un lato, poteri di garanzia dall'altro lato». La limpida affermazione era espressa da Valerio Onida nella prolusione con la quale, in qualità di Presidente della Corte Costituzionale, inaugurava l'anno accademico 2004-2005 dell'Università di Roma 3. Il riferimento ai poteri di garanzia includeva naturalmente anche organi quali il Presidente della Repubblica, la Corte Costituzionale e le autorità indipendenti, tuttavia l'affermazione si riferiva anzitutto al potere giudiziario. Onida, infatti, precisava che «il principio di separazione dei poteri si è sviluppato e perfezionato [...proprio] con riguardo al potere giudiziario» e che «questo è dunque, oggi, il senso profondo della divisione dei poteri». Ne faceva conseguire che tra il potere giudiziario e i poteri politici o di governo possono «manifestarsi forme di fisiologica tensione, se non di contrapposizione dialettica [...]. In effetti, si tratta di poteri destinati in qualche modo a confrontarsi, più che a collaborare»¹.

¹ La prolusione è pubblicata come V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Questione giustizia*, n. 1/2005, p. 1 ss. (i primi due brani citati sono a p. 2, gli altri a p. 3 e 4). Onida, p. 4, continuava: «Perciò non è forse del tutto proprio invocare, a proposito dei rapporti fra poteri politici e poteri di garanzia, il principio di leale collaborazione, che la giurisprudenza costituzionale e la stessa Costituzione richiama come regola nei rapporti fra poteri (specie fra poteri centrali e periferici). In realtà, fra poteri politici e poteri di garanzia, in particolare poteri giudiziari, la cifra dominante non è data tanto dalla collaborazione in senso stretto, quanto dalla distinzione dei compiti, dal reciproco rispetto e dalla reciproca lealtà». Lo stesso concetto veniva ripetuto in un seminario del 2006 a Modena in un intervento che sarebbe stato commentato in termini adesivi da Pietro Pinna. Si veda P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, in *diritto & questioni pubbliche*, n. 11/2011, p. 771 ss., ove, p. 772, si riporta l'opinione di Onida il quale, con riferimento al principio di leale collaborazione, precisa: «nei conflitti che coinvolgono autorità giudiziarie contrapposte a organi politici questo stesso principio non può giocare lo stesso ruolo, per la semplice ragione che le autorità giurisdizionali non dispongono delle

Eppure, nel definire i rapporti tra questi poteri, la giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale talora si è fatta orientare, al contrario, proprio da un principio di leale collaborazione tra autorità giudiziaria e organi di indirizzo politico². Di fronte a episodi di conflittualità sempre più frequenti – al punto da aver forse persino superato quel livello di fisiologica tensione fra politica e magistratura richiamato da Onida – il giudice costituzionale, in certi casi, ha legittimato talune interferenze con il giudiziario, abbracciando una nozione meno rigida della separazione dei poteri. Ancorché tale indirizzo non possa ritenersi perseguito univocamente³, la posizione di questa giurisprudenza della Corte

proprie attribuzioni ma sono vincolate ad applicare la legge» (gli atti del seminario sono stati pubblicati da R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, p. 387). A sua volta Pietro Pinna, p. 772, afferma che Onida «A ben vedere, ha ragione. In particolare è convincente l'argomento, secondo cui il giudice non deve collaborare con autorità estranee alla vicenda processuale. In effetti, sarebbe violato il principio dell'indipendenza del giudice, se l'esercizio della giurisdizione dipendesse dal comportamento di autorità governative». Si veda anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 335, secondo cui, poiché la funzione giurisdizionale è esercitata da soggetti ontologicamente indisponibili alla mediazione, si spiega come mai «i conflitti tra i poteri dello Stato abbiano raramente coinvolto organi entrambi "politici", essendo stati promossi per lo più da o contro organi giudiziari, organi le cui possibilità di accomodamento "politico" sono (si può presumere e sperare) assai scarse».

² Tale principio, inizialmente formulato con riguardo ai rapporti "verticali" tra Stato e Regioni, è stato poi impiegato anche in riferimento ai rapporti "orizzontali" tra i poteri dello Stato. In particolare, esso è stato utilizzato non solo con riguardo alla collaborazione tra Ministro della Giustizia e Consiglio Superiore della Magistratura nell'esercizio di funzioni aventi natura amministrativa, ancorché incidenti nel campo della giustizia e in particolare della carriera dei magistrati, ma anche con riguardo all'esercizio di funzioni schiettamente giurisdizionali. In proposito si vedano A. CARIOLA, *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.s.m. e Ministro guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolicizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3044 ss., e L. CARLASSARE, *La giustizia e il "suo" Ministro*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3319 ss.

³ Sul punto si veda A. CARMINATI, *La Corte costituzionale decide i conflitti "Berlusconi" e "Mastella" in materia di reati ministeriali e "taglia i ponti" tra le Camere e l'autorità giudiziaria*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), che registra una «pericolosa "escalation" del principio di leale collaborazione» tra il potere giudiziario e quelli politici o di governo nella giurisprudenza costituzionale (p. 12); osserva, tuttavia, come le recenti sentenze n. 87 e 88 del 2012 della Corte Costituzionale «sembrano [...] voler correggere il presupposto [della precedente]

Costituzionale e quella, richiamata, di un suo Presidente emerito, sembrano dunque ispirarsi a un'interpretazione affatto differente della dottrina della separazione dei poteri con riguardo alla collocazione del potere giudiziario.

Il dissidio non è nuovo. Si è largamente dibattuto se tale dottrina debba essere intesa in senso rigido o flessibile e spesso si è concluso nel primo senso con riguardo al potere giudiziario e nel secondo con riguardo agli altri due poteri. In particolare, nei rapporti tra legislativo ed esecutivo, specialmente nei sistemi parlamentari, si è giunti a mettere in discussione la stessa attualità della dottrina montesquieuviiana⁴. Non stupisce, perciò, che sia proprio questo il fronte della classica tripartizione che ha offerto maggiori spunti per una riflessione aggiornata del principio della separazione dei poteri, dei suoi presupposti e delle implicazioni derivanti da una gestione delle funzioni politiche fra gli organi di indirizzo che si presenta sempre più condivisa e, in un certo senso, confusa.

Sul fronte giudiziario, invece, l'accoglimento rigido della separazione dei poteri è sempre apparso pacifico, in linea di principio, suscitando con ciò minori interrogativi di tipo teorico. Nella pratica, tuttavia, anche la collocazione del giudiziario come rigidamente separato sembra poter cedere, talvolta, ad esigenze di maggiore flessibilizzazione. Esse parrebbero comunque giustificabili alla luce della dottrina di Montesquieu nella lettura che si è sviluppata, paradossalmente, più per rispondere al problema dell'unificazione dei poteri politici che non al tema specifico dei loro rapporti col giudiziario. La necessità di una considerazione particolare, in questo senso, è tuttavia richiesta dalla diretta implicazione tra le caratteristiche che delineano la configurazione

giurisprudenza costituzionale e ripensare proprio all'applicazione che il principio di leale collaborazione può ricevere "laddove non vi sia confluenza delle attribuzioni e la separazione costituisca l'essenza delle scelte compiute dalla Costituzione, al fine di ripartire ed organizzare le sfere di competenza costituzionale"» (la citazione è da sent. n. 87 del 2012, n. 7 cons. dir.; sent. n. 88 del 2012, n. 5 cons. dir.).

⁴ Si vedano, fra gli altri, G. MARANINI, *La divisione dei poteri e la riforma costituzionale*, Venezia, 1928, p. 23 ss., F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 484; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Bari, 2007, p. 871; S. MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia*, Torino, 1998, p. 148; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 5.

costituzionale del potere giudiziario e dei singoli giudici, con la tutela delle libertà degli individui.

La permanenza di tali fondamentali questioni mi è parsa dunque una ragione sufficiente per tornare su un tema classico del diritto costituzionale, con l'intento di analizzarlo proprio dalla specifica angolazione del potere giudiziario e volendo indagarne il grado di effettiva separazione dai poteri politici o di governo.

Senza pretese dogmatiche, qualche premessa terminologica si rende necessaria, con riguardo al campo della ricerca così delimitato.

Con l'espressione "potere giudiziario" alludo semplicemente al complesso degli organi cui è globalmente affidata la funzione giurisdizionale in un ordinamento⁵. Quanto agli «organi politici o di governo», tale formulazione – utilizzata da Onida nella prolusione citata – rinvia a quelli che tradizionalmente vengono fatti coincidere con il legislativo e l'esecutivo. Dal punto di vista organico, la separazione del potere giudiziario dai poteri politici fa riferimento al grado di estraneità di questi al primo tanto con riferimento alla fase della preposizione dei giudici alla carica, quanto a quella di gestione dello *status*, del trattamento economico e delle progressioni di carriera dei magistrati, nonché all'utilizzo dei giudici per lo svolgimento di incarichi extrafunzionali in quanto possano impropriamente avvicinarli alle sedi della decisione politica.

Dal punto di vista funzionale, la separazione del potere giudiziario dai poteri politici attiene al grado di commistione tra funzioni e poteri che si realizza in un dato ordinamento e dunque implica di valutare se certe funzioni tipicamente giurisdizionali siano sottratte al potere giudiziario in favore dei poteri politici o se siano ad esso attribuite funzioni di natura diversa, normalmente svolte dagli organi di indirizzo. Tralascio di definire gli esatti confini della funzione giurisdizionale che non è necessario precisare, ai fini del presente studio, e che, peraltro, aderendo alla fine di questo lavoro ad una nozione di giurisdizione prevalentemente incentrata sul lato soggettivo delle caratteristiche dell'organo che la esercita, sarebbe complicato, e forse persino

⁵ Sicché, nell'ordinamento italiano la nozione di potere giudiziario alla quale mi riferisco non comprenderebbe solo la cosiddetta magistratura ordinaria ma anche le altre magistrature cui sono affidate le giurisdizioni speciali. Dal punto di vista qui accolto, sfuggono invece alla nozione gli organi investiti di talune funzioni giurisdizionali in via solo residuale o accessoria rispetto alle funzioni svolte istituzionalmente.

contraddittorio, rintracciare⁶. Inoltre, poiché in questo schema intendo il controllo di costituzionalità come un elemento necessario della giurisdizione negli ordinamenti retti da una Costituzione rigida, l'attribuzione alle corti del sindacato di costituzionalità non mi appare, come spiegherò, un'interferenza funzionale, ancorché esso ben possa essere considerato il fondamentale *check* del giudiziario sul legislativo.

Questa definizione del campo di indagine avvicina l'oggetto dello studio al concetto di indipendenza del giudice⁷. Questo in effetti largamente coincide con quello ma non vi si sovrappone né può considerarsi integralmente compreso nel primo così come, viceversa, il primo non può interamente essere incluso nel secondo.

D'altro canto, l'uso dell'espressione indipendenza con riguardo al giudice o al potere giudiziario non è costante, ed il suo stesso significato è variabile a seconda degli autori, dei periodi storici, degli ordinamenti e contesti normativi specifici. Quando all'indipendenza è attribuito il significato – sostanziale – di assenza di responsabilità verso i poteri di governo, essa assume un'estensione semantica più ridotta rispetto a quella della “separazione”. In questo senso, infatti, l'indipendenza si realizza soprattutto attraverso accorgimenti giuridici relativi al procedimento di rimozione dall'incarico giudiziario o di mantenimento delle condizioni iniziali di esercizio della carica, ma resta indifferente, per esempio, a tutte quelle interferenze tra organi politici e giudiziari che attengono alla preposizione alla carica. In altri casi, per indipendenza si intende un concetto più vasto di quello di separazione, perché vuole affermare la libertà del giudice da ogni forma di pressione proveniente non solo dal potere politico ma anche da quello economico, sociale e culturale ed anche dai propri interessi privati o dalle proprie inclinazioni culturali o ideologiche⁸.

⁶ Ho sviluppato questa conclusione nel § 4.2.2.

⁷ Sull'estensione del concetto di indipendenza del giudice, si veda I. JUDGE, *Una magistratura indipendente*, in *Questione giustizia*, n. 3/2006, p. 557 ss. Già G. D. ROMAGNOSI, *La scienza delle Costituzioni*, vol. I, Roma 1937 (1848), p. 111 ss., anche in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 143, riteneva «d'uopo che l'ordine giudiziario sia [...] indipendente dalle passioni armate di potere [...] ed indipendente dagli interessi privati del giudice», attestando la polisemia della nozione di indipendenza del giudice.

⁸ Così inteso il concetto di indipendenza travalica il campo della mia ricerca, che è circoscritto alla tematica della separazione del potere giudiziario dagli altri poteri politici o di governo. Ne restano esclusi i centri di potere privati, ancorché sempre più essi appaiano dotati di una forza politica capace persino di travalicare quella delle istituzioni pubbliche.

Tuttavia, in virtù dell'esistenza di un'area semantica comune tra i due concetti, nel volume si farà ugualmente ricorso molto spesso anche a quello di indipendenza a illustrazione della separazione del potere giudiziario.

Inoltre, mentre l'oggetto della ricerca è la separazione del potere giudiziario dai poteri politici o di governo, in molti casi ci si riferirà alla posizione del singolo giudice e non del potere nel suo complesso. In questo caso lo slittamento è dovuto alla circostanza nota che il potere giudiziario è un potere diffuso e dunque il giudice è spesso esso stesso la manifestazione concreta dell'intero potere giudiziario.

Per sviluppare la ricerca, ho prescelto quale terreno elettivo di studio gli Stati Uniti per l'ovvia ragione che essi rappresentano l'ordinamento maggiormente ispirato alla dottrina della separazione dei poteri. Come è noto, in quel contesto essa è stata interpretata in modo flessibile, realizzando un esempio da tutti riconosciuto di sistema costituzionale improntato ai *checks and balances*. Tale giudizio ha però in genere riguardato i rapporti tra i due poteri politici o di governo che hanno attratto maggiormente l'attenzione degli studiosi europei. Al contempo, si è diffusa l'idea che, con riguardo al potere giudiziario, anche negli Stati Uniti la separazione dei poteri fosse intesa rigidamente. Così si è detto autorevolmente che «negli Stati Uniti l'introduzione del principio della separazione dei poteri ha servito soltanto a separare rigorosamente da tutte le altre funzioni statuali quella giurisdizionale»⁹.

In verità, lo studio del potere giudiziario negli Stati Uniti mi ha via via convinto che, viceversa, in quell'ordinamento non possa predicarsi una separazione rigida dei poteri nemmeno con riguardo al potere giudiziario. Piuttosto, esso mi è parso costituire davvero una di tre *equal branches of government* che compongono complessivamente il sistema democratico americano. Grazie a questa collocazione il giudiziario statunitense riveste una speciale caratura politica che lo fa partecipare, al pari degli altri poteri, al sistema dei reciproci *checks and balances*. Per questo aspetto, il sistema nordamericano si è rivelato assai distante da quelli dell'Europa continentale nei quali continua a dominare la figura di

⁹ Così viene riassunto da F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1965, p. 56, nota 134, il significato sul punto dello studio di G. LO VERDE, *L'applicazione del principio della divisione dei poteri come mezzo per isolare un potere dello Stato*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, vol. XXIX, 1935, p. 171 ss.

un giudice caratterizzato da una sostanziale estraneità al sistema politico (almeno inteso in senso stretto), come si desume anzitutto dalla diversa modalità di selezione.

Ho cercato di dare una spiegazione di tale dicotomia tra le democrazie che si collocano sulle due sponde dell'Atlantico, muovendo dall'ambiguità di fondo della dottrina montesquieuviana. Di essa, sulle tracce di un vecchio ma ancora stimolante studio di Gwyn¹⁰, nel primo capitolo di questo volume ho messo in luce il duplice fondamento nell'antica teoria del governo misto da un lato e nell'aspirazione al *rule of law* dall'altro, cercando di far derivare dal primo, un approccio flessibile, e dal secondo, un'impostazione maggiormente rigida della dottrina stessa. Secondo tale distinzione, in Europa una certa interpretazione del principio democratico comporterà, alla fine di un lungo processo, la prevalenza delle esigenze del *rule of law*, con l'annessa esigenza di rigidità nella separazione del potere giudiziario. In America, viceversa, la precoce affermazione del principio democratico e la sua declinazione in termini antimaggioritari, farà prevalere la matrice del governo misto e così la separazione dei poteri si affermerà nella versione che enfatizza il meccanismo dei *checks and balances*.

Il secondo capitolo, articolato al suo interno in sezioni, è destinato a illustrare le interferenze tra funzioni e poteri nell'ordinamento nord-americano guardate dalla speciale angolazione del potere giudiziario. Esso si apre con una breve sezione che contiene fondamentalmente due notazioni preliminari. La prima è volta a fissare le tappe fondamentali dell'affermazione della speciale indipendenza delle corti americane e del riconoscimento della *judicial review* come aspetto centrale della funzione giurisdizionale in quel sistema. La seconda è invece inerente alla *summa divisio* della dottrina americana tra formalismo e funzionalismo in rapporto all'interpretazione della separazione dei poteri accolta nella Costituzione del 1787. Le due sezioni sostanziali, la II e la III, concernono le interferenze, distinte sulla base della loro natura organica o funzionale e, pur avendo carattere descrittivo, ambiscono a mettere in risalto le tracce delle due diverse matrici della dottrina della separazione dei poteri nell'evoluzione di quell'ordinamento. Il terzo capitolo affronta quelle posizioni del mondo politico e accademico che, invece, mettono in discussione il ruolo del potere giudiziario americano così per come è andato strutturandosi, distinguendone gli orientamenti principali.

¹⁰ W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Power*, New Orleans (LA), 1965.

Le conclusioni della ricerca sono contenute nel quarto capitolo. Esse riguardano, da un lato, gli Stati Uniti e, dall'altro, l'Europa.

Nel contesto nordamericano, in particolare, l'originaria prevalenza della matrice dei *checks and balances* e l'inserimento del potere giudiziario in quel meccanismo sembrano spiegare un'evoluzione dell'ordinamento in cui la separazione del potere giudiziario rispetto agli altri emerge come sostanzialmente flessibile. Il giudice americano risulta dotato di significativi poteri di intervento nel campo politico; la sua legittimazione è largamente giocata sul terreno politico; è ampiamente titolato all'esercizio di funzioni non giurisdizionali. Complessivamente i termini della sua separazione con gli altri poteri non sono risultati molto dissimili da quelli che caratterizzano la divisione tra l'esecutivo ed il legislativo.

Nel contempo, la ricerca ha altresì fatto emergere linee di tensione con l'originario modello accolto dai padri fondatori. Da un lato, esse si manifestano sul terreno di una diversa concettualizzazione della democrazia americana, che qualcuno vorrebbe spuntare dei suoi tradizionali caratteri antimaggioritari. Dall'altro, esse si inverano nel riaffiorare delle esigenze di una separazione rigida del potere giudiziario, ogni qualvolta il sistema dei *checks and balances* sembri rivelare delle falle in termini di tutela delle libertà.

Il lavoro termina sviluppando, alla luce della ricostruzione compiuta e del confronto con la differente esperienza europea, la duplice dicotomia che era stata proposta nel primo capitolo. Così come la distinzione tra le due matrici della dottrina montesquieuiana, che avrebbero preluso a una sua versione flessibile o rigida, non inficiano l'unitarietà del fine cui è rivolta, allo stesso modo il diverso sviluppo della tecnica della separazione in Europa e in America non ha impedito l'affermarsi di una comune versione in senso costituzionalistico della democrazia. Europa e America restano invece distinte sul piano delle tecniche a servizio della tutela delle libertà. Il sistema dei *checks and balances*, ai quali si accorda una separazione flessibile del potere giudiziario dagli altri, non si è infatti sviluppato in Europa, né forse ciò poteva accadere, rendendo necessario nel contesto del Vecchio Continente la prevalenza dell'altro corno della separazione dei poteri, quello che richiede una separazione rigida tra il giudiziario e i poteri politici o di governo.

Capitolo 1

La separazione del potere giudiziario dai poteri politici tra governo misto e *rule of law*

1. *La duplice matrice della separazione del potere giudiziario nella dottrina di Montesquieu: governo misto e rule of law.* – 2. *La separazione dei poteri in Europa di fronte all'affermarsi del principio democratico. Fusione tra i poteri politici e conservazione dell'idea dell'applicazione imparziale della legge.* – 3. *Prevalenza del meccanismo dei checks and balances e inserimento del giudiziario all'interno del sistema di bilanciamento tra i poteri nell'esperienza della democrazia americana.*

1. La duplice matrice della separazione del potere giudiziario nella dottrina di Montesquieu: governo misto e *rule of law*.

Se si vuole tentare di individuare l'*an* e il *quantum* della separazione tra i poteri politici o di governo e potere giudiziario¹, è inevitabile prendere le mosse dall'omonima dottrina che affonda le sue radici nel pensiero liberale della metà del Seicento² e si sviluppa durante il Secolo dei Lumi³, culminando nell'*Esprit des lois* di Montesquieu.

¹ Traggo la distinzione tra poteri politici o di governo da V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Questione giustizia*, n. 1/2005, p. 2, che in realtà utilizza la categoria in contrapposizione con il più ampio novero dei poteri di garanzia. In essi è comunque indubbiamente incluso anche il potere giudiziario. L'espressione non vuole negare la politicità che, in certo modo, non solo si può ma anche si deve riconoscere allo stesso potere giudiziario. Piuttosto allude alla diversa funzione che nel complessivo sistema politico va riconosciuta ai poteri coinvolti nella funzione di indirizzo politico rispetto a quelli ad essa estranei.

² Si vedano le fondamentali opere di W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Power*, New Orleans (LA), 1965, e M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford (U.K.), 1967, che collocano l'origine della dottrina nella Guerra civile inglese del 1642-1660.

³ Così F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1965, p. 20, che riferisce dell'analoga opinione di R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. II, Paris, 1920-1922, p. 1 e s., di V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1897.

È stato più volte sottolineato che la dottrina montesquieuviiana della separazione dei poteri presenta elementi anfibi già nella sua formulazione originaria, motivo per il quale essa ha dato origine a versioni diverse e persino opposte. In particolare, l'originaria ambiguità della teoria spiegherebbe la ragione per cui i suoi interpreti successivi si sono divisi tra coloro che l'hanno interpretata come un principio di separazione rigida tra i tre poteri⁴ e coloro che invece ne hanno preferito la versione più elastica detta dei *checks and balances*, privilegiando così l'elemento dell'interazione dei poteri finalizzata all'equilibrio complessivo⁵. D'altro canto, concentrando l'attenzione sulla separazione del potere giudiziario, è comunque indispensabile ricordare che la natura anfibia della dottrina è stata fatta risalire alla circostanza che la finalità principale cui essa mira, ossia la tutela delle libertà contro la tirannia, sembra perseguita attraverso la contemporanea prospettazione di due diverse e concorrenti modalità tecniche di organizzazione del potere. Se da un lato, infatti, la tutela delle libertà sembra richiedere la divisione dei poteri dello stato sovrano, dall'altro lato pare altresì esigere che le branche risultanti da questo smembramento siano sottomesse a forme di reciproco controllo e intralcio, affinché nessuna di esse possa poi prevalere sulle altre.

Il fine della dottrina, che è appunto la tutela delle libertà contro la tirannia, è connesso all'idea liberale dell'esistenza di una sfera di autonomia da riconoscere a ciascun individuo in condizioni di uguaglianza e da difendere contro le brame dei detentori del potere politico⁶. L'affermazione della separazione tra lo stato e la società e l'idea che il primo trovi un limite in un nucleo di libertà che sono riconosciute ai membri della seconda rappresentano del resto l'essenza stessa dello stato liberale-borghese⁷ in antitesi allo stato assoluto (che dunque non è limita-

⁴ È il caso di C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, p. 87 ss. e in particolare p. 88: «la separazione dei poteri, quale è concepita da Montesquieu, consiste: nella netta divisione fra le funzioni, nell'assoluta reciproca indipendenza degli organi titolari dei "poteri", nella diversa origine di tali organi».

⁵ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 36 ss. Ma la tesi, diversamente dalla sua popolarità, non è recente, dato che era già sostenuta da Madison nel n. 47 del *Federalista*, volto a dimostrare che nell'esperienza del parlamentarismo britannico, nel pensiero di Montesquieu e nelle costituzioni degli stati americani il principio non è inteso rigidamente (A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, Bologna, 1997 (1787-1788), p. 434 ss.).

⁶ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, p. 13.

⁷ Si veda P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *La Nuova Europa*, n. 4/1944, ora anche in C. OCONE, N. URBINATI (a cura di), *La libertà e i suoi limiti*.

to) e al modello feudale (che non distingue stato e società, poteri pubblici e poteri privati)⁸.

Circa gli strumenti offerti per la realizzazione di tale finalità, come si è detto, Montesquieu propone, sotto l'etichetta comune di "separazione dei poteri", sia la tecnica della divisione sia quella del bilanciamento. Da quest'ultimo punto di vista, egli afferma il noto principio generale in base al quale, «perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere»⁹. La libertà è assicurata, dunque, dalla creazione di una pluralità di centri di potere che possano contrapporsi gli uni agli altri, frenando l'azione politica, che infatti viene diretta alla stasi piuttosto che all'azione. Si tratta di un'affermazione che riconduce alle più risalenti dottrine del governo misto, già diffuse nell'antichità e riprese durante il Medioevo¹⁰ e specialmente in Inghilterra mentre andava consolidandosi il ruolo preminente del Parlamento a discapito della monarchia¹¹.

Montesquieu, tuttavia, aggiunge anche che «Non vi è libertà se il potere giudiziario non è *separato* dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se esso fosse *unito* al potere legislativo, il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe *arbitrario*, poiché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore. Se fosse *unito* con il potere esecutivo, il giudice potrebbe

Antologia del pensiero liberale da Filangieri a Bobbio, Bari, 2006, p. 57, che trova «l'essenza dello stato "liberale"» nella «intangibilità delle cosiddette "libertà individuali"».

⁸ Sul rapporto tra stato liberale e diritti la letteratura è sterminata. Qui mi limito a riportare una definizione di N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2010 (1984), p. 127: «Lo stato liberale è lo stato che ha consentito alla perdita del monopolio del potere ideologico, attraverso la concessione dei diritti civili, [...] e ha finito per conservare unicamente il monopolio della forza legittima, il cui esercizio peraltro è limitato dal riconoscimento dei diritti dell'uomo, e dai vari vincoli giuridici che danno origine alla figura storica dello stato di diritto». Per la verità Bobbio riconosce che «Il liberalismo è, come teoria economica, fautore dell'economia di mercato; come teoria politica, è fautore dello stato che governi il minimo possibile» (p. 125), ma da ciò, per l'appunto, trae un risvolto che l'Autore definisce etico – ma che a me appare anche fondamentalmente politico – nella «dottrina che mette al primo posto nella scala dei valori l'individuo, e conseguentemente la libertà individuale» (p. 127).

⁹ C. L. DE SECONDAT BARON DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU (citato d'ora innanzi come MONTESQUIEU), *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capo IV, ed. a cura di S. COTTA, vol. I, Torino, 2002 (1748), p. 274.

¹⁰ Si veda *infra*, in questo §, il riferimento a Marsilio da Padova.

¹¹ Sulla tecnica del bilanciamento e la sua connessione con la teoria del governo misto, si veda *infra*, in questo § e nel § 1.3.

avere la forza di un *oppressore*»¹². Dunque la *separazione* del potere giudiziario dagli altri poteri è postulata come meccanismo di tutela delle *libertà* contro l'*arbitrio* e l'*oppressione* cui queste sarebbero esposte se il giudice dipendesse da una delle branche del potere politico. In questo caso, il richiamo è invece alla più risalente idea del governo secondo leggi, che riconosce la discrezionalità del potere nella sua interezza solo nella fase della produzione delle leggi, limitandola invece nella fase della loro applicazione¹³.

È certamente di qualche utilità, a questo punto, ricordare dove risieda la modernità della dottrina della separazione dei poteri elaborata da Montesquieu rispetto alle teorizzazioni precedenti, a partire da quelle risalenti all'antichità¹⁴. In effetti, qualche traccia della teoria la si può individuare persino nella Bibbia, quando Isaia curiosamente descrive Dio attraverso una triplice sequenza di epiteti: «l'Eterno è il nostro giudice, l'Eterno è il nostro legislatore, l'Eterno è il nostro re»¹⁵. Nonostante il passo biblico evochi al lettore moderno alcuni elementi della teoria formulata dal Barone di Montesquieu, la sequenza del profeta attesta semplicemente che fin da allora era possibile concettualizzare tre funzioni del potere dotate di contenuto simile a quello che sarà successivamente attribuito alle tre branche individuate dal filosofo francese. Oltre a ciò, però, non si può andare. Il versetto, d'altro canto, non già afferma, bensì nega una dottrina della separazione dei poteri, come è ben comprensibile se si guarda al Soggetto – *absit iniuria verbis* – cui le attribuzioni di potere sono destinate.

Nel mondo antico¹⁶ era già stato Platone a elogiare il governo basato su un sistema di pesi e contrappesi¹⁷, mentre Aristotele, nella *Politica*,

¹² MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capo VI, ed. a cura di S. COTTA, vol. I, cit., p. 276 s. (enfasi aggiunta).

¹³ Sulla separazione tra potere giudiziario e poteri politici e la sua connessione con la teoria del *rule of law*, si veda *infra*, in questo § e nel § 1.2.

¹⁴ Uso in questo caso l'espressione al singolare, anziché quella al plurale, per distinguere la dottrina di Montesquieu dai precedenti, che possono esserle accostati ma che non sono in realtà coincidenti.

¹⁵ ISAIA, 33, 22.

¹⁶ Per qualche breve cenno sugli anticipi della teoria della separazione dei poteri in Aristotele, Platone e Polibio si rinvia a A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1 s., e, per la letteratura anglosassone, a S. D. GERBER, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford (N.Y.), 2011, p. 6 ss.

constatava la presenza di tre funzioni che sono state fatte coincidere grosso modo con i concetti odierni di legislazione, esecuzione e giurisdizione¹⁸. Polibio, che invece descrive il contesto istituzionale di Roma, si dichiarava favorevole al governo misto¹⁹.

In effetti la chiave delle teorizzazioni antiche sulla distribuzione del potere tra diversi organi e sulle loro relazioni risiede proprio in quest'ultimo concetto, il governo misto, relativo a quella forma di organizzazione politica che intreccia le tre "forme di governo" anch'esse diffuse nel mondo antico: monarchia, aristocrazia e democrazia²⁰. Lo scopo del governo misto è quello di far partecipare al potere le diverse classi sociali in una condizione di equilibrio, di guisa che nessuna di esse possa prendere il sopravvento. Si tratta insomma di mantenere un sistema di reciproci controlli e bilanciamenti.

Il meccanismo del governo misto non ha però il fine di garantire i diritti individuali nei confronti del potere politico, che è invece lo scopo della separazione dei poteri nel pensiero liberale. Ciò non era nemmeno immaginabile nel mondo antico, dato che anche quando le relative organizzazioni politiche avevano carattere democratico, la libertà era pur sempre concepita quale libertà nello stato e mai dallo stato. Era libertà di partecipare al governo della cosa pubblica ma all'interno di uno stretto assoggettamento del cittadino all'organizzazione politica alla quale ap-

¹⁷ Come riferisce F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 21, nota 11, «Il pensiero del filosofo greco è esposto nei libri III, IV e IX delle *Leggi* (trad. it. dei *Dialoghi* a cura di A. Cassarà, vol. VII, Bari 1921, parte prima, 68, segg.; 157 segg.; parte seconda, 279 segg.), ove, criticata aspramente la Costituzione ateniese, viene tessuto l'elogio del governo moderato basato su di un sistema di contrappesi».

¹⁸ ARISTOTELE, *Politica*, libro IV, capitolo XI, 14, trad. a cura di V. COSTANZI, Bari, 1918, p. 140: «Sono tre, dunque, gli elementi di tutte le costituzioni [...]. Di questi tre elementi uno è quello che delibera sugli affari pubblici, il secondo quello concernente le magistrature (cioè la loro natura, le loro competenze, le norme per coprirle), il terzo il corpo giudiziario». La notazione di Aristotele ha tuttavia carattere descrittivo e non normativo come nel caso della concettualizzazione montesquieviana (F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 22 s., e, per i riferimenti bibliografici, p. 23, nota 17).

¹⁹ Si veda in proposito F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 20 s.

²⁰ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 13. In particolare, per Aristotele le forme del governo possono essere quella monarchica, quella aristocratica o quella costituzionale, che, nella versione degenerata (*rectius*: contro natura), si trasformano in tirannia, oligarchia e democrazia.

parteneva e dunque, in questo senso, si potrebbe sostenere che si trattava di forme di governo tendenzialmente assolutistiche anche quando assumevano caratteri vagamente democratici²¹.

Quanto al tema dell'alternativa tra il governo della legge o il governo degli uomini, nel mondo antico esso è soprattutto sviluppato da Platone e da Aristotele, ma senza mai incrociare l'argomento della separazione dei poteri. Di conseguenza, si può assumere che nell'antichità il concetto di separazione tra i poteri, collegato sicuramente a quello del governo misto, non trovava viceversa sbocchi di sorta nell'idea, emersa molto più tardi, della separazione della funzione giurisdizionale o del potere giudiziario come strumento per garantire il governo imparziale della legge.

Con riguardo al periodo medievale, McIlwain²² propone la distinzione tra *gubernaculum*, espressione che rinvia al potere politico, e *jurisdictio*, termine con cui si allude tanto all'applicazione quanto alla creazione della norma. Tale distinzione comporta una certa estraneità del potere politico dal diritto, il quale viene ritenuto il frutto non già delle decisioni del titolare di detto potere bensì di consuetudini, elaborazioni giurisprudenziali e delibere parlamentari. La *jurisdictio* dunque si pone per certi versi come una limitazione giuridica del potere politico, cosicché in essa McIlwain rinviene le origini del costituzionalismo moderno. Tuttavia, la distinzione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* si riferisce a un contesto di profonda confusione di funzioni (che mischia di fatto quelle di creazione e di esecuzione del diritto alle funzioni giurisdizionali), nel quale peraltro la struttura giuridica era dominata da privilegi e vincoli di sudditanza o di dominio di tipo personale. Di talché è difficile rinvenire in quella distinzione l'idea del bilanciamento fra poteri separati o quella del dominio della legge come forma di contrasto all'arbitrarietà del potere

²¹ Il punto è illustrato chiaramente da C. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., p. 86 ss. Il dibattito sulla diversità delle libertà degli antichi rispetto a quelle dei moderni è amplissimo a partire dal celebre saggio del 1819 di B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2005 (1819), e dalle note di J. A. C. DE CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, in A. CONDORCET-O'CONNOR, M. F. ARAGO (a cura di), *Œuvres*, vol. VII, Paris, 1847-1849 (1791), p. 202, che riferendosi alle libertà individuali afferma che «Gli antichi non avevano alcuna nozione di questo genere di libertà».

²² C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990 (1947), volume che raccoglie le lezioni che l'autore tenne nel 1938 e 1939 alla Cornell University.

politico. La finalità di tale distinzione, del resto, non può essere rinvenuta nemmeno nella tutela delle libertà individuali contro la tirannia²³.

In Italia, durante il periodo dei comuni, tornata in auge l'esigenza di temperare le diverse classi sociali, le tracce di una teoria sulla separazione dei poteri possono rinvenirsi negli scritti di alcuni pensatori del tempo, tra i quali Marsilio da Padova, che attribuisce il potere legislativo al popolo e quello esecutivo al principe. Anche nel caso di Marsilio, tuttavia, lo scopo della suddivisione proposta sembra essere ancora una volta quello del governo misto, senza alcun riferimento all'esigenza di tutela delle libertà individuali²⁴.

Il superamento del pluralismo giuridico medievale, nel quale il potere era suddiviso tra numerosi centri distinti mentre le funzioni politiche restavano confuse le une con le altre, porta alla creazione di un apparato centrale di potere che fa capo al sovrano e che porta alla nascita del primo embrione dello stato moderno o, volendo, dello stato *tout court*. Il processo di concentrazione del potere sfocia, almeno nell'Europa continentale, nell'affermazione dello stato assoluto, nel quale al re è riconosciuta la titolarità di tutte le funzioni statali, ivi inclusa quella giurisdizionale²⁵. In quel contesto, dunque, i titolari della funzione giurisdizionale non erano separati dall'autorità politica, se non in termini molto relativi, e infatti «i giudici del re apparvero come lo strumento di tutto il potere regio»²⁶.

Oltremania, invece, l'evoluzione dell'ordinamento giuridico fu condizionata dalla mancata affermazione dello stato assoluto, il che ave-

²³ Anche nel medioevo, d'altra parte, non c'era distinzione tra sfera pubblica e sfera privata.

²⁴ In proposito si cita comunemente Marsilio da Padova. Sul punto e in generale sul pensiero medievale in materia si rinvia a A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 1 s., F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Nuovissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, 474 ss., e G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, Milano, 1979.

²⁵ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, p. 20.

²⁶ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, cit. p. 97. Si veda sul punto anche C. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., p. 19: «La concentrazione non si limita alle due principali funzioni "attive" dello Stato: riguarda anche la funzione giurisdizionale: ciò deriva principalmente dall'esistenza di una legislazione insufficiente e dalla progressiva soppressione dei tribunali feudali; il Re, perciò, nella sua qualità di "fonte della giustizia", riesce ad assommare in sé anche l'esercizio della funzione giurisdizionale».

va consentito il dispiegarsi di un triplice fenomeno²⁷: da un lato, la resistenza ai tentativi assolutistici della Corona aveva determinato un precoce consolidarsi del potere del Parlamento²⁸; dall'altro, la distinzione delle due funzioni, legislativa ed esecutiva, all'interno di una combinazione equilibrata di tre organi (ossia le due Camere e la monarchia) riproduceva la tecnica del governo misto²⁹, rispondendo all'esigenza del contemporaneo tra le diverse classi sociali emergenti in Inghilterra; dall'altro lato ancora, durante la lunga lotta tra il Parlamento e il Re, si era consolidata la configurazione della *common law* come fonte di diritto autonoma, estranea alla sfera di disponibilità del sovrano.

Già nel Quattrocento Sir Jhon Fortescue, *Lord Chief Justice of England and Wales* di Enrico VI, poteva affermare che la giustizia richiedeva che il giudice applicasse imparzialmente il diritto anche contro l'esplicita volontà del sovrano³⁰. Le corti inglesi acquistavano sempre maggiore indipendenza mentre il Parlamento perdeva precocemente gran parte delle sue funzioni giurisdizionali. Il processo si compiva a seguito delle rivoluzioni seicentesche con l'*Act of Settlement* del 1701, che fissò stabilmente la regola dell'inamovibilità dei giudici *quam diu se bene ges-*

²⁷ Ricostruisco tale duplice fenomeno ricorrendo alla distinzione autorevolmente proposta da W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit. Secondo l'autore in Inghilterra, tra la metà del Seicento e la metà del secolo successivo, la divisione tra poteri esecutivo e legislativo va ricollegata alle teorie del governo misto mentre la separazione della funzione giurisdizionale va ricondotta all'ideale del *rule of law*. L'autore, p. 26 e s., riconosce che le due matrici possono facilmente sovrapporsi. Al fine del mio lavoro, la distinzione risulta – e me ne scuso con il lettore – ulteriormente semplificata.

²⁸ Cromwell nell'*Instrument of government* del 1653 aveva già distinto tra autorità legislativa ed esecutiva e comunque, anche superata la breve esperienza repubblicana, la restaurazione monarchica non impediva al Parlamento di imporre con il *Bill of rights* del 1689 la propria sfera di autonomia legislativa, affermandosi così la supremazia della legge anche sulla Corona.

²⁹ La stessa dottrina di matrice antica del governo misto torna popolare proprio nell'Inghilterra di metà Seicento: W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 24 ss.

³⁰ J. FORTESCUE, *De Laudibus legum angliae*, 1467-1471, come riportato da W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 6, nota 1: «the justice shall swear among other things that he will do justice without favour, to all men pleading before him, friends and foe alike, that he will not delay to do so even though the king should command him by his letters or by word of mouth to the contrary».

*serint*³¹, garantendone così l'indipendenza dai poteri politici (o di governo). Si noti che nell'esperienza inglese si giunge alla separazione dei giudici dal potere politico in connessione prevalente con l'affermazione del *rule of law* piuttosto che con l'esigenza del governo misto, che era per lo più realizzata attraverso la divisione tra funzione esecutiva, assegnata al sovrano, e funzione legislativa, divisa tra questi e le due Camere³².

Non ci si può stupire che proprio in questa temperie politica compaiano le prime teorizzazioni della dottrina della separazione dei poteri. Come è risaputo, Locke, nella sua celeberrima opera uscita in forma anonima nel 1690, *Two Treatises of Government*³³, individuava l'esistenza di tre distinti poteri: il legislativo, l'esecutivo e il federativo³⁴. Il giudiziario non era invece contemplato quale potere autonomo, ancorché fosse chiara in Locke l'esigenza che la funzione del giudice venisse esercitata con imparzialità ed in situazione di indipendenza³⁵. L'omissione è spiegata da Mortati, che la fa risalire alla circostanza per cui la teoria lockiana era funzionale alla dislocazione del potere tra le due forze sociali, borghesia e aristocrazia, che se lo contendevano. Ciò giustificava uno schema di dialettica binaria tra Parlamento e Corona, nel quale era difficile ammettere la presenza di un potere giudiziario autonomo³⁶. Inoltre, secondo un'opinione maggioritaria in dottrina, la distinzione individuata da Locke, in conformità al modello del governo misto, non richiedeva che i tre poteri fossero indipendenti ciascuno rispetto agli altri³⁷.

³¹ S. BARTOLE, *Giudice, I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 2 s.

³² W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p.8: «This is not surprising since the two doctrines of the separation of executive and judicial functions and legislative and executive (including judicial) functions had both a different origin and development».

³³ Il titolo completo è: *Two treatises of Government. In the former the false principles and foundation of Sir Robert Filmer and his followers are detected and overthrown; the latter in an essay concerning the true original, extend and end of civil government*. Per la traduzione italiana, si veda L. PAYREYSON (a cura di), *Due Trattati sul Governo e altri scritti politici di John Locke*, Torino, 1982.

³⁴ Alludendo, con quest'ultima espressione, alla politica estera, che invece nelle moderne distinzioni ricade per lo più all'interno dell'esecutivo.

³⁵ A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 2.

³⁶ C. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., p. 86 e ss., L'argomento è ripreso da E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della separazione dei poteri*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. I, Milano, 1999, p. 411.

³⁷ Infatti, probabilmente in omaggio alla *Glorious Revolution* (E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della separazione dei poteri*, cit., p. 411, e C. MORTATI,

Infine, lo stesso Bolingbroke, che si ritiene essere una delle più rilevanti fonti di ispirazione di Montesquieu³⁸, pur riprendendo la teoria lockiana della separazione dei poteri (soprattutto nei suoi articoli sul *The Craftsman*)³⁹, non la considerò mai in chiave di garanzia di tutela (in forma diretta) delle libertà individuali, bensì al solo scopo di affermare un governo misto volto a evitare la tirannia: «Con quest'insieme di potere monarchico, aristocratico e democratico fuso in un unico sistema e con queste tre classi che si equilibrano a vicenda la nostra libera costituzione di governo ha potuto conservarsi a lungo inviolata»⁴⁰.

È dunque proprio Montesquieu che, ne *L'esprit des lois* del 1748, per primo afferma molto chiaramente che la tutela delle libertà individuali esige non solo quell'equilibrio tra potere esecutivo e legislativo fondato – secondo una versione evoluta del governo misto – sul bilanciamento tra i diversi poteri, ma anche la distinzione del potere giudiziario dagli altri ancorata a un principio di netta separazione. Secondo Gwyn, le due diverse separazioni – tra giudiziario ed esecutivo da un lato e tra legislativo ed esecutivo dall'altro – che si erano sviluppate in maniera e con fondamenti distinti in Inghilterra sono incorporate in una dottrina unitaria proprio da Montesquieu. Nonostante ciò, le due diverse matrici presenti contestualmente nella dottrina montesquieuiana, ossia quella del governo misto e quella del *rule of law*, restano comunque ben visibili nella loro autonomia concettuale e conviene pertanto mantenerle distinte ai fini di questa ricerca, anche allo scopo di meglio illustrare le difformi ricadute

Le forme di governo, cit., p. 86 ss.) il legislativo veniva riconosciuto in posizione suprema, ancorché con alcune attenuazioni, a partire dall'attribuzione al titolare dell'esecutivo del potere di sciogliere l'assemblea nella quale risiede il legislativo. Si badi, tuttavia, che tale attribuzione al Capo dello Stato è oggi congegnata non tanto al fine di realizzare un equilibrio tra i diversi poteri, ma con lo scopo di assicurare la rispondenza dell'organo rappresentativo al popolo e di garantire la funzionalità della forma di governo parlamentare.

³⁸ A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 2, e F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 27.

³⁹ In essi Bolingbroke affermava l'idea di un contemperamento reciproco tra i diversi poteri in modo da mantenere in equilibrio re e parlamento, esecutivo e legislativo, prerogativa regia e potere popolare (si veda F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 44 s.).

⁴⁰ Sul punto vedi F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 27 s., nota 43, e, quanto alla citazione, che egli riporta dalla *letter XIII della Dissertation upon parties*, si veda, p. 28, nota 45.

della dottrina della separazione dei poteri nei diversi contesti del costituzionalismo americano, da un alto, e di quello europeo, dall'altro.

Quanto alla tecnica del bilanciamento, essa è riconnessa alla tutela della libertà intesa come assenza di oppressione da parte delle classi sociali inferiori ma più numerose nei confronti di quelle superiori, ed è dunque funzionale alla conservazione dell'equilibrio tra le classi piuttosto che alla tutela dei diritti individuali in senso stretto. Questo approccio è particolarmente visibile in due elementi della teorizzazione montesquieviana.

In primo luogo nella sua preferenza, tra le forme di stato, per quella monarchica. In questa forma di stato, infatti, più che nel contesto delle forme di stato repubblicana e dispotica, sarebbe meno difficoltoso garantire le libertà, giacché il re governa trovando limitazioni nei corpi intermedi della società (i nobili, il clero, le corporazioni, etc.) e pertanto il potere è necessariamente diviso, perché i diversi corpi intermedi bilanceranno senz'altro l'attività del sovrano.

In secondo luogo, i retaggi delle teorie del governo misto sono chiaramente riscontrabili nella costruzione del potere legislativo e di quello esecutivo, nonché dei loro rapporti reciproci. Il potere legislativo, «non essendo [...] che la volontà generale dello Stato»⁴¹, viene assegnato genericamente al popolo⁴² che lo esercita tramite i suoi rappresentanti⁴³. Il popolo, tuttavia, non può essere rappresentato nella sua generalità, ma deve essere prevista una rappresentanza separata della nobiltà, cui affidare il potere di impedire le decisioni assunte dall'assemblea rappresentati-

⁴¹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo VI, trad. di B. BOFFITO SERRA, vol. I, Milano, 1989, p. 312. È stato osservato che Montesquieu non ha prestato particolare attenzione alla individuazione esatta del contenuto delle tre funzioni che ha descritto, tant'è che il potere legislativo è definito semplicemente come quello con cui «il principe, o il magistrato, fa le leggi, per un certo tempo o per sempre, e corregge o abroga quelle che sono già state fatte» (p. 310).

⁴² Dal popolo, peraltro, vanno esclusi coloro la cui condizione sociale è così bassa da far ritenere che non possano avere volontà propria, come nota S. COTTA, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des États-Unis*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n. 1/1951, p. 240, nota 4, secondo cui, pertanto, per popolo in Montesquieu deve intendersi formalmente la classe borghese del terzo stato.

⁴³ Il popolo, infatti, non può esercitare direttamente tale potere, perché «ciò è impossibile nei grandi Stati, e soggetto a molti inconvenienti nei piccoli» e dunque «bisogna che il popolo faccia per mezzo dei suoi rappresentanti tutto quello che non può fare da sé» (MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo VI, trad. di B. BOFFITO SERRA, vol. I, cit., p. 312).

va del terzo stato, per evitare che la libertà dei nobili ne sia compromessa. Il potere esecutivo⁴⁴, invece, cui è attribuito il compito di dare esecuzione alla volontà generale, dovrebbe assegnarsi, per ragioni di efficienza, a un organo monocratico piuttosto che a un collegio: esso sarà normalmente rivestito dal re. Nei rapporti tra i due poteri, al re deve essere inoltre garantito il potere di veto sulle leggi, in modo da evitare che la volontà generale assuma caratteri dispotici. Le due Camere ed il sovrano, specie con riguardo alla funzione legislativa, si trovano perciò imbrigliate in un gioco di reciproci veti che li porta a un bilanciamento reciproco.

In tutti questi tratti la dottrina montesquieviana risente in fondo della necessità di contemperare principio monarchico, aristocratico e democratico tra di loro. In tal senso, i poteri dovevano essere divisi non tanto perché a ciascuno di essi doveva essere attribuita una specifica funzione quanto piuttosto perché essi, separati organicamente ma titolari di attribuzioni relative a una medesima funzione (come nel caso di quella legislativa), potessero paralizzarsi vicendevolmente impedendo così la prevalenza di una classe sulle altre. Da questo punto di vista, dunque, il valore politico cui mira la dottrina della separazione dei poteri viene identificato nell'equilibrio tra gli stati (o gli ordini o i ceti) nei quali era suddivisa la società⁴⁵. Il fine ultimo delle soluzioni istituzionali suggerite da Montesquieu è la tutela della libertà, ma la spiccata predisposizione del pensatore francese per la considerazione del dato sociologico⁴⁶ gli fa concepire la libertà come elemento calato in una società senza uguaglianza, in cui la bramosia delle diverse classi sociali, così come la *vis expansiva* di ciascuno dei tre poteri dello stato, sono costrette nei lacci di un sistema complessivamente equilibrato.

Quanto invece alla tecnica della separazione in senso stretto, essa trova in Montesquieu il suo impiego più puro proprio in relazione alla configurazione dei rapporti del giudiziario con gli altri poteri. Monte-

⁴⁴ Definito ora come quello per cui il principe o magistrato «fa la pace o la guerra, invia o riceve ambasciate, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni» ed ora come «potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti» (MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo VI, trad. di B. BOFFITO SERRA, vol. I, cit., p. 309 s.).

⁴⁵ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 33, e, per la bibliografia, la nota 63.

⁴⁶ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 32, e S. COTTA, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des États-Unis*, cit., p. 225 ss., in particolare p. 240.

squieu tratteggia il potere giudiziario, definendolo ora come «potere esecutivo [...delle cose] che dipendono dal diritto civile»⁴⁷, ora come potere con cui il principe o il magistrato «punisce i delitti o giudica le controversie dei privati»⁴⁸. Per Montesquieu, come è noto, il giudiziario deve essere un potere «invisibile e nullo»⁴⁹, che cioè non crea diritto né situazioni giuridiche soggettive concrete, limitandosi semmai alla loro enunciazione; la sua attività si esaurisce infatti in un mero esercizio intellettuale. Da questa concezione discende che il giudiziario non può essere configurato come un corpo professionale, ma deve semmai essere costituito da cittadini che ricoprano quelle cariche solo temporaneamente. Soltanto in questo modo il giudice può limitarsi a fungere da *bouche de la loi* senza assumere un ruolo politicamente rilevante, come invece di certo accadrebbe se il potere giudiziario fosse costituito da magistrati di carriera, i quali finirebbero senz'altro per interferire con l'azione del legislatore, compromettendo così la loro stessa libertà di giudizio (destinata a trasformarsi in arbitrio proprio a causa del cumulo tra esercizio della giurisdizione ed esercizio delle funzioni di legislazione)⁵⁰. Lo stesso rischio si correrebbe se il giudiziario fosse unito con l'esecutivo, perché in tal modo i giudici acquisterebbero la forza dell'oppressore. In questa descrizione del potere giudiziario Montesquieu si avvicina maggiormente all'idea del *rule of law*, ossia della legge come sottrazione al detentore del potere politico dell'arbitrio nella decisione dei casi concreti.

Nella configurazione del giudiziario, l'unica concessione alla teoria del governo misto si ha nella previsione di una giurisdizione speciale per i nobili, che dovrebbero essere giudicati solo dai loro pari e dunque dal Senato, non dai giudici popolari. Con questa sola eccezione, la configurazione del giudiziario sembra improntata a un criterio di stretta separazione, dal momento che la funzione giurisdizionale è integralmente affidata a giudici ai quali sono sottratte tutte le altre funzioni, senza alcuno spazio per la tecnica del bilanciamento. Il giudiziario, infatti, non è configurato

⁴⁷ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo VI, trad. di B. BOFFITO SERRA, vol. I, cit., p. 310.

⁴⁸ *Ivi*.

⁴⁹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo VI, trad. di B. BOFFITO SERRA, vol. I, cit., p. 311. D'altro canto l'equilibrio tra monarchia, nobiltà e popolo era già realizzato nell'assetto degli altri due poteri, il legislativo e l'esecutivo, e dunque non doveva poter essere turbato dal terzo, il giudiziario.

⁵⁰ Così sostiene A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005, p. 125.

allo scopo di bilanciare le diverse classi sociali e i diversi principi (democratico, monarchico e aristocratico) cui si sono informate le organizzazioni politiche classiche⁵¹. In questo senso la separazione del giudiziario non attiene alla forma di governo, bensì alla forma di stato e quindi al rapporto tra cittadini e apparati di governo, nell'ottica della distinzione tra società civile e potere politico per mezzo della quale si superano definitivamente tanto l'organizzazione del medioevo quanto lo stato assoluto⁵². La specificità che contraddistingue il rapporto tra il giudiziario e le altre branche del potere risiede pertanto nella circostanza che esso, ed esso soltanto, deve essere governato da una tecnica di stretta separazione, proprio perché qui si tratta di garantire (accanto alla presenza di un governo temperato, non dispotico) soprattutto la tutela delle libertà⁵³.

⁵¹ W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit. New, p. 110, il quale, con riferimento al brano montesquieuiano che descrive il modo con il quale il potere deve arrestare il potere, osserva: «The three powers mentioned in this passage are clearly not the three poker of the separation of poker doctrine. The author was obviously referring to the two chambers of the legislature and the royal executive, the three parts of the English Constitution which according to the accepted theory held each other in check. [...] This notion, so important in the doctrine of the mixed constitution, has absolutely nothing to do with the separation of powers. [...] No mention is made of the judicial power having a part in preserving the constitutional equilibrium». Si veda anche M. DRY, *The Separation of Powers and the Representative Government*, in *The political Science Reviewer*, n. 3/1973, p. 64: «The separation of the judicial power has nothing to do with the balance of power among the branches of government; it protects against government's lawless activity against individuals».

⁵² Mi sembra di poter accostare a questa considerazione quella di P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, in *diritto & questioni pubbliche*, n. 11/2011, p. 772, secondo cui «l'organizzazione costituzionale che divide il potere [legislativo ed esecutivo] è rivolta ad arginare (e possibilmente a impedire) la faziosità politica. Il concetto di limitazione del potere si riferisce invece alla funzione giurisdizionale, che oppone i diritti al governo, quindi limita il potere dall'esterno ed è perciò estrinseca al potere (unito o diviso che sia); chi la esercita è indipendente dal governo e non è tenuto a (anzi, non deve) collaborare con le autorità governative».

⁵³ E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della separazione dei poteri*, cit., p. 412, evidenzia che la dottrina montesquieuiana è «ricollegata ad esigenze di carattere prettamente garantistico». Il celebre giurista francese di fine Ottocento J. B. E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, vol. I, Paris, 1898, p. 6, che pure propone una bipartizione, afferma che «la séparation de ces pouvoirs est un principe fondamental de droit public, et le trait essentiel qui distingue les gouvernements libres des gouvernements despotiques». F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 31 (si vedano anche p. 29 s. e specialmente la nota 52 per

Nel pensiero liberale, infatti, ciò che conta è l'esistenza di diritti individuali indisponibili al detentore del potere politico, ossia le libertà civili, che vengono poste a presidio dell'autonoma organizzazione della società, nella quale gli individui devono potersi determinare restando sottratti all'arbitrio del potere. Così, nella nuova ottica liberale, i cittadini sono finalmente emancipati dagli antichi vincoli giuridici che nel sistema feudale contribuivano a produrre, insieme all'appartenenza ai vari ceti, la disuguaglianza di *status* dei membri della società. Il progressivo affermarsi di una società che si avvia al capitalismo richiede infatti che tutti i suoi membri siano trattati su un piano di parità almeno formale e che siano dotati di un patrimonio di diritti indisponibili, sottratti all'arbitrio del potere politico. Questo presupposto porta fatalmente a enfatizzare la legge, perché essa, sostituendosi agli ordini arbitrariamente emanati dall'autorità nei confronti dei singoli, realizza «norme generali e astratte, previamente poste a garanzia di certezza, di eguaglianza, di eliminazione dell'agire arbitrario», ossia con «valenza garantista»⁵⁴. All'interno di un sistema così concepito, il legislatore non può certo essere unito con il giudice, poiché ciò comporterebbe l'influenza dei casi particolari nella predisposizione delle leggi. Queste ultime, al contrario, devono contenere norme generali, astratte e valide per il futuro, proprio perché altrimenti il patrimonio di libertà riconosciuto ai singoli ne risulterebbe compromesso. Dunque, la tutela delle libertà individuali richiede che il giudiziario e il legislativo, dalla cui unione nascerebbe inevitabilmente un potere arbitrario, restino rigidamente separati⁵⁵.

ulteriori riferimenti bibliografici), sostiene che «nel pensiero del filosofo francese non è stata la considerazione iniziale di una distinzione oggettiva delle funzioni statuali che lo ha condotto a introdurre una divisione organica del potere sovrano, ma piuttosto [...] è stato l'intento di assicurare la libertà dei cittadini che lo ha spinto ad immaginare una ipotetica distinzione delle funzioni».

⁵⁴ L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1.

⁵⁵ Mi pare che il nesso tra tutela delle libertà individuali e contenimento dell'arbitrio politico risulti icasticamente da una definizione di M. FIORAVANTI, *Il principio di uguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici. Atti del XIII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 1999, p. 21, del costituzionalismo moderno come «quell'insieme di dottrine che a partire all'incirca dalla metà del diciottesimo secolo» hanno perseguito «la progettazione di una forma di governo ispirata al principio della riduzione e del contenimen-

Allo stesso modo, se nell'ordinamento tutti i soggetti sono dotati di libertà sottratte all'arbitrio politico e dunque non comprimibili per effetto di ordini individuali, bensì soggette soltanto alla legge, la forza pubblica necessaria per applicare le norme generali ed astratte contro la volontà dei cittadini, limitandone le libertà, non può essere dispiegata senza l'avallo di un soggetto terzo, che è il giudice. Se il giudice fosse unito all'esecutivo si avrebbe infatti un potere oppressivo.

È proprio dalla premessa di matrice liberale del riconoscimento agli individui di uno spazio di libertà opponibile allo stesso potere pubblico che si approda dunque alla separatezza tra potere giudiziario e branche del potere politico. Ciò spiega perché in Montesquieu «l'indipendenza dei giudici costituisce una condizione indispensabile»⁵⁶ per la tutela delle libertà. Nel suo pensiero le tecniche del bilanciamento e quelle della separazione, che si sviluppano dalle idee del governo misto e del *rule of law* come contenimento della discrezionalità del potere, si intrecciano finalmente, avvinte fra loro dallo scopo unitario di proteggere la libertà. Eppure, le due diverse matrici restano concettualmente distinte, palesando, all'interno della dottrina di Montesquieu, una dicotomia di fondo da cui originano le due differenti modalità di sviluppo che la dottrina medesima ha avuto in Europa e negli Stati Uniti, condizionata dall'avvento, nelle sue diverse declinazioni, del principio democratico.

2. La separazione dei poteri in Europa di fronte all'affermarsi del principio democratico. Fusione tra i poteri politici e conservazione dell'idea dell'applicazione imparziale della legge.

Sostanzialmente fin dal momento della sua elaborazione montesquieviana, la teoria della separazione dei poteri ha dovuto fare i conti con «un'altra dottrina che con quella si trovava in intima contraddizione: la dottrina della sovranità popolare di cui si era fatto entusiasta banditore il Rousseau»⁵⁷ e che era destinata a esercitare il proprio fascino molto a

to della dimensione dell'arbitrio politico, e la correlata ed inscindibile affermazione storica dei diritti individuali e delle loro forme di garanzia».

⁵⁶ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 44. Sul punto cfr. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 672.

⁵⁷ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 60.

lungo⁵⁸. Per Rousseau, poiché la sovranità appartiene al popolo, essa non può essere suddivisa tra diversi organi⁵⁹ come invece aveva proposto Montesquieu. Egli, infatti, enfatizzando il solo principio democratico, elimina alla radice la ragion d'essere dell'esigenza di un bilanciamento fra questo principio e il principio monarchico e quello aristocratico, che viceversa devono solo soccombere a vantaggio del primo. In questa visione, il potere legislativo non può che essere esercitato (più o meno) direttamente dal popolo ed assumere una preminenza netta sugli altri due. Ciò giustifica la subordinazione dell'esecutivo nei confronti del legislativo e, d'altro canto, la perdita di autonomia del giudiziario, che per il filosofo ginevrino torna ad essere semplicemente una branca dell'esecutivo.

All'alba delle rivoluzioni borghesi in Europa, la dottrina di Montesquieu, che mira a separare e bilanciare i poteri a garanzia delle libertà, deve pertanto fronteggiare un'opposta visione, secondo la quale il potere non può essere frantumato, dovendo essere viceversa ricondotto unitariamente alla sua fonte di legittimazione ultima e unica che è rappresenta-

⁵⁸ Per lo stesso Kelsen la dottrina della separazione dei poteri risulta in contrasto con l'attribuzione della sovranità al popolo. Si veda G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 684.

⁵⁹ D'obbligo la citazione del brano in cui J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. di G. BARNI, Milano, 1974 (1762), p. 57, critica le teorie relative alla separazione dei poteri: «i nostri autori politici, non potendo dividere la sovranità nel suo principio, la dividono nel suo oggetto; la dividono in forza e in volontà, in potere legislativo e in potere esecutivo, in diritti di imposta, di giustizia e di guerra, in amministrazione interna e in potere di trattare lo straniero: talvolta confondono tutte queste parti, talvolta le separano; è come se componessero l'uomo di parecchi corpi, di cui l'uno abbia gli occhi, l'altro le braccia, l'altro i piedi e nient'altro. Si dice che i ciarlatani del Giappone tagliano a pezzi un fanciullo sotto gli occhi degli spettatori, poi, gettando in aria tutte le sue membra, una dopo l'altra, lo fanno ricadere vivo e tutto intero. Tali sono all'incirca i giochi di bussolotti dei nostri politici: dopo aver smembrato il corpo sociale con un gioco di prestigio da fiera, ne riuniscono i pezzi non si sa come. Questo errore deriva da non essersi fatti una chiara idea circa la sovranità e per avere preso per parti di questa autorità quelle che ne erano solo emanazioni: così, per esempio, sono visti come atti di sovranità quello di dichiarare la guerra e quello di fare la pace, il che non corrisponde alla realtà delle cose, poiché ciascuno di questi atti non è una legge ma soltanto una applicazione della legge, un atto particolare che determina un caso previsto dalla legge, come si vedrà quando sarà determinato il concetto connesso al termine legge. Osservando utilmente le altre divisioni, si constatarebbe che tutte le volte in cui si crede di vedere divisa la sovranità, ci si inganna; si constatarebbe che i diritti che si prendono per parti della sovranità sono in realtà subordinati a questa e presuppongono sempre delle supreme volontà, di cui questi diritti non fanno che procedere all'esecuzione».

ta dal popolo. Sicché l'idea di far trionfare il principio democratico sostituendo la sovranità popolare a quella del monarca non può che contrapporsi al progetto di Montesquieu, che è invece quello di dividere il potere.

Oltre a essere esposta all'offensiva di Rousseau, la dottrina di Montesquieu cominciò ben presto a palesare quello che è stato definito il suo punto debole. Il filosofo francese, infatti, con lo scopo di illustrare meglio e di giustificare le sue tesi, si era ispirato all'organizzazione istituzionale dell'Inghilterra, da tutti a ragione riconosciuta come la nazione, tra quelle europee, che poteva considerarsi patria della libertà⁶⁰. Non è però sfuggito ai commentatori di Montesquieu che, con riferimento ai rapporti tra legislativo ed esecutivo, lo schema di separazione tra i poteri proposto nella sua dottrina non corrispondeva – o era in procinto di non corrispondere più – a quello dell'organizzazione della monarchia inglese dopo il periodo rivoluzionario della seconda metà del Seicento. In particolare, già all'epoca della stesura della sua opera e negli anni immediatamente successivi, la divisione tra il potere legislativo e quello esecutivo in Inghilterra andava sbiadendo, dal momento che i ministri erano sì nominati dal Re, ma già dovevano godere dell'appoggio della maggioranza della Camera dei Comuni. Naturalmente si trattava di un processo ancora incompiuto, ma la tendenza alla supremazia del Parlamento nella forma di governo era nondimeno già ben avviata. Evocando l'esperienza inglese per sostenere la separazione tra il legislativo e l'esecutivo Montesquieu scelse pertanto un esempio che certamente si rivelò poco calzante ai suoi scopi. Tuttavia, proprio l'esperienza inglese risultava al contrario perfetta per illustrare le ragioni della rigida separazione del giudiziario, dal momento che in quel contesto l'affermazione del *rule of law* aveva portato con sé la chiara rivendicazione dell'indipendenza dei giudici dagli altri poteri. Così, nella seconda metà dell'Ottocento, William Edward Hearn, che avrebbe sul punto ispirato Dicey (l'illustre teorico del *rule of law*), poté affermare senza tema di smentita che «Il vento e la pioggia possono entrare nella capanna del povero, non il Re. Ogni cittadino inglese, non importa se funzionario pubblico o nobile, è sottoposto, nello stesso modo, alla legge e ai giudici ordinari»⁶¹.

⁶⁰ W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 101: «Montesquieu looked to the English Constitution, which he believed to be the only one having liberty as its chief object».

⁶¹ W. E. HEARN, *The Government of England. Its Structure and its Development*, London, 1867, p. 89 ss., citato da D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Mi-

La concorrenza esercitata dalla dottrina della sovranità popolare, con la conseguente pretesa di supremazia del principio democratico sui principi monarchico e aristocratico, e il difetto di interpretazione delle dinamiche della forma di governo inglese costituiscono i due nervi scoperti della dottrina montesquieuiana, nel momento in cui l'assetto istituzionale delle nazioni europee si rinnova e si evolve nelle forme dello stato liberale.

Le tesi di Montesquieu trovano attuazione in Francia nelle costituzioni post-rivoluzionarie. Ma, prima ancora, è lo stesso art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino adottata in Francia nell'agosto del 1789, poco dopo la presa della Bastiglia, a riconoscerla esplicitamente, mettendo significativamente in relazione la tutela dei diritti con la separazione dei poteri e racchiudendo, in questo accostamento, il significato profondo del costituzionalismo⁶². Successivamente, la Costituzione del 1791⁶³ adottò la dottrina della separazione nella sua versione più rigida. Con essa l'enfasi sulla legge divenne massima, fino a negare qualsiasi potere regolamentare all'esecutivo assegnando l'interezza della funzione normativa al Parlamento (Tit. III, cap. IV, sez. I, art. 6). Quel testo cercò di costruire un ordine giudiziario del tutto autonomo⁶⁴, composto di giudici elettivi tutelati dalla garanzia

lano, 2002, p. 23. L'origine della concettualizzazione della formula del *rule of law* si trova in A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1982 (1885).

⁶² Il testo dell'art. 16 infatti recita: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Sulla disposizione si veda il commento di V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, cit., p. 1 «Si può notare come con questa affermazione non solo si dia del costituzionalismo una nozione non meramente formale della Costituzione (vista come insieme di regole fondamentali – quali che esse siano – diretta a disciplinare la vita dello Stato e i suoi rapporti con i cittadini), bensì contenutistica; ma si dia anche preminente risalto, in relazione ai contenuti della Costituzione, non già ai criteri di legittimazione del potere, e così al principio democratico o a quello rappresentativo, ma piuttosto ai *limiti* che debbono essere frapposti al potere medesimo e al suo esercizio». Si veda altresì, in senso conforme, M. RUOTOLO, *A mo' di introduzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2008, p. 1 ss..

⁶³ Quanto alla Costituzione del 1791, si vedano G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 674, e F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 62 e 63.

⁶⁴ Si veda il Tit. III, cap. IV, sez. II, art. 3, secondo cui *les administrateurs* «ne peuvent [...] rien entreprendre sur l'ordre judiciaire», e il Tit. III, cap. V, art. 1, a te-

dell'inalterabilità⁶⁵ (anche se, in omaggio al concorrente approccio che enfatizza il principio rousseauviano di sovranità popolare, da un punto di vista eminentemente funzionale se ne accentuò la subordinazione alla legge). È viceversa l'impostazione di Rousseau a prevalere nella Costituzione giacobina del 1793, peraltro mai entrata in vigore, che non a caso si distacca nettamente dalle implicazioni della dottrina della separazione dei poteri. Quest'ultima troverà nuovamente accoglimento nella successiva Costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III (1795)⁶⁶, per poi essere disattesa nelle costituzioni bonapartiste, volte a restaurare la concentrazione del potere⁶⁷.

A dimostrazione che la separazione del giudiziario dagli altri poteri può trovare un fondamento diverso e autonomo rispetto a quella tra legislativo ed esecutivo, deve osservarsi che anche le carte costituzionali tese a ripudiare la dottrina di Montesquieu, in omaggio alla sovranità popolare o a causa della concentrazione del potere nel console o nell'imperatore, non negano mai del tutto la separazione del giudiziario. Così, nella Costituzione giacobina del 1793 si continua ad affermare che «Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées, ni par le Corps législatif, ni par le Pouvoir exécutif» (art. 202) e che «Les juges ne peuvent être destitués que pour forfaiture légalement jugée, ni suspendus que par une accusation admise» (art. 206). Persino nella Costituzione del consolato del 1799, l'art. 68 afferma che «Les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient pas maintenus sur les listes d'éligibles». Viceversa, le costituzioni bonapartiste successive arriveranno a negare esplicitamente la separazione del potere giudiziario dagli altri. Basti ricordare l'art. 78 della Costituzione del 1802, che proclamava solennemente: «Il y a un grand-juge ministre de la Justice». Analoghe considerazioni valgono anche per la carta del primo Impero del 1804, ma

nore del quale «Le Pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif ni par le roi».

⁶⁵ Tit. III, cap. V, art. 2: «La justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple, et institués par des lettres-patentes du roi qui ne pourra les refuser. Ils ne pourront être, ni destitués que pour forfaiture dûment jugée, ni suspendus que pour une accusation admise. L'Accusateur public sera nommé par le Peuple».

⁶⁶ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 68 s.

⁶⁷ F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 70 s.

in questo contesto era lo stesso principio della tutela delle libertà a divenire di fatto recessivo.

Superata l'esperienza bonapartista, il principio della separazione dei poteri trovò nuova accoglienza in tutta Europa, ancorché solo in parte e con tempi e modalità differenti, dapprima nelle costituzioni moderate della Restaurazione⁶⁸ e progressivamente anche in quelle liberali successive ai moti del 1830 (come accadde in Francia con la Costituzione liberale orleanista e in Belgio), o a quelli del 1848 (come si verificò nel caso dello Statuto albertino).

Secondo un'autorevole opinione, la separazione dei poteri costituì la forma di governo per eccellenza dello stato liberale ottocentesco in quanto essa era strumentale alla tutela della separatezza tra stato e società tipica di quel regime⁶⁹. Ciò nonostante, il recepimento della dottrina della separazione dei poteri nella gran parte degli ordinamenti europei dell'Ottocento, seppur chiaramente visibile sul piano formale, fu alquanto incompleto dal punto di vista sostanziale. Da questo punto di vista, può essere assunta come efficace chiave di lettura la disomogeneità che ha contraddistinto l'affermazione del liberalismo e del principio democratico, più lenta in alcuni contesti, come quello tedesco e in parte anche quello italiano, più rapida in altri, come quello francese.

In Germania si afferma un'organizzazione statale di netta impostazione conservatrice, volta a contemperare fortemente un flebile principio democratico con un principio monarchico viceversa ancora saldo⁷⁰.

⁶⁸ È interessante notare che l'inamovibilità dei giudici torna all'art. 58 della Costituzione francese del 1814.

⁶⁹ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., *passim* e p. 86.

⁷⁰ Così G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, Milano, 1984, p. 117 ss. e specialmente p. 120 s. La peculiare posizione della dottrina tedesca in questo discorso è comprensibile soltanto in relazione all'arretratezza di quel Paese nel processo di avvicinamento al liberalismo politico, che pure avrebbe rappresentato un traguardo cui si stava avvicinando. Di questa ambiguità può forse essere preso a testimone lo stesso Hegel, che, ancorché favorevole alla Rivoluzione francese, sarebbe nondimeno e forse suo malgrado interpretato allo scopo di giustificare una illiberale soggezione dell'individuo allo stato. Il discorso, tuttavia, si avventurerebbe su un campo prettamente filosofico, che esula dal terreno di questa ricerca. Forse è sufficiente ricordare in questa sede la definizione che A. D'ANDREA, *La prospettiva della democrazia costituzionale in Italia e in Europa*, in corso di pubblicazione negli *Studi in Onore di Claudio Rossano*, del costituzionalismo occidentale per misurarne le distanze (e le progressive convergenze) della Germania ottocentesca: «il governo della comunità statale presuppone organi distinti, ciascuno abilitato ad esercitare una porzione delle funzioni caratterizzanti l'esistenza stessa dello stato; gli organi

In questo contesto l'avvento dello stato liberale procede a piccoli passi. L'attribuzione dell'interezza del potere normativo al Parlamento è percepita come un passo troppo avanzato, motivo per il quale occorre riservare al Governo quote rilevanti della funzione normativa. Ciò comporta che il Governo sia sganciato dal Parlamento solo sul piano organico, mentre resti ad esso legato dal punto di vista funzionale, dal momento che la separazione tra legislazione ed esecuzione appare come una mossa troppo arida in presenza di un principio monarchico ancora vitale.

Così la dottrina tedesca viene a trovarsi in certo disaccordo con le tesi di Montesquieu già sul piano delle finalità dello stato, poiché essa nega che il preminente scopo di esso debba essere rinvenuto nella tutela delle libertà, affermando invece la precedenza dello stato rispetto a queste ultime⁷¹. Seguendo questa impostazione, la teoria dello Jellinek sui diritti pubblici soggettivi notoriamente afferma che essi, a differenza di quelli che ineriscono ai rapporti di diritto privato, non hanno fondamento nel diritto naturale ma sono pure creazioni legislative, frutto di un'autolimitazione legale dello stato⁷².

Dal punto di vista più propriamente organizzativo, le teorizzazioni della dottrina tedesca sono soprattutto funzionali a risolvere le problematiche relative ai rapporti tra legislativo ed esecutivo, tra re e parlamento, tra legge e regolamento, con lo scopo di giustificare una compartecipazione sostanziale del monarca all'interno del procedimento legislativo, di sganciare il governo dalle assemblee parlamentari e di fondare la riserva di regolamento a favore dell'autonomia normativa del governo, nonché dell'ampia discrezionalità dell'amministrazione⁷³. Allo scopo, la dottrina

chiamati ad esercitare poteri autoritativi sulla comunità [...] devono rispettare i limiti giuridici loro posti, *in primis*, dalla Costituzione (le "catene costituzionali") e dalla legge deliberata dall'organo parlamentare necessariamente concepito come rappresentativo della comunità; i diritti delle persone vanno non solo riconosciuti [...] ma resi effettivi anche in virtù dell'accertamento giurisdizionale rimesso inevitabilmente ad organi facenti parte dell'apparato statale, indipendenti dagli altri; i limiti rispetto al godimento dei diritti [...] sono determinati dalla legge».

⁷¹ Sul punto si veda il paragrafo «*Rechtsstat und Staatsrecht*» in cui G. BONGIOVANNI, *Stato di diritto e giustizia costituzionale*. Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 319 ss., ricostruisce in questo senso la dottrina germanica precedente all'insegnamento kelseniano.

⁷² G. BONGIOVANNI, *Stato di diritto e giustizia costituzionale*, cit., p. 324.

⁷³ Su quest'ultimo punto si veda E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 42, S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici*

tedesca ha approntato la cosiddetta teoria formale-sostanziale, che risale essenzialmente al Laband. Essa complicava in modo invero «inafferabile»⁷⁴ le relazioni tra forma e sostanza degli atti da un lato e poteri e funzioni dall'altro, minando così il presupposto del principio della separazione dei poteri, che si riteneva implicasse l'attribuzione delle funzioni ai diversi organi in ragione del loro contenuto. Comunque interpretata, la tesi di Laband rispondeva alla generale impostazione della dottrina tedesca improntata hegelianamente alla dialettica che conduce all'unità statale, in netto contrasto con il pensiero montesquieuiano⁷⁵.

Persino in questo quadro, in cui i principi liberali sono assai più osteggiati che in America, nel Regno Unito, in Francia o in Belgio, la separazione del giudiziario dagli altri poteri esercita comunque una certa attrattiva, ancorché declinata in una versione spiccatamente conservatrice. Non a caso, all'interno di tale dogmatica può ugualmente svilupparsi il concetto dello stato di diritto⁷⁶, variante continentale e affievolita del *rule of law* di matrice anglosassone⁷⁷, che comunque finisce per sottoporre in

e problemi attuali, Milano, 1963, p. 42, e G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 125.

⁷⁴ Così G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 120. Del resto, la stessa incompatibilità della dottrina formale-sostanziale con la separazione dei poteri è messa in discussione da F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 78 ss.

⁷⁵ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 119 ss.

⁷⁶ O comunque «dimostra di aver interiorizzato completamente il principio» (SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 121). Come è noto la nozione di «stato di diritto», «*Rechtsstaat*», si deve a Robert von Mohl negli anni Trenta dell'Ottocento (R. VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. I-II-III, Tübingen, 1832-1834) e si afferma in Germania nella seconda metà del secolo.

⁷⁷ Ai fini del presente discorso assumo le due espressioni come sostanzialmente equivalenti, come sostenuto da N. D. MACCORMICK, *Der Rechtsstaat und die Rule of Law*, in *Juristenzeitung*, n. 39/1984, p. 65 ss., che le interpretano come uno sviluppo sostanzialmente conforme del pensiero liberale occidentale. Chi invece sottolinea come con la prima si supponga la preesistenza dei diritti allo stato mentre con la seconda la creazione legale degli stessi, in ciò consistendo la natura più conservatrice della dottrina tedesca dell'Ottocento, ne pone in rilievo le differenze: G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 260 ss. A me pare convincente l'opinione di G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 679, secondo cui «Vengono recepiti così, nella dottrina tedesca prima e in quella italiana poi, i dogmi sostanziali dello Stato liberale; sono respinte viceversa le

qualche modo i poteri dello stato alla legge. E anche se l'autorità della legge non si poggia sulla dottrina della sua applicazione imparziale in vista della tutela delle libertà individuali nei confronti dello stato, come nel liberalismo anglosassone o francese, bensì sulla supremazia dello stato, ugualmente è in essa ravvisato dallo stesso Jellinek lo scopo di tutelare la libertà di «fare, avere e godere»⁷⁸. Di conseguenza, anche in questo contesto, più flebilmente liberale, si manifesta l'esigenza di una forma di tutela delle libertà indipendente dai poteri politici, che possa opporsi alle deviazioni dell'autorità esecutiva rispetto alle leggi.

Negli ordinamenti in cui il principio democratico si afferma più rapidamente, l'insegnamento montesquieuiano trova parimenti ostacoli difficili da sormontare, soprattutto per via della natura accentratrice del potere che a quel principio si accompagna nella teorizzazione di Rousseau. In particolare, l'affermazione del principio democratico in Europa finisce col travolgere l'approccio montesquieuiano anzitutto laddove esso si trovava più intrecciato con la necessità di creare un equilibrio tra monarchia, aristocrazia e popolo. Sotto questo aspetto, la sua teoria non può che ritenersi superata dall'affermazione del nuovo principio, proprio perché esso pretende di non essere bilanciato né con quello monarchico né con quello aristocratico. E dunque tutto ciò che, nella teoria di Montesquieu, attiene alle suggestioni del governo misto – dalla previsione di una camera legislativa aristocratica alla giurisdizione dei pari fino all'attribuzione del potere esecutivo ad un monarca ereditario – si trova in irriducibile contraddizione proprio con il principio democratico, che va affermandosi.

Quest'ultimo oggi informa di sé tutti gli stati occidentali in maniera evidente, almeno in due sensi (e fatte salve, ovviamente, le difficoltà oggettive cui è costantemente sottoposta la sua concreta realizzazione⁷⁹).

strutture politiche che a questi dogmi erano associate nel pensiero e nella pratica del liberalismo francese».

⁷⁸ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen, 1919 (1887), p. 215. Secondo D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 21, nell'opera sopraccitata di von Mohl, «la libertà del soggetto è già concepita come un obiettivo centrale dell'azione statale».

⁷⁹ Si veda E. W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1985, p. 263, secondo cui la democrazia «è una forma di stato esigente, forse anche difficile» e G. AMATO, *Democrazia maggioritaria e divisione dei poteri*, in *Questione giustizia*, n. 1/2005, p. 130, secondo cui «la democrazia è sempre una potenzialità che si sta realizzando, un'opportunità che va difesa e mantenuta

Da un lato, il principio democratico si afferma sul terreno della forma di stato come progressivo allargamento dei soggetti ammessi alla partecipazione al suffragio. Ciò accade prima negli Stati Uniti dove il suffragio (per i maschi bianchi) è da subito sostanzialmente universale, poi nel Regno Unito, con le riforme elettorali del suffragio che si susseguono a cavallo della metà dell'Ottocento, e quindi in Francia⁸⁰.

Dall'altro lato, tale superamento del principio monarchico e di quello aristocratico conduce a conseguenze fondamentali sul terreno della forma di governo degli stati europei. L'affermarsi del principio democratico, concettualizzato sulla base degli insegnamenti rousseauviani, determina infatti un diverso atteggiarsi dei rapporti tra Parlamento e Governo e tra legislazione ed esecuzione. Così, via via che il principio democratico si afferma, la separazione tra questi due organi e queste due funzioni si attenua, giacché l'esecutivo perde tendenzialmente la sua autonomia, che era fondata sul cedevole principio monarchico, per essere attratto nell'orbita del legislativo, nel quale trova progressiva affermazione la rappresentanza popolare⁸¹. Così la separazione tra i due poteri, che Montesquieu aveva pensato di intravedere nell'Inghilterra di metà Settecento, lascia nuovamente spazio a «una concentrazione di potere politico»⁸².

L'attenuazione della separazione tra legislativo ed esecutivo, processo che il Regno Unito aveva già avviato da tempo, a partire dalla metà dell'Ottocento inizia a riguardare via via tutta l'Europa, inverandosi nell'affermazione del rapporto di fiducia tra l'organo rappresentativo e il gabinetto, a fronte del quale residua solamente una blanda divisione di funzioni, che peraltro debbono essere ricondotte ad unità.

Questo processo di assorbimento dell'esecutivo nel legislativo, che nega la loro separazione in omaggio alla sovranità popolare superando gli equilibri e i bilanciamenti del governo misto, tocca solo in minima parte

aperta, uno spazio di equilibri possibili che va riempito altrimenti sarà qualcos'altro a riempirlo».

⁸⁰ E poi, entro la prima metà del Novecento in tutta l'Europa occidentale, ancorché con le parentesi – non trascurabili, ovviamente – dei regimi autoritari di stampo fascista e nazista.

⁸¹ Infatti G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 34, specialmente alla nota 3, ricorre alla locuzione «separazione dei poteri» solo con riguardo alle forme di governo riconducibili al presidenzialismo o alla monarchia limitata, preferendo quella di «divisione dei poteri» per le forme di governo parlamentari.

⁸² F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 96, che in proposito richiama la tesi di Y. GUET, *De l'unité du cabinet parlementaire*, Paris, 1930, p. 11 ss.

il potere giudiziario, al quale si riconosce sempre un certo grado di separazione rispetto agli altri poteri⁸³. Così, benché i giudici fossero generalmente di nomina governativa (ancorché talora eletti, come voleva la costituzione francese del 1791), per essi era di regola prevista l'inalterabilità *during good behaviour* e l'irriducibilità dello stipendio⁸⁴.

La teoria montesquieuiana, dunque, di fronte all'affermarsi della democrazia si rivela più resistente nella parte in cui richiede, al fine di garantire la tutela delle libertà, un potere giudiziario separato dalle altre branche dello stato. Ciò non deve stupire, dal momento che, già nell'impianto di Montesquieu, come ho rilevato nel precedente paragrafo, l'enucleazione del potere giudiziario non rispondeva alla matrice del governo misto, il cui scopo era di costruire un equilibrio tra le diverse classi sociali.

In Europa, la dottrina di Montesquieu, pur conoscendo alterne fortune nel corso dell'Ottocento, viene ovunque superata con riferimento all'idea della separazione tra potere legislativo e potere esecutivo (idea collegata, come si è visto, alle antiche dottrine del governo misto e alle tecniche del bilanciamento e dell'equilibrio). Questa parte della dottrina è pertanto destinata a soccombere nei diversi contesti europei, sia in quelli in cui il principio democratico è più arretrato, sia in quelli ove esso si afferma più rapidamente. Tuttavia, l'altra matrice della teoria della separazione dei poteri, che richiede la sottrazione al potere politico dell'attività di applicazione della legge ai casi concreti, si rivela più tenace proprio in Europa. La separazione del potere giudiziario viene infatti percepita come elemento indispensabile per la realizzazione del *rule of law* o, nei termini dell'Europa continentale, dello stato di diritto⁸⁵.

⁸³ Per G. BOGNETTI, *cit.*, p. 38, con riguardo al giudiziario in particolare, negli ordinamenti dell'Ottocento, se ne affermò la piena indipendenza come «principio cardine della divisione liberale dei poteri». Secondo la storiografia giuridica, invece, la realizzazione del principio della separazione del giudiziario dagli altri poteri non fu affatto piena. Quanto alla situazione italiana a metà dell'Ottocento ciò risulta provato dagli studi di M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966.

⁸⁴ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, *cit.*, p. 38 s.

⁸⁵ Quanto alla distinzione tra i due concetti, vedi *retro* nota 76 e nota 77.

3. Prevalenza del meccanismo dei *checks and balances* e inserimento del giudiziario all'interno del sistema di bilanciamento tra poteri nell'esperienza della democrazia americana.

Dal punto di vista storico la dottrina della separazione dei poteri trovò la sua originaria e più fedele applicazione in America, dapprima nelle Costituzioni delle ex colonie, a cominciare da quella della Virginia del 1776⁸⁶, e poi in quella federale del 1787⁸⁷.

Secondo alcuni ciò avvenne ad imitazione del sistema costituzionale del Regno Unito prima che se ne percepisse la metamorfosi in senso parlamentare⁸⁸, mentre secondo altri si trattò della naturale evoluzione dell'assetto che le colonie avevano avuto quando dipendevano dalla madre patria, assetto caratterizzato dalla netta separazione tra l'assemblea rappresentativa eletta direttamente dai coloni e il governatore nominato dalla Corona, due organi, dunque, ben distinti e dotati di separata legittimazione⁸⁹.

Circa il sistema giudiziario, fin dal XVIII secolo le corti erano relativamente indipendenti, ancorché il giudiziario delle colonie facesse capo al governatore, al punto che una delle rivendicazioni delle assemblee elettive delle colonie nei confronti del Regno Unito fu proprio quella di estendere le garanzie di indipendenza proprie di quelle corti anche a bene-

⁸⁶ Secondo il cui Art. 1, «il Legislativo, l'Esecutivo e il Giudiziario saranno separati e distinti, in maniera che nessuno di essi eserciti i poteri legittimamente appartenenti agli altri» (per il testo si veda A. AQUARONE, G. NEGRI, C. SCELBA (a cura di), *La formazione degli Stati Uniti d'America*, vol. II, Pisa, 1961, p. 5).

⁸⁷ Per la quale, si veda *infra*, in questo §.

⁸⁸ C. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., p. 84. Non si può dubitare, in effetti, della grande ammirazione di cui godeva la forma di governo britannica presso i coloni. Allo scopo basti ricordare il passo col quale John Adams definisce la costituzione inglese come «the most perfect combination of human powers in society which finite wisdom has yet contrived and reduced to practice for the preservation of liberty and the production of happiness» (J. ADAMS, *The Earl of Clarendon to William Pym*, in C. F. ADAMS (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. III, Boston, 1851-1856, p. 477).

⁸⁹ G. SILVERSTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 1 s. Il primo assertore di rilievo del debito della Costituzione federale rispetto alle Costituzioni delle colonie una volta resesi indipendenti è J. BRYCE, *The American Commonwealth*, New York – London, 1888. La tesi è stata di recente rilanciata da D. S. LUTZ, *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Baton Rouge (LA), 1980, e ID., *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge (LA), 1988.

ficio dello stesso governatore rispetto alla Corona⁹⁰. Quando, nel marzo del 1774, soprattutto per rispondere al *Boston Tea Party*, il Parlamento britannico approvò i cosiddetti *Coercive Acts* – ribattezzati dagli americani *Intolerable Acts* – tra i quali era incluso l'*Administration of Justice Act*⁹¹, che accentuava la subordinazione delle corti al Governatore di nomina inglese, i coloni risposero con la convocazione del Primo Congresso Continentale, che approvò la *Declaration of Rights and Grievances*. In essa, fra le altre istanze, i coloni lamentavano che la Corona avesse reso economicamente dipendenti da sé i giudici⁹². Nella stessa Dichiarazione di Indipendenza del 1776, tra le prove dei ripetuti tentativi regi di instaurare un governo assolutista nelle colonie si indicano i tentativi di intralciare l'amministrazione della giustizia, attraverso l'opposizione a leggi volte ad assicurare l'indipendenza dei giudici, che invece venivano subordinati alla Corona⁹³. Nelle Costituzioni delle ex colonie l'idea che la tutela delle libertà richiedesse un giudiziario separato dalle altre branche del potere risultava indirettamente sia dalle disposizioni che prevedevano cause di incompatibilità per i giudici⁹⁴ sia da quelle che fissavano a beneficio di questi ultimi le garanzie di indipendenza, come l'inaamovibilità⁹⁵

⁹⁰ G. SILVERSTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 2.

⁹¹ Quanto al testo dell'*Administration of Justice Act* approvato il 20 maggio del 1774 dal Parlamento britannico, si veda in www.usconstitution.net.

⁹² Si veda la *Declaration and Resolves of the First Continental Congress* dell'ottobre 1774, disponibile in www.usconstitution.net, laddove si lamenta che «judges who before held only estates at will in their offices, have been made dependent on the Crown alone for their salaries». Quanto al Primo Congresso continentale, si veda G. S. WOOD, *La costruzione della Repubblica: 1760 - 1820*, in B. BAILYN, G. S. WOOD, *Le origini degli Stati Uniti*, parte II, Bologna, 1987, p. 272 s.

⁹³ Si veda la Dichiarazione di Indipendenza del 1776, ove si può leggere: «The History of the Present King of Great-Britain is a History of repeated Injuries and Usurpations, all having in direct Object the Establishment of an absolute Tyranny over these States. [...] He has obstructed the Administration of Justice, by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary Powers. He has made Judges dependent on his Will alone, for the Tenure of their Offices, and Amount and Payment of their Salaries». Il testo delle costituzioni storiche degli Stati Uniti, tra cui anche quello della Dichiarazione di indipendenza, è disponibile in www.dircost.unito.it.

⁹⁴ Secondo l'art. XXIX della Costituzione della North Carolina del 18 dicembre 1776, «no Judge of the Supreme Court of Law or Equity, or Judge of Admiralty, shall have a seat in the Senate, House of Commons, or Council of State». Grosso modo dello stesso tenore gli art. 19 u.c., 23 e 30 della Costituzione della Pennsylvania.

⁹⁵ È l'art. XIII della Costituzione della North Carolina del 18 dicembre 1776.

e la garanzia del salario⁹⁶. Talvolta l'idea che il potere giudiziario dovesse essere separata dalle altre *branches of government* veniva direttamente tradotta in una formulazione esplicita, come nel caso dell'art. XXX della *Declaration of rights* del Maryland del 1776: «the independency and uprightness of Judges are essential to the impartial administration of Justice, and a great security to the rights and liberties of the people»⁹⁷. L'art. 67 della Costituzione di questo Stato si spingeva anche oltre: per garantire che le altre branche del potere non si ingerissero nell'amministrazione delle corti la disposizione arrivava a dettare norme precise circa aspetti tecnici e gestionali che potrebbero ritenersi poco adatti all'oggetto tipico di un testo costituzionale, stabilendo che «the Judges of the General Court, and Justices of the County Courts, may appoint the Clerks of their respective Courts».

Per queste ragioni qualcuno ha sostenuto che la Convenzione di Filadelfia in realtà non fece altro che estendere al livello della federazione un assetto di governo e una cultura giuridica che già erano appartenuti alle colonie, o quantomeno alle *élites* intellettuali delle relative popolazioni. In effetti, nonostante la Costituzione federale, a differenza di un buon numero di Costituzioni statali, non contenga una esplicita enunciazione del principio della separazione dei poteri, non c'è dubbio che essa organizzi la forma di governo della federazione applicando la dottrina di Montesquieu⁹⁸. D'altra parte, tale dottrina era senz'altro ben conosciuta dagli uomini politici che scrissero la carta costituzionale⁹⁹.

Nondimeno, l'importazione sul suolo americano della teoria della separazione dei poteri avvenne non senza significative modifiche e innovative deviazioni rispetto al significato che essa aveva in origine. Schematizzando, si potrebbe dire che, mentre la finalità attribuita da Montesquieu alla sua dottrina, cioè la tutela delle libertà, restava confermata,

⁹⁶ È l'art. XXI della Costituzione della North Carolina del 18 dicembre 1776, l'art. 23 della Costituzione della Pennsylvania.

⁹⁷ L'art. così procede: «wherefore the Chancellor and Judges ought to hold commissions during good behaviour; and the said Chancellor and Judges shall be removed for misbehaviour, on conviction in a court of law, and may be removed by the Governor, upon the address of the General Assembly provided that two-thirds of all the members of each House concur in such address».

⁹⁸ La questione non è dubbia: S. COTTA, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des États-Unis*, cit., p. 225 ss.

⁹⁹ In proposito si vedano P. M. SPURLIN, *Montesquieu in America, 1760-1801*, II ed., New York, 1969 (1940), e F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 49 ss.

l'impiego delle due tecniche della divisione e del bilanciamento veniva al contrario profondamente innovato.

Quanto alle finalità, la funzionalizzazione del principio della separazione dei poteri al valore liberale della tutela delle libertà non è affatto messa in discussione nel contesto americano, in cui peraltro esisteva una struttura sociale e un sentimento diffuso saldamente orientati al riconoscimento delle libertà e alla loro tutela effettiva anche nei confronti dei detentori del potere politico.

Dal punto di vista sociale, gli Stati Uniti della seconda metà del Settecento avevano già superato quella distinzione in classi che dominava l'Europa nello stesso periodo. Naturalmente, le classi sociali esistevano anche negli Stati Uniti, ma esse erano fra loro distinte solo in termini di condizione socio-economica dei relativi membri e non in termini di disuguaglianza giuridica, come invece accadeva per quelle europee. La società americana era dunque composta sostanzialmente da un unico ceto – per usare il linguaggio europeo – composto di c.d. *freemen*, senza le distinzioni di nascita o di rango che invece si facevano in Europa¹⁰⁰. Così la Dichiarazione di Indipendenza americana nel 1776 mostrava al mondo, anche prima della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la sua spiccata vocazione liberale, affermando l'esistenza giuridica di diritti naturali inalienabili, che di lì a poco, nel 1791, sarebbero stati esplicitamente inseriti come emendamenti alla Costituzione del 1787 (il c.d. *Bill of rights* americano)¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ma si veda il celebre discorso di Franklin che mette in rilievo come le stesse disuguaglianze economiche fossero meno sensibili in America (almeno tra i bianchi americani): «The Truth is, that tho' there are in that Country few People so miserable as the Poor of Europe, there are also very few that in Europe would be called rich: it is rather a general happy Mediocrity that prevails» (B. FRANKLIN, *Information to Those Who Would Remove to America*, in J. A. L. LEMAY (a cura di), *Benjamin Franklin, Writings*, New York, 1987, p. 975).

¹⁰¹ Richiamo il celeberrimo preambolo: «Noi riteniamo che sono per se stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità; che per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; che ogni qualvolta una qualsiasi forma di governo tende a negare questi fini, il popolo ha diritto di mutarla o abolirla e di istituire un nuovo governo fondato su tali principi e di organizzarne i poteri nella forma che sembri al popolo meglio atta a procurare la sua Sicurezza e la sua Felicità».

Quanto invece alle due tecniche – divisione e bilanciamento dei poteri – proposte da Montesquieu al fine della tutela delle libertà, esse saranno recepite, nel contesto americano, in una versione in qualche misura inaspettata e comunque originale rispetto all'esperienza europea. Nel contributo nordamericano alla separazione dei poteri, la tradizione inglese del *rule of law*, che sembra essere alla base di una forma netta di separazione tra il potere giudiziario e gli altri poteri, ha certamente avuto un qualche peso. Anzi, il bisogno di affermare il *government of laws* in contrapposizione al *government of men*¹⁰² è significativamente messa in stretta relazione con la dottrina della separazione dei poteri in un citatissimo passo della Dichiarazione dei diritti del Massachussets¹⁰³. L'aspirazione al *rule of law* richiedeva un sistema di corti separate dagli altri poteri, con la conseguenza che il potere giudiziario federale veniva protetto con le garanzie della *life tenure* e della protezione del salario. In questo modo, una volta nominati, i giudici diventano inamovibili oltre che tutelati nella loro indipendenza economica e, con qualche eccezione, essi non potevano più essere chiamati a rispondere della loro attività¹⁰⁴. È pertanto evidente il nesso che lega l'idea della separazione del giudiziario allo scopo di garantire un'applicazione imparziale della legge.

Tuttavia, gli Americani, che fondavano il loro Stato su basi totalmente nuove¹⁰⁵, non si potevano accontentare del principio del governo

¹⁰² G. LO VERDE, *L'applicazione del principio della divisione dei poteri come mezzo per isolare un potere dello Stato*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, vol. XXIX, 1935, p. 171 ss., citato da F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 53, nota 122.

¹⁰³ Così si conclude la famosa *Declaration of Rights* (disponibile in www.dircost.unito.it): «In the government of the commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end that it may be a government of laws, and not of men».

¹⁰⁴ Si veda nuovamente A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON, a cura di C. VIVANTI, Torino, 2006 (1835-1840), p. 146 s., secondo cui, poiché «è sicuramente importante per la sicurezza di ognuno e per la libertà di tutti che il potere giudiziario sia separato dagli altri», allo scopo di rendere i giudici «indipendenti dagli altri poteri, si stabilì che fossero inamovibili e che il loro compenso, una volta fissato non subisse il controllo del potere legislativo».

¹⁰⁵ Per una recente valutazione analoga, si veda O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 138: «Non bisogna dimenticare che la costituzione federale americana non fu la limitazione di un potere preesistente o l'atto di un governo già istituito che,

secondo la legge¹⁰⁶, considerando che ormai si faceva strada sia in Europa sia – e forse soprattutto – in America il principio democratico. Le modalità con cui quest'ultimo si incrocia con la dottrina montesquieuiana possono spiegare la prevalenza, nell'interpretazione statunitense della separazione dei poteri, della tecnica dei *checks and balances*¹⁰⁷. Dato atto della rilevanza che, nell'esperienza nordamericana, può attribuirsi all'idea del *rule of law* e dunque alla tecnica della separazione, è del resto un dato inconfutabile che gli Americani, al fine di tutelare le libertà, daranno uno sviluppo grandemente maggiore all'altra tecnica proposta da Montesquieu, ossia la tecnica del bilanciamento. D'altro canto, lo stesso Madison aveva affermato che né Montesquieu né la costituzione inglese¹⁰⁸ che lo aveva ispirato si erano informati ad un principio di stretta separazione. Ed in effetti la dottrina montesquieuiana è intesa dagli autori del Federalista in modo da limitare la rigidità della ripartizione tra funzioni e poteri, come è sottolineato in un famoso passo del saggio n. 47: «quando *tutti* i poteri di un settore sono nelle stesse mani che esercitano *tutti* i poteri di un altro settore, i principi basilari di una costituzione vengono sovvertiti. Così sarebbe stato [...] se il re, che è l'unico capo

sotto la pressione delle rappresentanze popolari, acconsente alla propria limitazione concedendo una costituzione. Essa fu invece (anche) la fondazione di un potere pubblico interamente nuovo rispetto a quello preesistente degli Stati sorti dalle colonie; un potere nuovo, scaturente dal seno della società e con una legittimazione e forza di gran lunga maggiore rispetto a quella esibita fino ad allora dalle forme conosciute di potere pubblico». Chessa richiama sul punto H. ARENDT, *On Revolution*, trad. italiana *Sulla rivoluzione*, Milano, 1999 (1963), p. 162, per la quale la costituzione americana non sarebbe «l'atto di un governo», bensì «l'atto con cui un popolo costituisce il proprio governo».

¹⁰⁶ Di nuovo si veda O. CHessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., p. 137, che sul punto si ispira a H. ARENDT, *On Revolution* (1963), trad. italiana *Sulla rivoluzione*, cit.: «È soprattutto Hanna Arendt ad avere sottolineato come nella cultura giuridica e politica dei rivoluzionari americani l'identificazione tra "governo limitato" e "governo costituzionale" fosse un'acquisizione scontata e per certi versi insufficiente».

¹⁰⁷ Si veda sul punto O. CHessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., p. 138: «Non è possibile [...] intendere la logica profonda del costituzionalismo americano se non si tiene presente che ne è parte integrante anche il principio di sovranità popolare».

¹⁰⁸ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista*, ed. a cura di G. SACERDOTI MARIANI, Torino, 1997 (1787-1788), p. 260: «ad un esame molto superficiale della costituzione inglese ci si rende conto che legislativo, esecutivo e giudiziario non sono totalmente separati e distinti».

dell'esecutivo, avesse avuto pieni poteri legislativi o supremi poteri giudiziari; o anche se il legislativo avesse avuto i supremi poteri esecutivi»¹⁰⁹. Il brano evidenzia che, nell'impostazione madisoniana, le interferenze tra le diverse funzioni non venivano affatto escluse, essendo viceversa espressamente escluso solo il completo assorbimento, da parte di un organo, delle funzioni spettanti ad altro organo; sicché è quantomeno discutibile che i padri fondatori volessero fare proprio un principio di stretta separazione tra i poteri.

Quanto al principio democratico, ho ricordato nel precedente paragrafo che in Europa la sua affermazione comportò il collasso della distinzione tra potere legislativo e potere esecutivo, mentre lasciò in piedi una (sia pure gracile) separazione del potere giudiziario. La tecnica del bilanciamento era dunque implosa, schiacciata dal peso della sua funzionalizzazione alle dottrine del governo misto.

Non così in America, dove un diverso approccio al principio democratico e alla sovranità popolare determinerà, sorprendentemente rispetto all'esperienza europea, la prevalenza, tra le due tecniche montesquieuviene, di quella improntata al bilanciamento, ancorché si sarebbe potuto reputare quest'ultima la meno attrattiva per gli Americani, che non dovevano contrapporre alla democrazia né l'aristocrazia né la monarchia.

Il principio democratico, tuttavia, proprio per via di quella struttura sociale poc'anzi tratteggiata, si radica nella cultura e nella pratica politica americana con due differenze di fondo rispetto all'Europa. Da un lato, esso si afferma più rapidamente e più profondamente che nel Vecchio Continente; dall'altro, il principio si instaura con caratteri più moderati e senza le pretese "assolutistiche" che l'avrebbero caratterizzato nell'ambito europeo.

Dal primo punto di vista, basti ricordare il quasi immediato riconoscimento del suffragio universale (maschile), in cui Tocqueville vide avverarsi il «dogma della sovranità popolare»¹¹⁰ e sulla cui base fu richiesto che tutti i poteri pubblici trovassero come fonte di legittimazione il consenso popolare¹¹¹. Così in America si immagina di affiancare alla sconta-

¹⁰⁹ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista*, ed. a cura di G. SACERDOTI MARIANI, cit., p. 261.

¹¹⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON, cit., p. 60.

¹¹¹ O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., p. 139: «la costituzione americana è la prima che prescrive per ogni potere pubblico il principio dell'investitura elettiva». B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit.,

ta elettività di un'assemblea rappresentativa anche quella, seppure indiretta, del capo dell'esecutivo. A tale processo non sfuggiva però nemmeno il potere giudiziario, con riferimento al quale si affermava il ruolo preponderante delle giurie e, negli stati, il principio di elettività dei giudici¹¹², mentre nella federazione tale principio era sostituito da un meccanismo di nomina che temperava, senza escluderla del tutto, la derivazione popolare del giudice per mezzo della designazione presidenziale e della conferma senatoriale¹¹³. Il problema di riconnettere alla sovranità popolare l'apparato pubblico deputato all'esercizio delle funzioni giurisdizionali è dunque risolto, in America, dalla creazione di un legame politico tra giudice e popolo. L'abbandono dell'elezione diretta del giudice effettuato dalla Costituzione federale, rispetto a quelle degli stati, non nega affatto il progetto di collegare democraticamente giudici e popolo: «it would require that all the appointments for the supreme executive, legislative, and judiciary magistracies should be drawn from the same fountain of authority, the people, through channels having no communication whatever with one another»¹¹⁴. Quando nel *Federalista* si giustifica il fatto che i giudici, mediante la nomina, siano sottratti a un meccanismo elettorale di selezione, si afferma semplicemente che un simile procedimento sarebbe inadatto a questo tipo di cariche pubbliche, perché per esse occorre garantire uno speciale grado di professionalità, mentre non vi è alcun riferimento all'esigenza – tipica di una sensibilità sviluppatasi nell'Europa continentale – che i giudici siano sottratti al controllo popolare¹¹⁵. Nella

p. 122, dà conto di un'opinione diffusa al tempo: «For a government to be founded upon the principle of the separation of powers it is necessary as far as practicable that those persons exercising the three governmental functions be separately elected by the people». Nel *Federalista* n. 51, il concetto è d'altra parte ribadito: «ogni nomina alle supreme cariche esecutive, giudiziarie e legislative del paese dovrebbe risalire alla medesima fonte di autorità, vale a dire al popolo, attraverso sistemi diversi ed indipendenti l'uno dall'altro» (A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 457).

¹¹² Ma a livello delle prime costituzioni statali talora la nomina dei giudici avveniva da parte del legislativo come nella Costituzione della Virginia del 1776.

¹¹³ Si veda nuovamente A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON, cit., p. 290: «Il sistema della giuria, come viene inteso in America, mi pare una conseguenza del dogma della sovranità popolare».

¹¹⁴ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist with Letters of "Brutus"*, ed. a cura di T. BALL, Cambridge (U.K.), 2003 (1787-1788), p. 251 s.

¹¹⁵ Si veda il saggio n. 51 del *Federalista*: «Specialmente nella formazione dei quadri giudiziari potrebbe divenire inopportuno l'insistere eccessivamente su una rigida attuazione della norma: in primo luogo perché i titoli e le qualifiche speciali

Costituzione americana, pertanto, la maggior estensione del principio democratico che ha storicamente contraddistinto quel contesto straordinario conduce a configurare il giudice, da un punto di vista organico, come un soggetto democraticamente legittimato.

L'affermazione del principio democratico in America, però, non si differenzia dall'analogo processo europeo soltanto per la sua diversa estensione e per la sua profondità. Una seconda differenza è data dalla circostanza che ad esso non viene ricondotta quella capacità accentratrice del potere che contraddistingueva l'aspirazione alla sovranità popolare, almeno nell'influente versione di Rousseau. Come attestano gli studi di Spurlin, il Contratto Sociale non ebbe un significativo impatto sulla cultura politica americana¹¹⁶. Spurlin conclude significativamente la sua ricerca affermando che «Rousseau had vogue but not influence in eighteenth century America»¹¹⁷. In effetti, i padri fondatori erano ben consapevoli della fragilità del principio maggioritario come base della democrazia. La tirannide della maggioranza sarà subito denunciata come possibile degenerazione della democrazia, dapprima, dagli estensori del Federalista¹¹⁸ e, successivamente, dai primi commentatori della Costituzione di approccio liberale, a partire da Tocqueville¹¹⁹ e poi da Mill¹²⁰.

che sono essenziali ai magistrati impongono che la prima e fondamentale considerazione sia quella di cercare un sistema di nomina che garantisca tali titoli; in secondo luogo perché il carattere delle cariche in questione non tarderà a distruggere ogni senso di sottomissione rispetto all'autorità che le avrà conferite» A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 457

¹¹⁶ P. M. SPURLIN, *Rousseau in America 1760-1809*, Tuscaloosa (AL), 1969, p. 106, sostiene che «the Social Contract made no tangible contribution to eighteenth-century American political theory» e aggiunge che il *Contratto Sociale* «played no significant role in influential contemporary thinking on contractual or any other theory».

¹¹⁷ P. M. SPURLIN, *Rousseau in America 1760-1809*, cit., p. 113.

¹¹⁸ Al riguardo nel saggio n. 51 del *Federalista*, la cui attribuzione a Hamilton o a Madison è secondo alcuni incerta, si sostiene che «Il regime repubblicano non serve soltanto a salvaguardare la società dalla eventuale tirannide dei suoi governanti ma anche a garantire una parte della medesima contro gli eventuali abusi dell'altra parte» (A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 460). Ulteriormente Madison, *Il Federalista* n. 48, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 443, si pone il problema «rappresentato da atti di usurpazione delle assemblee legislative».

¹¹⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON, cit., p. 268 ss. Ancorché l'Autore rinvenisse i rischi di tirannia della maggioranza nell'assetto della Costituzione americana, che in seguito sarebbe invece stata

Questa consapevolezza dei rischi della democrazia può trovare spiegazione da un punto di vista storico nella cattiva prova che avevano dato le assemblee coloniali dopo l'indipendenza, quando in esse finì per trovarsi concentrato, in tutta la sua forza dirompente, il potere della maggioranza¹²¹. Oltre a ciò, a favore di un temperamento del principio maggioritario militavano altresì la stessa struttura federale dello stato che si andava istituendo e la tradizione di *common law*, come patrimonio giurisprudenziale di diritto sottratto al detentore del potere politico.

Tale assunzione relativizzata del principio di maggioranza può inoltre trovare spiegazione nella diffidenza, tipica del pensiero liberale dell'epoca, nei confronti delle fazioni. Questa presa di distanza verso le fazioni, che era già presente in Rousseau¹²², viene sviluppata nel pensiero di Madison, in cui l'insofferenza verso le stesse si collega anche all'esigenza di tutela delle minoranze, come del resto emerge nel saggio 10 del Federalista: «vengono prese troppo spesso delle misure, non se-

identificata a modello di un sistema di pesi e contrappesi volti proprio a impedire abusi del principio maggioritario, il suo pensiero resta significativo. Esso attesta come le preoccupazioni sul punto fossero assai sentite dal pensiero liberale fin dall'Ottocento: «Ritengo empio e odioso il principio secondo il quale in materia di governo la maggioranza di un popolo ha diritto di fare tutto; [...] il potere di fare qualsiasi cosa, che rifiuto di concedere a uno solo dei miei simili, non lo accorderei mai a più d'uno. [...] Quando, perciò, vedo accordare il diritto e la facoltà di fare tutto a una potenza qualsiasi, che la si chiami popolo o re, democrazia o aristocrazia, che la si eserciti in una monarchia o in una repubblica, io dico: ecco il germe della tirannia» (p. 268 s.).

¹²⁰ L'argomento di Tocqueville sui rischi di tirannia della maggioranza era infatti ripreso da J. S. MILL, *Sulla libertà*, trad. a cura di G. MOLLIKA, Milano, 2000 (1859), p. 41: «la questione della limitazione del potere del governo sugli individui non perde nulla della sua importanza quando i detentori del potere sono di norma responsabili verso la comunità, [...] e nella riflessione politica, la "tirannia della maggioranza" viene ora generalmente inclusa tra i mali contro cui la società deve stare in guardia».

¹²¹ La preoccupazione verso lo strapotere delle assemblee legislative fu così forte, che, secondo S. COTTA, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des États-Unis*, cit., p. 246, mentre la Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino è una rivendicazione dei diritti essenzialmente nei confronti dell'esecutivo, il *Bill of Rights* introdotto con un emendamento del 1791 nella Costituzione federale potrebbe essere inteso come una rivendicazione nei confronti del legislativo.

¹²² Sulla diffidenza di Rousseau e Madison nei confronti delle "fazioni", si vedano le interessanti riflessioni di P. PINNA, *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, cit., p. 776 ss.

condo principi di giustizia, o a tutela dei diritti della minoranza, ma secondo la forza superiore della maggioranza interessata e prepotente che decide». Così Madison finisce, con precoce pragmatismo americano, per accettare le fazioni, perché «La libertà sta alla fazione, come l'aria sta al fuoco: un alimento senza il quale cessa immediatamente di esistere. Ma abolire la libertà (che è essenziale alla vita politica), solo perché nutre le fazioni, sarebbe follia pari a quella di chi aspira a eliminare l'aria (che è essenziale alla vita animale) perché dà al fuoco la sua forza distruttrice»¹²³. Poiché le fazioni sono negative, ma cionondimeno inevitabili in quanto frutto della libertà, si deve far «in modo di prevenire che la stessa passione o lo stesso interesse prevalgano, contemporaneamente, in una maggioranza, oppure la maggioranza, nella quale vive quella passione o interesse, deve essere (grazie a soluzioni numeriche e a soluzioni locali) messa in condizione di non poter concertare e realizzare misure oppressive»¹²⁴.

Questi elementi – diffidenza verso le assemblee e verso le fazioni – assieme alla paritetica legittimazione democratica di tutti e tre i poteri consentono agli americani di dare una lettura del tutto nuova alla tecnica del bilanciamento, che in Montesquieu è invece connessa con l'idea del governo misto. Nell'esperienza americana, viceversa, il bilanciamento tra i poteri trova una ragion d'essere a prescindere dall'esigenza di promuovere un governo misto¹²⁵, come sottolinea Silvestri quando rileva: «Il contributo originale americano al costituzionalismo moderno è dato dall'idea che la separazione e il controllo reciproco tra i poteri devono esserci anche se tutti gli organi sono eletti»¹²⁶. Forse si potrebbe aggiungere che il bilanciamento ci deve essere proprio perché tutti i poteri sono di derivazione popolare, motivo per il quale il meccanismo del bilanciamento può servire allo scopo di impedire che una maggioranza possa impossessarsi del potere politico: se esso infatti fosse unitario, una maggioranza potrebbe impossessarsene interamente, mentre se è suddiviso tra soggetti tutti democraticamente legittimati, ciascuno di essi può opporsi agli altri

¹²³ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista*, ed. a cura di G. SACERDOTI MARIANI, cit., p. 83.

¹²⁴ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista*, ed. a cura di G. SACERDOTI MARIANI, cit., p. 85.

¹²⁵ B. BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (MA), 1967, p. 274 ss., che spiega l'impossibilità di replicare l'idea del governo misto, data l'assenza, nell'America dell'indipendenza, di una monarchia e di una nobiltà.

¹²⁶ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 673.

con una forza pur sempre riconducibile, in un modo o nell'altro, alla sovranità popolare. Ecco perché, una volta che sia stata conferita legittimazione democratica a tutti e tre i poteri, la tecnica montesquieuviana del bilanciamento può essere depurata dal suo ancoraggio, ben presente invece nella versione europea, alle teorie del governo misto, potendo essere impiegata allo scopo di temperare gli eccessi della democrazia.

Così, secondo la celebre espressione utilizzata da Hamilton nel *Federalista* n. 9, l'organizzazione costituzionale americana si informa al principio della divisione dei poteri per organizzare un sistema di «balances and checks»¹²⁷. Il concetto veniva ripetuto da Madison nel n. 51 del *Federalista*, dove si affermava che l'organizzazione costituzionale doveva essere escogitata in modo che «its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places»¹²⁸. Il sistema del bilanciamento è dunque utilizzato con lo scopo di creare una macchina¹²⁹ costituzionale nella quale le varie componenti si contrastino tra di loro, in modo da evitare che il potere si concentri e che, quindi, possa mettere in pericolo le libertà. Occorre che «l'ambizione [...sia] usata come antidoto all'ambizione»¹³⁰ (per richiamare Madison) e che il «lust for self-aggrandizement»¹³¹ dei titolari di ciascuno dei poteri sia messo in campo per contrastare le analoghe pretese degli altri, dando a coloro che amministrano «ciascun settore i mezzi ed il personale interesse necessari a resistere ai soprusi ed agli abusi degli altri settori»¹³². Questo meccanismo newtoniano – come l'avrebbe polemicamente de-

¹²⁷ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist Papers*, ed. a cura di C. ROSSITER, New York, 1961 (1787-1788), p. 72. Si veda inoltre J. ADAMS, *Discourses on Davila*, in C. F. ADAMS (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. VI, Boston, 1851-1856, p. 280 s., e, nella letteratura contemporanea, B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 117 ss.

¹²⁸ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist Papers*, ed. a cura di C. ROSSITER, cit., p. 320.

¹²⁹ I padre fondatori insistettero sulla circostanza che il sistema dovesse poter funzionare automaticamente come «a machine that would go of itself» (M. G. KAMMEN, *A Machine That Would Go of Itself*, New York, 1986, p. 17 s.).

¹³⁰ Saggio n. 51 di A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 458.

¹³¹ B. BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, cit., p. 59.

¹³² Saggio n. 51 di A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 458.

finito Woodrow Wilson¹³³ – si reggeva su una concezione moderata della democrazia, in cui, come si è detto, dominava il timore che la maggioranza potesse abusare del potere se le fosse stato consentito di conquistarlo integralmente. D’altro canto, sul piano storico-politico, i padri fondatori diffidavano dell’accumulazione del potere nelle mani di uno solo o di pochi centri, perché temevano un eventuale successo degli antifederalisti. La suddivisione del potere avrebbe dunque fornito maggiori garanzie di libertà proprio in quanto capace di bloccare i propositi distruttivi di un’eventuale maggioranza avversa al nascente sistema federale¹³⁴.

Sulla base di questo approccio, la dottrina montesquieviana poteva svilupparsi in America enfatizzando, delle due tecniche previste, quella dei pesi e contrappesi, dei *checks and balances*, che costituirono il fulcro dello schema di governo madisoniano collocato alla base della Costituzione del 1787. Per evidenti ragioni, non sembra possibile e nemmeno opportuno illustrare in questa sede tale schema di governo, che peraltro è ben conosciuto e ampiamente studiato anche dalla dottrina europea. A questo scopo, mi limito pertanto a rinviare alla Tab. 1 nella quale è riassunto il sistema dei rapporti, delle interrelazioni e delle interferenze reciproche tra i poteri che caratterizza lo schema madisoniano della struttura della Costituzione del 1787.

Naturalmente, il problema principale che i padri fondatori dovevano risolvere, al fine di far funzionare il sistema dei pesi e dei contrappesi, si concentrava preminentemente sui meccanismi volti a mantenere in equilibrio Congresso e Presidente, meccanismi destinati a trovare attuazione in un intreccio ben studiato di interferenze reciproche nell’esercizio delle rispettive funzioni. Anzitutto, a ciascuno di essi era assegnata, come si è visto, un’autonoma legittimazione popolare, in conformità a un’idea chiaramente affermata nel saggio n. 51 del *Federalista*: «each department should have a will of its own; and consequently should be so constituted

¹³³ Infatti, il futuro Presidente W. WILSON, *Constitutional Government in the United States*, New York, 1908, p. 54 s., avrebbe criticamente rilevato: «The government of the United States was constructed upon the Whig theory of political dynamics, which was a sort of unconscious copy of the Newtonian theory of the universe. In our own day, whenever we discuss the structure or development of anything, whether in nature or in society, we consciously or unconsciously follow Mr. Darwin; but before Mr. Darwin, they followed Newton».

¹³⁴ Si veda in questo senso J. A. GARDNER, *Democracy Without a Net? Separation of Powers and the Idea of Self-Sustaining Constitutional Constraints on Undemocratic Behavior*, in *St. John’s Law Review*, n. 79/2005, p. 308.

Tab 1 *Checks and balances*

LEGISLATIVO	ESECUTIVO	GIUDIZIARIO
CHECKS SULL'ESECUTIVO		
Impeachment (C)	Il Vice Presidente ed il Gabinetto accertano l'incapacità del Presidente di svolgere i suoi compiti	Judicial review
Processo rispetto agli impeachments (S)		Presidenza da parte del Chief Justice della Corte Suprema delle riunioni del Senato durante il processo relativo all'impeachment del Presidente
Elezione del Presidente (C) e del Vice (S) in caso di mancanza di maggioranza nel collegio elettorale		
Superabilità del veto presidenziale		
Approvazione (S) delle nomine presidenziali		
Approvazione (S) dei trattati		
Approvazione della sostituzione del Vice Presidente		
Dichiarazione di guerra		
Decisione sulle tasse e sulle spese		
Dovere presidenziale di riferire periodicamente		
CHECKS SUL GIUDIZIARIO		
Approvazione (S) delle nomine dei giudici	Potere di grazia	
Impeachment (C)	Potere di nomina dei giudici	
Processo rispetto agli impeachments (S)		
Revisione costituzionale		
Decisione sulle Corti inferiori alla Corte Suprema		
Decisione sulla giurisdizione delle corti federali		
Decisione numero componenti Corte Suprema		
CHECKS SUL LEGISLATIVO		
Approvazione bicamerale delle leggi	Potere di veto	Judicial review
Esclusiva iniziativa nella C delle leggi entrata	Il Vice Presidente è Presidente del Senato	Inamovibilità
Divieto di aggiornamento per più di tre giorni senza il consenso dell'altra Camera	Irriducibilità del compenso dei parlamentari	Irriducibilità del salario
Pubblicazione degli atti parlamentari	Recess appointments	
	Convocazione delle Camere	
	Decisione sull'aggiornamento delle Camere se in dissenso	
	Comando delle forze armate	
Legenda: C sta per la Camera dei Rappresentanti, S per il Senato (per il Congresso, essendo bicamerale, sono indicati checks di una camera sull'altra)		
Fonte: Us Constitution Online (www.usconstitution.net)		

that the members of each should have as little agency as possible in the appointment of the members of the others»¹³⁵; ove si afferma

¹³⁵ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist with Letters of "Brutus"*, ed. a cura di T. BALL, Cambridge (U.K.), 2003 (1787-1788), p. 252.

altresì – come già ricordato – che la legittimazione di ogni potere «should be drawn from the same fountain of authority, the people, through channels having no communication whatever with one another»¹³⁶. Ciò consentiva una stretta separazione dal punto di vista organico, che avrebbe dovuto conferire al Presidente degli Stati Uniti quella maggior forza rispetto al Congresso che non avevano avuto gli Esecutivi delle ex Colonie nei confronti delle rispettive assemblee elettive. Vi è da dire che i timori dei padri fondatori di una supremazia del Congresso sul Presidente si rivelarono non privi di fondamento, giacché il modello delle *three equal branches of government* incontrò notevoli difficoltà ad affermarsi. Basti ricordare che i primi presidenti dopo Washington furono scelti dai maggiorenti del Congresso in appositi *caucuses* tra i parlamentari e che delle quattro elezioni presidenziali che si succedettero nel primo quarto dell'Ottocento ben due furono risolte non nel collegio elettorale bensì nella Camera dei rappresentanti. Sicché si è potuto sostenere che fino alla elezione di Andrew Jackson, avvenuta nel 1828 (dopo che questi, nel 1824, era stato scalzato alla Camera dei rappresentanti dallo sfidante John Quincy Adams pur avendo conquistato il voto popolare), il sistema funzionò per mezzo di una fusione dei poteri legislativo ed esecutivo¹³⁷. Fino a quel momento i presidenti trovarono difficoltà a ricorrere al veto¹³⁸ e si sentivano vincolati all'influenza del Congresso persino nel-

¹³⁶ *Ivi.*

¹³⁷ T. J. LOWI, *President v. Congress: What the Two-Party Duopoly Has Done to the American Separation of Powers*, in *Case Western Reserve Law Review*, n. 47/1997, p. 1221 s.; E. S. CORWIN, *The President. Office and Powers, 1787-1957. History and Analysis of Practice and Opinion*, IV ed., New York, 1957, p. 19; M. SMELSER, *The Democratic Republic, 1801-1815*, New York, 1968, p. 318: «The rise of the congressional nominating caucus [...] the President, in a sense, the creation of Congress».

¹³⁸ Si veda D. J. LEVINSON, R. H. PILDES, *Separation of Parties, Not Powers*, in *Harvard Law Review*, n. 119-8/2006, p. 2311 ss., in generale sul ruolo dei partiti nel funzionamento della forma di governo americana (gli autori sostengono che il bilanciamento riguarda i partiti che i poteri), ed in particolare, p. 2321 s., nota 37 e 39, sull'uso del veto da parte dei primi presidenti come prova della loro debolezza nei confronti del Congresso: i Presidenti tra Washington e Jackson posero il veto nei confronti di solo otto progetti di legge. Jackson pose il veto su un numero di progetti di legge superiore a quello di tutti gli altri presidenti messi assieme (tra questi progetti vi era anche quello avente ad oggetto la creazione della seconda banca degli Stati Uniti). Inoltre inizialmente i veti venivano giustificati sulla base di ragioni costituzionali mentre poi vennero avanzate ragioni di puro dissenso politico con il Congresso.

la composizione del gabinetto¹³⁹. Fu dunque solo dopo Jackson, con la sottrazione delle candidature alla presidenza ai *caucuses* parlamentari in favore delle nuove *conventions*¹⁴⁰ di partito, che il Presidente si sganciò definitivamente dalle Assemblee per assumere lo status di un'*equal branch of government*¹⁴¹. Che il sistema dei pesi e dei contrappesi presenti inevitabili fragilità e dipenda dalla mutevole forza politica su cui le singole istituzioni possono di volta in volta appoggiarsi è poi attestato dalla successiva alterazione dell'equilibrio, stavolta a favore del Presidente, che si ebbe nel Dopoguerra, quando si parlò addirittura di monarchia elettiva e presidenza imperiale.

Venendo ora al potere giudiziario, ossia al tema centrale della presente trattazione, il diverso approccio al principio democratico degli Americani conduce a un'altra innovazione fondamentale circa la loro versione della tecnica montesquieuiana del bilanciamento dei poteri. Alludo all'inserimento, nel gioco dei poteri che sono chiamati a bilanciarsi reciprocamente, dello stesso potere giudiziario.

Nel sistema del bilanciamento proposto da Montesquieu non si assegnava alcun ruolo al potere giudiziario, che dunque a buon titolo poteva definirsi come potere nullo¹⁴². Il potere giudiziario non era inserito nel sistema dei pesi e dei contrappesi perché lo scopo del temperamento

¹³⁹ Si veda D. J. LEVINSON, R. H. PILDES, *Separation of Parties, Not Powers*, cit., p. 2322, nota 2: «During this period the President was not even powerful enough to control his own Cabinet. After Jefferson's presidency, Presidents felt obligated to keep in office much of their predecessor's Cabinet, and when the Cabinet convened, the President considered each of his Cabinet members' votes equal to his own».

¹⁴⁰ Si vedano: J. S. CHASE, *Emergence of the Presidential Nominating Convention, 1789-1832*, Urbana (IL), 1973, p. 294 s.; G. LEONARD, *The Invention of Party Politics*, Chapel Hill (N.C.), 2002, p. 117 ss.

¹⁴¹ E. S. CORWIN, *The President. Office and Powers, 1787-1957*, cit., p. 21, afferma che solo con il primo presidente democratico, Andrew Jackson, la presidenza «was thrust forward as one of three equal departments of government, and to each and every of its powers was imparted new scope, new vitality».

¹⁴² Si veda W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 111, che, con riferimento alla famosa espressione di Montesquieu, il cui senso è spiegato come ho riportato nel testo, conclude: «This statement is not obscure a sit is sometimes said to be. When Montesquieu wrote that *sudicia power* "est en quelque façon nulle," he must have expected his readers to remember his description of that power a few paragraphs before in which he described it in England as being, "pou ainsi dire, invisible et nulle." By the latter phrase, [...] he meant that the judicial function was not [...] capable of participating in balancing the constitution».

tra le classi era già raggiunto attraverso l'equilibrio dato ai rapporti tra i tre organi espressivi degli altri due poteri.

Gli Americani, invece, inseriscono nel meccanismo del bilanciamento anche il potere giudiziario, come ha efficacemente sostenuto Gwyn¹⁴³.

Lo stesso concetto era già stato espresso da Jhon Adams che, ancor prima di divenire il secondo Presidente degli Stati Uniti, era uno dei campioni del principio della divisione dei poteri intesa come bilanciamento¹⁴⁴. Adams, in una delle sue opere, tratta esplicitamente dell'inserimento del potere giudiziario nel meccanismo del bilanciamento: «A legislature, an executive, and a judicial power comprehend the whole of what is meant and understood by government. It is by balancing each of these powers against the other two, that the efforts of human nature towards tyranny can alone be checked and restrained, and any degree of freedom preserved in a constitution»¹⁴⁵.

Le modalità dell'inclusione del potere giudiziario nel sistema dei *checks and balances* risultano chiare se si torna a prestare attenzione alla Tab. 1, che illustra i reciproci rapporti tra i poteri inseriti nel meccanismo. Se si guarda al giudiziario, esso è posto in interrelazione con gli altri poteri fondamentalmente attraverso due istituti.

Il primo, in obbedienza alla citata connessione con il principio democratico, riguarda la modalità di nomina, che viene assegnata agli altri due dipartimenti, così da garantire un legame con la volontà popolare seppure derogando al principio generale per cui ciascun potere dovrebbe avere legittimazione autonoma rispetto agli altri per poter vantare «a will of its own». Si tratta di una deroga che per il giudiziario attenua il principio di rigida separazione organica che invece contraddistingue gli altri due *departments*.

¹⁴³ W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 125: «The second distinctly American development in the separation of powers doctrine was the introduction of the judicial branch of government into the balance of power either equated with the separation of powers or seen as a necessary condition for it».

¹⁴⁴ C. M. WALSH, *The political Science of John Adams*, New York, 1915, illustra la sua adesione al modello del bilanciamento, come dimostra il suo apprezzamento per Bolingbroke (p. 230).

¹⁴⁵ J. ADAMS, *Letter to Richard Henry Lee*, 15 novembre 1775, in C. F. ADAMS (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. IV, Boston, 1851-1856, p. 186. Si veda W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 117, secondo cui «Adams, unlike either Montesquieu [...], brought the judiciary into the balancing process».

Il secondo è la *judicial review*, ossia il controllo di legittimità sugli atti, che riguarda tanto quelli del potere esecutivo quanto quelli del potere legislativo. La *judicial review* sugli atti degli altri poteri contribuì in maniera determinante a introdurre il giudiziario nel *balancing*¹⁴⁶, essendo costruita proprio come contrappeso del giudiziario nei confronti delle altre due branche e in particolare nei confronti di quella legislativa, considerata la più pericolosa¹⁴⁷. D'altro canto, il più debole dei tre poteri, quello la cui legittimazione democratica era più sbiadita e quello maggiormente sprovvisto di mezzi per dare esecuzione alle proprie decisioni, doveva essere dotato di un'arma supplementare per poter competere con gli altri due al fine di mantenere in equilibrio il sistema nel suo complesso. L'arma in questione può essere appunto individuata nella *judicial review*, come dimostra la circostanza che essa, soprattutto in origine, venne utilizzata proprio per difendere il potere giudiziario dagli attacchi apportati dagli altri *departments* e in particolare dal Congresso e dai legislativi statali¹⁴⁸.

¹⁴⁶ W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 126.

¹⁴⁷ È interessante a questo proposito l'impostazione di James Wilson, che fu «the author of an early and doubtless influential exposition of the Constitution», «a member of the Supreme Court of the United States, at its origin», ed è quindi «interesting to see what were his views about the separation of power» (M. P. SHARP, *The Classical American Doctrine of "The Separation of Powers"*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 2-3/1935, p. 411). Secondo J. WILSON, *Lectures as professor of law in the College of Philadelphia, 1790-1791*, riportate proprio da M. P. SHARP, *The Classical American Doctrine of "The Separation of Powers"*, cit., p. 415, nota 59: «The congress is intrusted with the legislative power of the United States. In preparing bills, in debating them, in passing them, in refusing to pass them, their resolutions and proceedings should be uncontrolled and uninfluenced. Here is the independency of the legislative power. But after the proceedings of the legislature are finished, so far as they depend on it, they are sent to be examined, and are subjected to a given degree of control by the head of the executive department. Here is the dependency of the legislative power. It is subject also to another given degree of control by the judiciary department, whenever the laws, though in fact passed, are found to be contradictory to the constitution».

¹⁴⁸ W. M. TREANOR, *Judicial Review Before Marbury*, in *Stanford Law Review*, n. 58-2/2005, p. 455 ss., il quale sostiene che prima di Marbury «courts invalidated statutes affecting the powers of courts or juries». L'autore, con riferimento a Marbury spiega inoltre (p. 460): «what appears to be a puzzling, unconvincing, and uniquely aggressive exercise of judicial review was fully consistent with prior judicial decisions in which courts had invalidated *statutes that trenched on judicial authority and autonomy*» (enfasi aggiunta). Si vedano anche: R. L. CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence (KS), 1989, p. 76, il quale ritiene che il potere di *judicial review* fosse originariamente limitato ai soli casi «bearing directly

Si potrebbe obiettare che la *judicial review* non è esplicitamente prevista dalla Costituzione degli Stati Uniti¹⁴⁹ ma è generalmente imputata alla sentenza *Marbury v. Madison*¹⁵⁰. Tuttavia, si tratterebbe a ben vedere di un'obiezione passibile di critica, potendosi al contrario sostenere che la *judicial review*, pur non essendo stata espressamente introdotta dai *founding fathers*, rappresentava nondimeno un istituto nient'affatto sconosciuto al tempo del varo della Costituzione americana e dunque presente nelle prospettive dei costituenti intenti a organizzare l'assetto dei poteri federali¹⁵¹, ragion per cui essa non può essere considerata alla stregua di un'invenzione del giudice Marshall¹⁵². Con approccio originalista (nel senso di *original intent*)¹⁵³ si può facilmente constatare che di un control-

upon the exercise of their own functions as courts of law»; J. M. SOSIN, *The Aristocracy of the Long Robe: The Origins of Judicial Review in America*, New York, 1989, p. 222, secondo cui «courts could resist or refuse to apply laws interfering with the constitutional duties of the judges. But this did not mean that courts could go beyond the defense of their own prerogative».

¹⁴⁹ Ma si veda S. B. PRAKASH, J. C. YOO, *The Origins of Judicial Review*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 70/2003, p. 894 ss., per un argomento testuale a sostegno della previsione costituzionale della *judicial review*.

¹⁵⁰ Secondo A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis (IN), 1962, p. 1, «if any social progress can be said to have been 'done' at a given time and by a given act, it is Marshall's achievement. The time was 1803; the act was the decision in the case of *Marbury v. Madison*». A parere di W. W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in *Duke Law Journal*, n. 18/1969, p. 1, «the concept of judicial review of the constitutionality of state and federal statutes by the Supreme Court is generally rested upon the epic decision in *Marbury v. Madison*».

¹⁵¹ La dottrina americana è divisa tra chi sostiene che la *judicial review* fosse estranea al significato originario della Costituzione americana (A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 1 ss.), chi invece la considera inclusa (S. SHERRY, *The Founders' Unwritten Constitution*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 54/1987, p. 1127 ss.) e chi la ritiene accolta solo come strumento da utilizzare con molta *prudence* da parte delle corti e molta deferenza verso gli altri poteri (L. D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, 2004; W. R. CASTO, *The Supreme Court in the Early Republic: The Chief Justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth*, Columbia (S.C.), 1995, p. 222).

¹⁵² Per G. L. HASKINS, H. A. JOHNSON, *Foundations of Power: John Marshall, 1801-15*, New York, 1981, p. 190, «the idea of judicial review was hardly a new one when *Marbury* was decided». Per M. J. KLARMAN, *How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?*, in *Virginia Law Review*, n. 87/2001, p. 1113 s., «*Marbury* cannot have established the power to judicial review, since that power already was widely accepted before the Supreme Court's ruling».

¹⁵³ In generale, per la dottrina originalista, nelle sue diverse variati, si veda *infra*.

lo di costituzionalità delle leggi si parlò anche nella Convenzione di Filadelfia, ancorché non *ex professo*, come fecero – e lo ricorda soprattutto Klarman, in un suo articolo – Elbridge Gerry, lo stesso James Madison¹⁵⁴ e altri *founding fathers* quali Wilson¹⁵⁵ e Mason¹⁵⁶. Ma si discusse della *judicial review* anche al di fuori della Convenzione di Filadelfia: basti rileggere il saggio 78 del *Federalista*¹⁵⁷, in cui Hamilton cita esplicitamente l'«attribuzione delle corti di dichiarare nulli gli atti legislativi in quanto essi siano contrari alla costituzione» e ne giustifica il fondamento in risposta alle critiche contenute nelle *Letters of Brutus*. L'istituto della *judicial review* delle leggi era stato altresì difeso dal futuro giudice della Corte Suprema James Iredell¹⁵⁸, nonché da James Wilson, che lo evocò anche in alcuni discorsi pubblici pronunciati al di fuori della Convenzione di Filadelfia. Inoltre, l'attribuzione alle corti del potere di *judicial review* appariva conforme alla struttura federale del nuovo Stato, in cui la presenza di una Costituzione rigida e di competenze costituzionalmente limitate esigeva forme di controllo necessariamente rimesse a un'istanza giurisdizionale che le rendesse effettive. La *judicial review* era del resto un potere che poteva facilmente ricollegarsi alla tradizione della *common law* come limite al potere legislativo. Essa era già stata sostenuta all'inizio del Seicento inglese da Lord Coke¹⁵⁹ (ancorché sia un prece-

¹⁵⁴ M. J. KLARMAN, *How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?*, cit., p. 1120, riporta da M. FARRAND (a cura di), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. I, New Haven (CT), 1911, p. 97 s., il pensiero di Elbridge Gerry secondo cui il giudiziario «will have a sufficient check agst. encroachments on their own department by their exposition of the laws, which involved a power of deciding on their Constitutionality», e, p. 430, di James Madison, secondo cui la *judicial review* avrebbe dovuto essere limitata «to cases of a Judiciary Nature».

¹⁵⁵ M. FARRAND (a cura di), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. I, cit., p. 97: «Judges, as expositors of the Laws would have an opportunity of defending their constitutional right».

¹⁵⁶ M. FARRAND (a cura di), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. I, cit., p. 97: «[judges] could declare an unconstitutional law void».

¹⁵⁷ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 624 ss. Si veda anche il saggio n. 81, p. 641 ss.

¹⁵⁸ Quanto alla posizione di Iredell, si veda W. R. CASTO, *James Iredell and the American Origins of Judicial Review*, in *Connecticut Law Review*, n. 27-2/1995, p. 329 ss.

¹⁵⁹ *Bonham's Case*, 77 Eng. Rep. 646, 652 (1610): «it appears in our books, that in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against

dente della cui portata si discute molto)¹⁶⁰, ma sarà poi rigettata in Inghilterra a favore della supremazia del Parlamento¹⁶¹. Cionondimeno si trattava di una concettualizzazione del potere delle corti ancora esistente nell'ambito della cultura giuridica anglosassone nel periodo in cui gli Americani costruivano le proprie strutture statuali. A ciò si aggiunga che la *judicial review* non era affatto sconosciuta alle colonie prima dell'istituzione della federazione. Gordon Wood evidenzia che, soprattutto in risposta ad alcuni attacchi dei legislativi degli stati rispetto al diritto al *trial by jury*, i giudiziari statali presero a sviluppare forme di *judicial review*¹⁶². Studi recenti, infine, dimostrano che, prima della storica pronuncia firmata dal Chief Justice Marshall, i casi di disapplicazione di atti legislativi per incostituzionalità non furono né rari né timidi¹⁶³.

common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void».

¹⁶⁰ Ed in particolare se essa si limitasse a fornire un criterio interpretativo della legislazione (B. BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, cit., p. 177), ovvero un vero e proprio potere di annullamento (C. WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, New York, 1986, p. 104).

¹⁶¹ Come evidenziò magistralmente W. BLACKSTONE, 1 *Commentaries* *91: «if the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power in the ordinary forms of the constitution, that is vested with authority to control it».

¹⁶² G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill (N.C.), 1969, p. 405 ss.

¹⁶³ Quanto ai casi di *judicial review* precedenti alla sentenza *Marbury*, si veda S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven (CT), 1990, p. 37 e p. 60, che ne conta solo cinque. Si veda però W. M. TREANOR, *Judicial Review Before Marbury*, cit., p. 457, che ne conta una quarantina. L'autore dimostra che la *judicial review* era piuttosto largamente praticata prima della sentenza *Marbury* (p. 455 ss.). Quanto alla giurisprudenza sviluppatasi nelle ex colonie, si possono citare: *Commonwealth v. Caton*, 8 Va. (4 Call) 5 (1782), in cui si dichiara che la Camera bassa della Virginia aveva travalicato i suoi poteri garantendo la grazia in assenza di approvazione della camera alta; *Rutgers v. Waddington*, N.Y. City Mayor's Ct. (1784), che interpreta un provvedimento legislativo in modo che possa risultare conforme alla costituzione dello stato (in J. GOEBEL, JR. (a cura di), *The Law Practice of Alexander Hamilton: Documents and Commentary*, New York, 1964, p. 393 e p. 415); *Trevett v. Weeden*, R.I. (1786) e *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. (Mart.) 5 (1787), che invalidano due leggi in quanto in violazione del diritto alla giuria (in W. W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, vol. II, Chicago, 1953, p. 965 ss.). Si veda inoltre W. M. TREANOR, *The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 143/1994, p. 491 ss.

Circa il nesso che collega l'attribuzione alle corti americane della *judicial review* a una versione temperata del principio democratico sono illuminanti, nella dottrina italiana, le riflessioni di Silvestri, quando questi rileva che nel sistema americano la giurisdizione viene affidata a corti indipendenti, «perché i singoli cittadini e i singoli stati non possono fidarsi di maggioranze politiche che potrebbero essere faziose nell'applicazione della costituzione e delle leggi»¹⁶⁴. Nella dottrina americana il concetto era stato notoriamente evidenziato da Bickel, secondo cui la «judicial review is a counter-majoritarian force in our system»¹⁶⁵ e dunque la Corte Suprema «exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens»¹⁶⁶. Del resto una simile vocazione antimaggioritaria del costituzionalismo americano era già stata apertamente sostenuta anche in alcuni scritti dello stesso periodo rivoluzionario¹⁶⁷.

L'inserimento del giudiziario nel sistema dei pesi e dei contrappesi avviene in sostanza in due mosse. La prima è quella di ricondurlo al modello della rappresentanza democratica, segnandolo fatalmente di una venatura politica¹⁶⁸ ma dotandolo al contempo della forza peculiare che può

¹⁶⁴ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., p. 6.

¹⁶⁵ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 16.

¹⁶⁶ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 17. I *mystic overtones* cui Bickel si riferisce sarebbero quelli di Hamilton, che, nel saggio n. 78 del *Federalista*, per negare il carattere antimaggioritario della *judicial review*, afferma che l'istituto non presuppone la superiorità del giudiziario sul legislativo ma soltanto che «I poteri del popolo siano superiori ad ambedue; e che laddove la volontà del legislativo, manifestatasi nelle leggi, dovesse contrastare quella del popolo, espresso nella costituzione, i giudici dovranno essere ossequienti a quest'ultima piuttosto che alla prima» (A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 625 ss.). Bickel rileva che il popolo cui Hamilton si riferisce è una mera astrazione «mistica» che nasconde la circostanza che di fatto con la *judicial review* il corpo dei giudici annulla la volontà del popolo rappresentato nelle assemblee legislative.

¹⁶⁷ Può valer la pena di ricordare il futuro *Chancellor* J. KENT, *Introductory Lecture*, in C. S. HYNEMAN, D. S. LUTZ (a cura di), *American Political Writing During the Founding Era*, vol. II, Indianapolis (IN), 1983, p. 937, nonostante lo scarso rilievo che in effetti il suo pensiero avrà nel dibattito politico e giuridico (J. H. LANGBEIN, *Chancellor Kent and the History of Legal Literature*, in *Columbia Law Review*, n. 93/1993, p. 559, nota 58), perché egli difese la *judicial review* in quanto capace di far da contrappeso «[to] the passions of a fierce and vindictive majority» allo scopo di assicurare «equal rights of a minor faction».

¹⁶⁸ Peralto, la politicizzazione del giudiziario americano viene già intravista da A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON,

discendere, a beneficio del giudice, da questa forma di legittimazione; la seconda è invece l'assegnazione ad esso di una formidabile funzione di controllo degli atti degli altri due poteri, controllo di legittimità limitatamente agli atti amministrativi e di costituzionalità per tutti gli atti delle due residue branche del potere.

L'aspetto specifico della versione americana della dottrina della separazione è dunque riassumibile in questi termini, che pongo a premessa dello studio delle interferenze tra poteri politici e potere giudiziario negli Stati Uniti (per restare nei binari di una dicotomia che, come si è visto, si dimostra vacillante se inserita nel contesto americano): la maggior estensione della democrazia in America, seppure temperata con riferimento al principio maggioritario, fa sì che a tutti e tre i poteri sia conferita una specifica legittimazione in connessione con la sovranità popolare; ciò consente di enfatizzare, delle due tecniche che Montesquieu ascrive alla tutela delle libertà, quella del bilanciamento, in cui gli americani coinvolgono anche il potere giudiziario. La natura moderata e rappresentativa della democrazia americana consente inoltre di mantenere più netta che in Europa la distinzione tra potere legislativo ed esecutivo e, nel contempo, di attribuire al giudiziario la funzione di *judicial review*.

La lente con cui affronto i prossimi capitoli è dunque quella che cerca di scorgere e isolare questa duplice natura del giudiziario americano: legittimazione politica, da un lato, e relazione con gli altri poteri, dall'altro.

cit., p. 286 s., il quale però paventa che la riconduzione delle corti americane alla sovranità popolare ne contraddirà l'aspirazione all'indipendenza: «negli Stati Uniti esiste una recondita tendenza del popolo a ridurre il potere giudiziario; nella maggior parte delle costituzioni dei singoli Stati, il governo, su richiesta delle due Camere, può togliere il seggio ai giudici. Alcune costituzioni fanno *eleggere* i membri dei tribunali e li sottopongono a frequenti rielezioni. Arrivo a prevedere che tali innovazioni abbiano prima o poi risultati funesti e che un giorno ci si debba accorgere come, riducendo in tal modo l'indipendenza dei magistrati, si sia attaccato non solo il potere giudiziario, ma la stessa repubblica democratica».

CAPITOLO 2
**La collocazione
del potere giudiziario americano
nel sistema dei *checks and balances***

SEZIONE I
RILIEVI PRELIMINARI

1. Introduzione. – 2. L'affermazione dell'indipendenza del giudiziario e la judicial review delle leggi. – 3. L'omologazione del giudiziario alle altre branches of government nella lettura formalista e in quella funzionalista della separazione dei poteri.

1. Introduzione.

Ho organizzato il capitolo che segue, volto ad illustrare le interferenze tra potere giudiziario e poteri legislativo ed esecutivo secondo una distinzione in due sezioni. La prima concerne le interferenze organiche, che attengono alle commistioni strutturali tra il potere giudiziario e gli altri due. La seconda invece riguarda le interferenze funzionali e ha dunque ad oggetto l'analisi delle attribuzioni che, sulla base di un modello di stretta coincidenza tra i tre poteri e le tre funzioni tradizionalmente individuati, sono assegnate o sottratte al potere giudiziario.

Nella Sezione I si volge lo sguardo alla composizione e all'organizzazione del giudiziario in America. All'interno di questo quadro, si ricostruisce quella che ho voluto definire come la "carriera" del giudice federale americano. Si tratta in verità di una provocazione. È noto infatti che il modello anglosassone di giudiziario si contrappone a quello continentale proprio perché respinge la figura del magistrato di carriera. In questa sezione, in ogni caso, si ricostruisce la fase dell'investitura del giudice, che avviene attraverso la nomina presidenziale e l'*advice and consent* del Senato. Lo stesso procedimento, tuttavia, nasconde talvolta un vero e proprio avanzamento di carriera del giudice, il quale, nominato a vita per ricoprire un certo incarico, può essere promosso proprio per mezzo di una nuova nomina a uffici giudiziari superiori. Il peso assunto dalle valutazioni di ordine politico nella selezione attuata mediante questa procedura, sia che essa miri a immettere nel giudiziario nuovi giudici, sia

che essa nasconda vere e proprie promozioni dalle corti inferiori, è tale da costituire il principale se non l'unico criterio di scelta seguito dal Presidente e dai senatori. Ciò, come è evidente, solleva rilevanti problematiche sia in ordine alla separazione dei poteri sia con riferimento all'indipendenza del giudiziario¹, questioni che possono essere risolte solo se si adotta quella visione – tipicamente americana – del principio democratico, che impone sempre uno stretto collegamento di tutti i poteri, compreso il giudiziario, con il popolo o, perlomeno, con i suoi rappresentanti². Viceversa, l'*impeachment* del giudice americano, ossia lo strumento di interferenza nel potere giudiziario per antonomasia, sul piano del dettato costituzionale, non è mai stato capace di permeare sensibilmente la separazione dei poteri, sia per l'uso molto parsimonioso che se n'è fatto, sia perché la prassi applicativa ne ha stemperato le potenzialità di giudizio politico sull'operato del giudice. Piuttosto, alcune forme di interferenza si trovano spesso annidate in atti apparentemente neutrali, come le dimissioni volontarie dei giudici, che molto di frequente vengono rassegnate ad arte e con tempismo perfetto, proprio per assicurare la nomina di nuovi giudici dotati della medesima affinità politica dei loro predecessori. Infine, esiste una tipica forma di interferenza attuata dal Congresso (o dal Presidente per mezzo del Congresso) che attiene alla possibilità, per quest'ultimo, di definire il numero e la composizione dei giudici e delle Corti. Mediante l'esercizio di questa competenza legislativa, si è talvolta cercato di tenere sotto controllo gli indirizzi del giudiziario, il che ha però provocato una reazione molto netta – da parte della dottrina e dell'opinione pubblica – diretta a condannare queste pratiche proprio in quanto contrarie alla dottrina della separazione dei poteri. Infine in questa sezione si tratta delle attività extragiudiziarie dei giudici, che, sulla base di una giurisprudenza alquanto tollerante, contribuiscono ad esporli al contatto con gli organi o attività specificamente politiche.

La Sezione II parte da due considerazioni. In primo luogo, non ogni funzione giurisdizionale viene svolta dal potere giudiziario federale. In secondo luogo, esso non si limita a svolgere funzioni giurisdizionali, giacché può capitare che ad esso siano attribuite funzioni ulteriori. Dal primo punto di vista vengono in linea di conto due tematiche: da un lato è infatti possibile che funzioni giurisdizionali connesse all'ordinamento fe-

¹ Quanto alla distinzione tra l'indipendenza e la separazione del potere giudiziario dagli altri poteri politici e di governo, rinvio all'*Introduzione*.

² In proposito, si veda *supra*, § 1.3.

derale siano sottratte alle Corti federali per essere devolute, per la gran parte dei casi, alla sola cognizione di quelle statali, sprovviste, nella grande maggioranza degli Stati, delle garanzie che connotano le prime. Si tratta del fenomeno del *jurisdiction stripping*. Dall'altro, tali funzioni sono talora assegnate a tribunali costituiti con garanzie di indipendenza inferiori rispetto a quelle previste dall'Art. III (*legislative courts* o *administrative tribunals*) o addirittura a organi amministrativi (le *agencies*), ancorché in genere non direttamente dipendenti dal Presidente o dalla sua Amministrazione. Dal secondo punto di vista rilevano le funzioni ulteriori rispetto a quelle giurisdizionali assegnate al giudiziario. Da un canto vengono riconosciute alle corti o al giudiziario funzioni legislative. Ciò accade sia con riferimento alla predisposizione delle regole di procedura civile e penale, sia con riguardo alla formulazione di linee guida vincolanti per i singoli giudici nella decisione delle pene nell'ambito della discrezionalità loro riconosciuta dalla legge, sia, infine, con riguardo alla predisposizione delle regole attinenti alle prove. Dall'altro canto, è possibile riscontrare l'attribuzione a tale complesso di corti anche di funzioni esecutive, alcune delle quali attengono alla stessa organizzazione del potere giudiziario. Si tratta delle funzioni esecutive relative alla gestione delle corti, quali l'amministrazione del personale giudiziario o delle strutture oppure di attività amministrative serventi o prodromiche rispetto ad un corretto ed efficiente esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei giudici, come nel caso delle attività di formazione e di aggiornamento o di quelle disciplinari. Al complesso del potere giudiziario federale, infine, vengono talora riconosciute anche ulteriori funzioni esecutive.

Alle due sezioni di cui fondamentalmente si compone il capitolo, ho però deciso di far precedere due premesse. Il paragrafo che segue ha lo scopo, preliminarmente, di descrivere a grandi linee le vicende che hanno condotto all'affermazione del potere giudiziario negli Stati Uniti. Questo processo, avvenuto non senza scontri con gli altri poteri, ha realizzato un ordinamento che affida al giudiziario, com'è noto, una posizione autenticamente centrale. In quello successivo l'indipendenza del potere giudiziario viene collegata con la "venerabile" dottrina della separazione dei poteri, di cui per molti essa è figlia, per come viene intesa dagli studiosi americani. A questo proposito, tra costoro, la *summa divisio* con riguardo all'interpretazione della dottrina montesquieuviiana è quella tra funzionalisti e formalisti. Ho pensato che tale distinzione, non coincidente con quella che ho enucleato nel primo capitolo e che impiegherò per l'analisi delle interferenze tra poteri e funzioni e per trarre le

conclusioni del mio lavoro, dovesse comunque essere descritta per sommi capi a causa del suo rilievo centrale nel dibattito dottrinale nord-americano e perché naturalmente ricorre nell'analisi che segue questa breve introduzione.

2. **L'affermazione dell'indipendenza del potere giudiziario e la *judicial review* delle leggi.**

Non si deve pensare che la centralità del giudiziario americano derivi direttamente dal disegno della Costituzione e dalla circostanza che esso si ispiri alla dottrina della separazione dei poteri. A dimostrazione che l'autonomia, l'indipendenza e il prestigio degli organi giurisdizionali americani sono acquisizioni di un lungo percorso storico, possono essere ricordati alcuni dati concernenti la Corte Suprema.

Quella che oggi è considerata la Corte più potente al mondo³, per tutti i primi anni a partire dalla sua istituzione, non aveva neppure potuto disporre di una sede fissa. Nel 1790 si riunì a New York City nell'*Exchange Building*. Spostata la capitale a Philadelphia, le riunioni si svolgevano nella *State House* e quindi nella *Old City Hall*, edifici che i giudici dividevano con la locale municipalità. Anche una volta trasferitasi nella nuova capitale Whashington, la sistemazione fu precaria per molti anni. Qui la Corte, contravvenendo almeno sul piano simbolico all'ideale della separazione dei poteri, fu fatta insediare in alcune stanze nell'interrato del Campidoglio, ossia della sede del potere legislativo, fino al 1935. Solo allora venne costruito il monumentale edificio a tempio corinzio che la ospita tutt'ora, ove i giudici poterono finalmente disporre di uffici per lavorare, dal momento che in precedenza erano costretti a studiare i casi nelle proprie abitazioni. Inoltre, fino a quando, a cavallo del 1900, furono messi a disposizione i fondi necessari per dotarla di una biblioteca propria, la Corte dovette utilizzare quella del Congresso⁴.

Per molti anni il numero delle cause restò molto contenuto e raramente il loro oggetto era rilevante o comunque di stimolo per i giudici.

³ S. BARTOLE, *Presentazione dell'edizione italiana*, in S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, p. 11, rammenta: «Si dice che la Corte Suprema americana è il giudice più potente al mondo».

⁴ Si veda D. M. O'BRIAN, *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, IX ed., New York – London, 2011.

Con un simile carico di lavoro, inizialmente per la Corte era sufficiente riunirsi un paio di volte all'anno e per non più di due o tre settimane⁵.

Il personale fu a lungo ridottissimo: in origine si trattava di un unico impiegato, mentre il *marshal*⁶ della Corte prestava il suo servizio anche per le altre Corti del *District of Columbia*. Soltanto nel 1860 l'organico aumentò con l'assegnazione a ciascun giudice di un *messenger* o *servant*⁷ e dopo il 1880 vennero aggiunti un segretario e un *law clerk* per ciascun giudice⁸. Il numero dei *law clerks* cominciò a crescere negli anni successivi alla Seconda Guerra mondiale, così come il numero dei segretari. Oggi l'ufficio di ciascun giudice è costituito da tre o quattro *law clerks*, due segretari e un *messenger*. Dal 1975 la Corte si giova altresì di un *Legal Office* a disposizione di tutti i giudici collettivamente.

Il lavoro dei giudici era comunque piuttosto pesante, soprattutto perché dovevano sobbarcarsi i lunghi viaggi all'interno del circuito che era assegnato ad ognuno di loro dal *Judiciary Act* del 1789, sistema che, proprio per il dispendio di fatiche nelle trasferte attraverso il Paese, era stato fatto oggetto di doglianze da parte dei giudici medesimi.

Lo stesso prestigio della Corte non era del resto particolarmente elevato durante i suoi primi anni di vita. Quando a John Jay, che era già stato primo *Chief Justice* (carica dalla quale si era dimesso una volta eletto Governatore dello Stato di New York)⁹, venne richiesto di assumere nuovamente la presidenza della Corte, egli respinse l'offerta, dubitando che la Corte godesse della forza, del peso e del prestigio che pure le sarebbero stati essenziali per svolgere il compito che le era affidato nel governo del Paese, né che potesse contare sul rispetto e la fiducia popolare

⁵ Via via, le cause al ruolo della Corte aumentarono, ma nel 1860 il loro numero non richiedeva ancora che i giudici restassero in sessione per più di diciassette settimane all'anno, C. FAIRMAN, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. VI, *Reconstruction and Reunion, 1864-88*, New York, 1971, p. 69, nota 138.

⁶ Per la figura dei *marshals*, si veda *infra*, § 2.III.4.

⁷ Si tratta di provvedimenti legislativi del 1867 e del 1886 (D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 138). Quanto alle figure dei *messengers* e dei *servants*, si veda *infra*, § 2.III.4.

⁸ D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 116 e 138. Nel 1882 il Justice Horace Gray, seguito poi da altri, iniziò ad assumere a sue spese giovani laureati della Harvard Law School. Nel 1919 il Congresso finanziò l'assunzione di un *law clerk* per ciascun giudice. Quanto a tale figura, si veda *infra*, § 2.III.4.

⁹ Quanto all'episodio, si veda *infra*, § 2.II.5.

che avrebbero dovuto accedere a un giudice di ultima istanza¹⁰. Ed in effetti, nemmeno l'opinione pubblica prestava particolare attenzione al lavoro della Corte. Niente di paragonabile, dunque, alle numerose pagine che oggi i quotidiani americani riservano alle decisioni più importanti e alle diverse *opinions*.

Il prestigio della Corte Suprema e del giudiziario federale non è dunque un tratto che la Costituzione americana garantì con la sua semplice entrata in vigore, ma è un patrimonio che la Corte ha saputo costruire passo dopo passo svolgendo scrupolosamente la sua attività istituzionale lungo tutta la storia degli Stati Uniti e pronunciando sentenze coraggiose e talvolta rivoluzionarie, a cominciare – la citazione è d'obbligo – da *Marbury v. Madison*¹¹. Con quella pronuncia, infatti, la Corte Suprema specificava che rientrava nella propria funzione giurisdizionale, consistente nel proclamare «what the law is», anche il compito di verificare la compatibilità delle leggi rispetto alla Costituzione. La Corte Suprema enunciava un principio del quale i padri fondatori avevano discusso ma che non era esplicitamente previsto dal testo costituzionale. Tuttavia, essa ritenne che la *judicial review* delle leggi rientrasse nella sua competenza quale risvolto della funzione giurisdizionale in un ordinamento caratterizzato dalla supremazia della Costituzione¹². Nonostante ciò, la Corte

¹⁰ Per G. HAZELTON, *The National Capitol*, New York, 1911, p. 141, Jay dubitava che la Corte «would obtain the energy, weight and dignity which were essential to its affording due support for the national Government, nor acquire the public confidence and respect which, as the last resort of justice of the nation, it should possess».

¹¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

¹² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, (1803): «It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. [...] Then a legislative act contrary to the constitution is not law [...]. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void. This theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of our society. [...] It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. [...] If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act,

per un lungo periodo di tempo, fece un uso assai moderato dello strumento, evidentemente conscia della delicatezza politica degli interventi giudiziari sugli atti legislativi¹³.

La svolta nel ruolo del giudiziario federale si avrà infatti con i *Civil War Amendments*, che, stabilendo un'estensione del controllo di legittimità agli atti degli stati e degli enti inferiori, produrranno un notevole incremento delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale dopo il 1860¹⁴ e dunque dei casi nei quali – come abbiamo già rilevato – la Corte era messa nella condizione di utilizzare lo strumento di maggior forza di cui era dotata all'interno del sistema dei *checks and balances*, ossia la *judicial review*.

Ma è soltanto con i primi trent'anni del Novecento che la Corte muta profondamente il suo ruolo e da «least dangerous branch», per usare le celeberrime parole di Hamilton, diviene davvero una «coequal branch of government»¹⁵, così realizzando infine il presupposto del modello madisoniano dei tre poteri in equilibrio. In quel periodo, soprattutto dopo il *Judiciary Act* del 1925, che riconosceva alla Corte Suprema un'ampia discrezionalità nella selezione dei casi da trattare, la funzione della Corte Suprema – come sottolineava il *Chief Justice* Taft – poteva finalmente essere concepita non più come il rimedio rispetto ad una singola illegittimità¹⁶, bensì come un soggetto capace di decidere la propria agenda, sce-

must govern the case to which they both apply». Come si vede, il potere di *judicial review* delle leggi è costruito dalla Corte Suprema come discendente dalla superiorità della Costituzione rispetto alle leggi ed è dunque fatto rientrare tra gli attributi normali della funzione giurisdizionale. Per questa ragione, non tratterò della *judicial review*, che pure trova naturalmente largo spazio nelle pagine successive, quale interferenza funzionale. Essa cioè rappresenta un *check* del potere giudiziario su quello legislativo ma non concreta alcun trasferimento di funzioni da un potere diverso a favore delle corti.

¹³ In linea generale, circa la prudenza della Corte Suprema nell'esercizio della *judicial review* delle leggi, si veda il più classico dei volumi: A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven (CT), 1986 (1962). Si veda altresì S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, p. 161 ss.

¹⁴ S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, p. 180.

¹⁵ D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 126.

¹⁶ W. H. TAFT, *The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925*, in *Yale Law Journal*, n. 35-1/1925, p. 2, secondo cui la funzione della Corte non è più un semplice «remedying of a particular litigant's wrong».

gliendo di intervenire con forza autoritativa e finale nelle questioni di principio di più largo interesse per il pubblico o il governo¹⁷.

Si apre così un periodo di massimo protagonismo della Corte Suprema, culminato nella coriacea opera di resistenza (in nome della Costituzione) alle riforme del New Deal, che è stato definito *Era Lochner*, dal nome del caso assunto a simbolo di quella fase convulsa¹⁸. Il periodo in cui la Corte si fa paladina delle libertà economiche e contrattuali raggiunge il suo acme nel 1935-36, con otto pronunce in senso contrario al New Deal, ed ebbe termine nel 1937, con una sostanziale resa alle politiche riformiste di Roosevelt in seguito alla minaccia del *Court Packing Plan*¹⁹.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, fu la volta dell'attivismo giudiziario di orientamento progressista delle corti presiedute da Earl Warren (dal 1953 al 1969)²⁰ e da Warren Burger (dal 1969 al 1986)²¹. In questo periodo la Corte Suprema fece ricorso alla Costituzione per estendere la tutela dei diritti delle minoranze (in particolare dei neri, affermandone l'uguaglianza e vietando la segregazione), per rafforzare l'uguaglianza del voto e rendere più difficoltose le tradizionali pratiche di *gerrymandering*, per estendere la libertà di stampa, per tutelare più efficacemente i diritti dei sospettati di reato e, infine, per dare copertura costituzionale al diritto d'aborto, estendendolo anche agli stati che non lo prevedevano nella propria legislazione²².

¹⁷ W. H. TAFT, *The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925*, in *Yale Law Journal*, n. 35-1/1925, p. 2, secondo cui la Corte avrebbe assicurato: «the consideration of cases whose decision involves principles, the application of which are of wide public or governmental interest, and which should be authoritatively declared by the final court».

¹⁸ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁹ Per un'analisi della *Lochner Era* più approfondita e meno schematica della concettualizzazione tradizionale qui riportata, si veda S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 182 ss., con le relative indicazioni bibliografiche.

²⁰ Il *Chief Justice* Earl Warren fu nominato dal Presidente repubblicano Eisenhower che successivamente avrebbe considerato quella nomina «the biggest damn-fool mistake I ever made» (H. J. SPAETH, J. A. SEGAL, *Majority Rule or Minority Will, Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*, Cambridge (UK) – New York, 1999, p. 163).

²¹ Anche il *Chief Justice* Warren Burger era di estrazione conservatrice e fu nominato nella posizione dal Presidente Nixon.

²² Si tratta, quanto alla Corte Warren, delle sentenze *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), sulla desegregazione razziale, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), sull'obbligo per gli Stati di disegnare distretti elettorali con un numero di elettori simile, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964),

All'attivismo progressista delle due Corti Warren e Burger, è succeduto quello conservatore delle Corti Rehnquist e Roberts Jr. Esse, pur caratterizzandosi per l'accentuazione di alcuni *mainstreams* conservatori, quali originalismo²³ e testualismo, si sono contraddistinte anche per una riaffermazione della dottrina della *judicial supremacy*, che predica la posizione apicale – e pertanto vincolante per tutte le *branches of government* – della stessa Corte Suprema nell'interpretazione della Costituzione²⁴.

Questo veloce *excursus* serve a mettere in luce che l'indipendenza, la centralità e il prestigio del potere giudiziario americano sono il frutto di un lungo percorso storico, in verità non sempre lineare, nel quale hanno trovato spazio fasi di forte contrapposizione e di critica nei confronti degli organi giurisdizionali e, in particolare, della Corte Suprema²⁵. All'interno di tale processo un ruolo di particolare rilievo ha avuto l'affermazione del potere del giudiziario federale di svolgere il sindacato di costituzionalità delle leggi, dapprima timidamente affermato e poi impiegato con progressiva pervasività all'interno del circuito della democrazia americana²⁶.

Nello stesso tempo, l'evoluzione storica velocemente rammentata attesta inequivocabilmente la fondatezza della *communis opinio* in base alla quale l'ordinamento di quel Paese è generalmente assunto quale modello di indipendenza del giudiziario dagli altri poteri. Per utilizzare le parole di

sull'estensione della libertà di stampa, e *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), che introduce il *Miranda warning*, o, quanto alla Corte Burger, del caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), sul diritto di aborto, che a tutt'oggi costituisce un vero e proprio feticcio del pensiero *liberal* americano.

²³ Ho esaminato la corrente originalista *infra*, § 3.2.

²⁴ Si veda D. E. JOHNSON, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 67-3/2004, p. 107, secondo cui «the Rehnquist Court has developed a strengthened version of judicial supremacy that denigrates nonjudicial interpretive authority». In alcuni casi, oltre a quelli che saranno citati successivamente nel testo, essa ha infatti avuto modo di rimarcare, *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356, 365 (2001), che «it is the responsibility of this Court, not Congress, to define the substance of constitutional guarantees». La stessa linea di pensiero ribadita si trova in *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, 538 U.S. 721, 728 (2003): «it falls to this Court, not Congress, though, to define the substance of constitutional guarantees». Quanto alla dottrina della *judicial supremacy*, si veda *infra*, § 3.4.

²⁵ Per le maggiori correnti critiche contemporanee, si veda *infra*, § 3.3 e § 3.4.

²⁶ Sul tema, si veda S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, p. 161 ss.

Alessandro Pizzorusso «American judicial organization unquestionably represented an absolutely original model, particularly because it created, for the first time in history, a truly autonomous “judicial power”»²⁷.

3. L'omologazione del giudiziario alle altre *branches of government* nella lettura formalista e in quella funzionalista della separazione dei poteri.

Dottrina della separazione dei poteri e indipendenza del giudiziario sono due concetti generalmente accostati tra gli studiosi nordamericani e non solo²⁸. Si è così potuto affermare che la concettualizzazione del giudiziario come un potere intrinsecamente indipendente non sia altro che un prodotto direttamente derivante da quella dottrina²⁹ o che quest'ultima possa essere considerata come la sua stessa radice³⁰. I lavori di Charles Geyh attestano la stretta relazione esistente tra quella dottrina e

²⁷ A. PIZZORUSSO, *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation: A Comparison of Recent Tendencies*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 38-2/1990, p. 374. Si veda anche M. C. MILLER, *The Separation of Powers and Threats to Judicial Independence in the United States*, in L. E. DE GROOT-VAN LEEUWEN, W. ROMBOUTS (a cura di), *Separation of Powers in Theory and Practice. An international Perspective*, Nijmegen (Olanda), 2010, p. 81: «The federal courts in the United States are often considered some of the most independent courts in the world». Nello stesso senso, si veda L. A. KORNHAUSER, *Is Judicial Independence a Useful Concept?*, in S. B. BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 49.

²⁸ Alla lista che segue può essere aggiunto M. C. MILLER, *The Separation of Powers and Threats to Judicial Independence in the United States*, cit., p. 83, secondo cui «The theory of separation of powers in the US as well as our norms and traditions also provide a great deal of institutional independence for the federal judiciary».

²⁹ E. L. RUBIN, *Independence as a Governance Mechanism*, in S. B. BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, 2002, p. 56: «To treat the judiciary as intrinsically independent is an artifact of the idea that government consists of three separate branches».

³⁰ J. M. PICKERILL, *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, in B. PEABODY (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimora (MD), 2011, p. 117: «The most common understanding of judicial independence is rooted in a separation of power rationale». Nello stesso senso, si veda F. CROSS, *Judicial Independence*, in K. E. WHITTINGTON, R. D. KELEMEN, G. A. CALDEIRA (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford (N.Y.), 2008, p. 562.

l'indipendenza del giudiziario, mettendo in luce che, piuttosto che la lettera della Costituzione, sono state le consuetudini sviluppatesi in un certo contesto sociale e culturale, fortemente influenzato dalle teorie sulla separazione dei poteri, ad avere consolidato la tradizionale indipendenza del giudiziario americano³¹. L'affermazione è altresì ribadita anche da giuristi di formazione non americana come il nostro Pizzorusso, per cui l'ordinamento costituzionale statunitense ha creato un giudiziario «independent of the legislative and executive powers [...] thus scrupulously applying the doctrine of Montesquieu»³².

Ancorché recenti studi sostengano sorprendentemente che la dottrina e la giurisprudenza statunitensi non abbiano dedicato molta attenzione al principio della separazione dei poteri se non a seguito delle travagliate vicende della presidenza Nixon³³, non è ragionevolmente revocabile in dubbio che tale principio abbia rappresentato e rappresenti ancora oggi uno dei pilastri fondamentali del costituzionalismo americano. Allo stesso modo, è certo che gli Stati Uniti costituiscono l'ordinamento giuridico che a quel principio s'è maggiormente ispirato, tant'è che si può affermare, con Miller, che il sistema di governo degli Stati Uniti sia generalmente considerato come il paradigma della nozione della separazione dei poteri³⁴.

Per la maggior parte degli studiosi americani, pertanto, la dottrina della separazione dei poteri è pacificamente ritenuta uno dei principi posti a fondamento dell'ordinamento costituzionale. Le critiche più radicali che le sono mosse non riguardano infatti la dottrina in sé e per sé considerata, ma piuttosto la coinvolgono nel senso più specifico di principio ispiratore della forma di governo presidenziale, che viene accusata da alcune correnti, invero minoritarie, di realizzare un sistema di assunzione della decisione politica troppo farraginoso, lento e inefficiente³⁵.

³¹ C. G. GEYH, *When Courts and Congress Collide: The Struggle for Control of America's Judicial System*, Ann Arbor (MI), 2006, e C. G. GEYH, *Customary Independence*, in S. B. BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 160 ss.

³² A. PIZZORUSSO, *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation*, cit., p. 374.

³³ M. S. FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, in *The Yale Law Journal*, n. 105-7/1996, p. 1738 ss.

³⁴ M. C. MILLER, *The Separation of Powers and Threats to Judicial Independence in the United States*, cit., p. 81: «The system of government in the United States is generally thought of as the epitome of the notion of separation of powers».

³⁵ M. H. REDISH, E. J. CISAR, «If Angels Were to Govern»: *The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory*, in *Duke Law Journal*, n. 41-

Si tratta di critiche che coinvolgono esclusivamente l'assetto dei rapporti tra Congresso e Presidente e che non toccano invece direttamente il ruolo del giudiziario, ossia la specifica lente attraverso cui stiamo svolgendo la presente indagine. Tolte queste critiche e altre isolate eccezioni³⁶, la dottrina della separazione dei poteri è saldissima all'interno dell'ordinamento americano e nelle teorizzazioni dei costituzionalisti³⁷.

Oggi come ieri, dottrina e giurisprudenza americane continuano a essere divise fundamentalmente in due correnti: funzionalisti³⁸ e formalisti³⁹, contrapposti in un dibattito vasto e articolato che qui non può essere che sintetizzato per sommi capi⁴⁰.

3/1991, p. 466: «Some of the most strident criticisms of separation of powers have come from those who argue that it deadlocks government». In proposito si vedano L. N. CUTLER, *To Form a Government*, in *Foreign Affairs*, n. 59-1/1980, p. 126 ss., e C. M. HARDIN, *The Separation of Powers Needs Major Revision*, in R. A. GOLDWIN, A. KAUFMAN (a cura di), *Separation of Powers: Does It Still Work?*, Washington (D.C.), 1986, p. 90 ss., e C. D. DILLON, *The Challenge of Modern Governance*, in D. L. ROBINSON (a cura di), *Reforming American Government: The Bicentennial Papers of The Committee on The Constitutional System*, Boulder (CO), 1985, p. 24 ss.

³⁶ Con qualche forzatura, potrebbe essere fatta rientrare in questo novero anche la posizione del Prof. Choper, che, per la verità, si limita a contestare la giustiziabilità della dottrina della separazione dei poteri. Per J. H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, 1980, infatti, le questioni dei limiti tra i diversi poteri federali andrebbero lasciate alla loro libera dialettica e fatte rientrare tra le cosiddette *political questions*, sulle quali la Corte Suprema non interviene autoritativamente. Sulla dottrina delle *political questions* si veda R. E. BARKOW, *More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, n. 102/2002, p. 237 ss. Quanto alla Giurisprudenza, si vedano *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849), e *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969).

³⁷ Non a caso M. H. REDISH, E. J. CISAR, "If Angels Were to Govern", cit., p. 452, hanno affermato che «the centrality of the separation of power concept to American political theory should be recognized».

³⁸ Senza pretesa di completezza, si possono indicare alcuni tra i più autorevoli esponenti della dottrina funzionalista: M. S. FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, cit., p. 1725 ss., L. LESSIG, C. R. SUNSTEIN, *The President and the Administration*, in *Columbia Law Review*, n. 94-1/1994, p. 67 ss., P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, cit., p. 488 ss.

³⁹ Tra i principali esponenti della corrente formalista, possono annoverarsi: S. G. CALABRESI, S. B. PRAKASH, *The President's Power to Execute the Laws*, in *Yale Law Journal*, n. 104-3/1994, p. 541 ss., G. LAWSON, C. D. MOORE, *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, in *Iowa Law Review*, n. 81/1996, p. 1267 ss.,

Quanto ai formalisti, essi muovono dalla premessa che la Costituzione americana, a differenza di alcune costituzioni statali⁴¹, non contiene una disposizione che riconosca come direttamente costituzionalizzata la dottrina della separazione dei poteri⁴². Di conseguenza, i limiti tra i diversi poteri costituzionali dovrebbero essere tracciati sulla base di un'analisi delle *vesting clauses* dei primi articoli della Costituzione, che attribuiscono il potere legislativo, quello esecutivo e il giudiziario ai tre diversi *Departments*, ossia e rispettivamente al Congresso, al Presidente, e alla Corte Suprema insieme alle altre corti che il Congresso decida volta a volta di istituire (il giudiziario federale). Tali disposizioni, secondo i formalisti, si prestano a una lettura sufficientemente chiara nell'assegnare a ciascuno dei tre poteri una propria, ben delimitata funzione, mentre le ipotesi "derogatorie" di interdipendenza debbono essere rinvenute in specifiche disposizioni costituzionali.

Quanto ai funzionalisti, essi mantengono viceversa un atteggiamento pragmatico, sulla base del quale ognuna delle tre funzioni tradizionali

M. B. RAPPAPORT, *The Selective Nondelegation Doctrine and the Line Item Veto: A New Approach to the Nondelegation Doctrine and Its Implications for Clinton v. City of New York*, in *Tulane Law review*, n. 76/2001, p. 265 ss.

⁴⁰ Rilevano che la distinzione tra funzionalisti e formalisti nell'approccio alla dottrina della separazione costituisce il principale crinale secondo il quale la dottrina è divisa: M. BLASIE, *Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, in *New York University Annual Survey of American Law*, n. 66-3/2011, p. 593 ss.; L. S. MULENIX, *Unconstitutional Rulemaking: The Civil Justice Reform Act and Separation of Powers*, in *Minnesota Law Review*, n. 77/1993, p. 1291 s.; J. F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in *Harvard Law Review*, n. 124/2011, p. 1939 ss.; P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, in *Cornell Law Review*, n. 72/1987, p. 488 ss.; M. S. FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, cit., p. 1733 ss.

⁴¹ La Costituzione statale che adotta nel modo più cristallino il principio della separazione dei poteri è quella del Massachusetts del 1780, il cui Art. XXX recita: «In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws and not of men». Anche altre Costituzioni statali contengono disposizioni simili, assenti invece in quella federale, come quella della Georgia del 1777, all'Art. I, quella del New Hampshire, all'Art. 37 nel testo del 1784, la *Declaration of Rights* del Nord Carolina del 1776, all'Art. IV, e la Costituzione del Vermont del 1786 al Ch. II, § 6.

⁴² E. D. ELLIOTT, *Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal*, in *The George Washington Law Review*, n. 57-3/1989, p. 506 ss.

può essere allocata presso il potere che sembra meglio attrezzato per il suo esercizio. Essi enfatizzano pertanto il sistema dei *checks and balances*, ossia delle reciproche interdipendenze, con lo scopo di mantenere un equilibrio tra i tre poteri e, pur non ignorando l'esistenza delle tre *vesting clauses*, ne sottolineano la genericità.

Inoltre i funzionalisti rilevano come la *Necessary and Proper Clause*⁴³ racchiusa nell'Art. I assegni al Congresso il compito di varare tutte le leggi che appaiano per l'appunto *necessary and proper* al fine di garantire il corretto esercizio non solo del potere legislativo ma anche dell'esecutivo e del giudiziario, il che, esplicitamente introducendo il legislativo nell'organizzazione degli altri due poteri, sgretolerebbe uno dei presupposti del formalismo. Infatti le tre *vesting clauses* perderebbero la necessaria precisione nell'allocazione delle funzioni che è loro attribuita dagli assertori di quell'approccio. Essi evidenziano altresì come alcune fondamentali evoluzioni dell'ordinamento statunitense abbiano potuto avere luogo (e dunque siano state considerate costituzionalmente ammissibili) solo in virtù di un'interpretazione funzionalista della separazione dei poteri, a cominciare dal New Deal e dall'affermazione di uno stato amministrativo nelle cui *agencies* funzioni legislative, esecutive, e persino giurisdizionali⁴⁴ si confondono in una foggia del tutto inimmaginabile al tempo dei *framers* della Costituzione⁴⁵.

Questo approccio pragmatico viene ovviamente rifiutato dai formalisti, che sono invece disposti a tollerare le inefficienze e le rigidità derivanti da un'interpretazione più rigorosa della separazione dei poteri. A detta loro, infatti, si tratta del prezzo da pagare al fine di garantire quella

⁴³ Lo U.S. Const, Art. I, Sec. 8, Cl. 18, chiude l'elenco dei poteri assegnati al Congresso aggiungendo quello di «To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof».

⁴⁴ Quanto alle funzioni giurisdizionali svolte dalle agenzie, si veda il prossimo capitolo. Qui basti ricordare, con P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions-A Foolish Inconsistency?*, 72 Cornell L. Rev. p. 492 e 493 (1987), che « These agencies adopt rules having the shape and impact of statutes, mold governmental policy through enforcement decisions and other initiatives, and decide cases in ways that determine the rights of private parties ».

⁴⁵ P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, cit., p. 526: «Although formalism has its advantages and functionalism its dangers, the former is simply incapable of describing the government we have».

forma di separazione rigida che è posta a salvaguardia della libertà. Per usare le espressioni della Corte Suprema, lo scopo dichiarato della separazione dei poteri è infatti quello di dividere e separare il potere con l'obiettivo di diffonderlo, al fine, per l'appunto, di assicurare la libertà⁴⁶. Il costo da accettare – rileva sempre la Corte Suprema – è l'imposizione di pesanti oneri nel processo di produzione delle decisioni pubbliche, che così spesso appare «clumsy, inefficient, even unworkable»⁴⁷.

La Corte Suprema, dal canto suo, ha sempre oscillato tra l'approccio formalista e quello funzionalista, tanto che ha esplicitamente dovuto ammettere, nella sentenza *Commodity Futures*, che «precedents in this area do not admit of easy synthesis»⁴⁸. In effetti, come emergerà dall'analisi sviluppata nelle pagine che seguono, le oscillazioni nell'applicazione della dottrina della separazione dei poteri sono riscontrabili anche con riferimento alla sfera di attribuzioni del giudiziario.

Quando la Corte assume un approccio funzionalista respinge l'idea che la Costituzione contempli una completa divisione del potere pubblico tra tre distinte *branches of government*⁴⁹. In tale ottica, essa può affermare che la separazione dei poteri contempli invece il coordinamento dei diversi poteri al fine di realizzare un *workable Government*⁵⁰. Sulla base di

⁴⁶ *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714, 721 (1986): «The declared purpose of separating and dividing the powers of government [...] was to “diffuse[...] power the better to secure liberty”». La citazione è dalla celeberrima *concurring* del giudice Jackson in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635 (1952).

⁴⁷ *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919, 959 (1983), secondo cui, per realizzare il fine della tutela della libertà, si tratta di tollerare un assetto che «imposes burdens on governmental processes that often seem clumsy, inefficient, even unworkable».

⁴⁸ *Commodity Futures Trading Comm'n v. Schor*, 478 U.S. 833, 847 (1986). Per un'analisi della sentenza, si veda *infra*, § 2.III.2.2. La dottrina americana non ha mancato di mettere in evidenza tali incertezze: «The Supreme Court has vacillated over the years between using a formalistic approach to separation-of-powers issues grounded in the perceived necessity of maintaining three distinct branches of government (and consequently appearing to draw rather sharp boundaries), [...] and a functional approach that stresses core function and relationship, and permits a good deal of flexibility» (P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, cit., p. 489).

⁴⁹ In *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 443 (1977), la Corte esclude «that the Constitution contemplates a complete division of authority between the three branches».

⁵⁰ In *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 386 (1989), la Corte esplicitamente afferma «that the separation of powers contemplates the integration

questi presupposti, la Corte, nell'applicare la dottrina della separazione dei poteri, persegue soprattutto l'obiettivo di mantenere un equilibrio tra i diversi *departments*⁵¹ e pertanto interpreta le singole disposizioni costituzionali sotto questa luce, senza sentirsi troppo legata alla loro lettera⁵². Viceversa, quando la Corte assume un approccio formalista, essa afferma, richiamando una risalente opinione unanime scritta dal giudice Miller nel 1880, che «the perfection of the system requires that the lines which separate and divide departments shall be broadly and clearly defined», e che la Costituzione americana si distinguerebbe per «the singular precision» con cui effettua tale ripartizione⁵³.

Sebbene la giurisprudenza della Corte Suprema sia stata piuttosto altalenante, può nondimeno sostenersi che negli ultimi tempi la corrente formalista ha avuto un certo sopravvento rispetto al più classico approccio funzionalista⁵⁴, soprattutto per opera del *Justice* Scalia, che ne è un

of dispersed powers into a workable Government». *Mistretta*, assieme ad altre sentenze come *Humphrey's Executor* e *Morrison*, è considerata come uno dei casi di più limpido impiego di un approccio funzionalista da parte della Corte (M. S. FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, cit., p. 1738 ss.). L'espressione «workable Government» risale alla celeberrima *concurring* del giudice Jackson in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 636, che, in lingua italiana, trova largo spazio ed accurata descrizione in A. CARMINATI, *La scomposizione del Potere dello Stato. Osservazioni sull'ordinamento nordamericano*, Roma, 2005, p. 26 ss.

⁵¹ M. V. TUSHNET, *The Sentencing Commission and Constitutional Theory: Bowls and Plateaus in Separation of Powers Theory*, in *Southern California Law Review*, n. 66/1992, p. 583: «When the Court uses a functional approach, [...] the discussion tends to center on balance-of-powers considerations».

⁵² Come sottolinea criticamente J. F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, cit., p. 1942: «Cases applying a functionalist approach assume that the constitutional text itself answers very little about the allocation of governmental power among the branches».

⁵³ *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168, 190 s. (1880). Tra le altre pronunce del filone formalista si può citare, ad esempio, la sentenza *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919, 944 ss. (1983), che ritiene illegittima una disposizione legislativa che subordina la validità di un atto dell'amministrazione in esecuzione della legge stessa al mancato esercizio di un veto garantito a ciascuna Camera del Congresso. Tra le pronunce di impostazione formalista in tema di separazione dei poteri possono essere ricordate anche *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926), *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986), e le più recenti *Airports Auth. v. Citizens for Noise Abatement*, 501 U.S. 252 (1991), *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211 (1995).

⁵⁴ M. S. FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, cit., p. 1735: «Formalists have good reason to feel satisfied. Between them, Chadha and Bowsher have pro-

assertore convinto, e per certi versi persino convincente⁵⁵. Ciò non toglie che, quando in gioco vi siano le competenze del giudiziario federale, la Corte Suprema tenda a mantenere più spesso un atteggiamento di tipo prevalentemente funzionalista, confermando così la presenza di una giurisprudenza molto controversa in questa materia⁵⁶.

La *summa divisio* della dottrina americana in materia di separazione dei poteri non ricalca perfettamente, dunque, la distinzione che ho proposto nel primo capitolo di questo lavoro, ossia quella che rintraccia due possibili sviluppi della dottrina montesquieuiana a seconda che il diverso combinarsi con quella del principio democratico dia maggior peso alla matrice del governo misto o a quello del *rule of law*. Quella distinzione mi era parsa rilevante – e pertanto l’ho posta al centro del capitolo primo – perché capace di distinguere tra linee che o richiedono una separazione rigida o ammettono una divisione flessibile non tanto in generale, con riguardo alle relazioni reciproche tra tutti e tre i poteri, quanto in particolare, con specifico riguardo cioè al potere giudiziario.

È vero, come appare evidente, che la dottrina funzionalista si richiama direttamente agli sviluppi specificamente americani della separazione dei poteri, ossia all’enfasi sul meccanismo dei *checks and balances* come traduzione in un contesto di democrazia non assoluta delle vecchie idee del governo misto.

Non mi pare però che possa stabilirsi un legame, invece, tra il formalismo e quella dimensione della separazione dei poteri che, richiamandosi più direttamente al *rule of law* e dunque perorando la causa di un giudice neutrale rispetto al processo politico, richiede che esso sia più rigidamente separato dai poteri di governo. In effetti, ancorché i formalisti

vided the Court with a framework for separation of powers analysis that endures. Judicial formalists, moreover, have even greater reason to cheer. When applied, the formalist framework has proven to be one of the more successful forms of judicial activism». Ed ancora, a p. 1742: «In comparison to their doctrinal rivals, functionalists have enjoyed only modest success».

⁵⁵ M. S. FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, cit., p. 1742, sostiene che il «Justice Scalia [...] as a Justice [...] has been the Court’s foremost defender of formalist doctrine».

⁵⁶ P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, cit., p. 515: «an observer might conclude that the Court seems much more clearly committed to functionalism in examining its own place in the constitutional scheme than in dealing with issues concerning the other two heads of federal government». L’Autore, nel prosieguo dell’articolo trova fondata tale impression e ne traccia le cause.

neghino che dalla Costituzione americana possa desumersi l'adozione di una specifica versione della dottrina della separazione dei poteri⁵⁷, è stato invece sostenuto che un tale approccio presupponga inevitabilmente che la Costituzione americana sia ispirata, almeno come regola generale, a un principio di stretta separazione⁵⁸. Per la verità, le pagine che ho dedicato alla trattazione delle interferenze organiche e funzionali che caratterizzano la posizione del potere giudiziario americano mi paiono rivelare che tale dottrina, più che presupporre un principio di stretta separazione, si limiti, come peraltro si desume dal nome che la identifica, ad adottare un approccio formalista sul piano ermeneutico. Secondo i formalisti, infatti, si tratta di restare strettamente legati al testo della Costituzione senza pretendere di essere orientati da un certa interpretazione dottrinarie dell'organizzazione dei poteri, così come da altri elementi evolutivi. Ma in questo modo essi non sempre propendono per un'interpretazione che, con riguardo al potere giudiziario, sia capace di difenderne la separazione dagli altri due. Anzi, talora possono essere raggiunte soluzioni particolarmente deteriori per la centralità del potere giudiziario proprio muovendo da un approccio di tal fatta. Tale posizione, dunque, non si ricollega affatto a quel diverso possibile sviluppo della dottrina montesquieuviana che, riallacciandosi al *rule of law*, richiede una specifica attenzione alla separazione del giudiziario dagli altri poteri.

Tra la dottrina americana, certo qualche voce si è levata per chiedersi, come Peter Strauss, se la scelta di un approccio uniforme e monolitico alla dottrina della separazione sia davvero il metodo corretto di approssciare le questioni che attengono all'interpretazione dell'assetto strut-

⁵⁷ M. E. MAGILL, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, in *Virginia Law Review*, n. 86-6/2000, p. 1155 ss., sostiene la tesi secondo la quale la Costituzione americana si ispira ad entrambe le versioni in cui la dottrina montesquieuviana può essere interpretata, ossia separazione o bilanciamento. Si veda anche J. F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, cit., p. 1993 il quale, riferendosi ai *framers* della Costituzione, rileva che «the intellectual history of the separation of powers reveals no single canonical version that could have served as the necessary baseline».

⁵⁸ Si veda J. F. MANNING, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, cit., p. 1944 ss. Nello stesso senso W. B. GWYN, *Separation of Powers and the Executive Branch. The Reagan Era in Retrospect. The Indeterminacy of the Separation of Powers and the Federal Courts*, in *The George Washington Law Review*, n. 57/1989, p. 474 s., secondo cui i formalisti «are inclined to limit each branch of government to the exercise of a power assigned to it by the Constitution, unless that document has explicitly permitted an exception».

turale della Costituzione americana⁵⁹. La risposta, anche per chi si è posto la domanda, è tuttavia che gli elementi che possono essere addotti a sostegno di una tale distinzione⁶⁰ «cannot form a principled basis»⁶¹.

La dottrina americana, dunque, non ha cercato di distinguere e combinare l'impiego dei due diversi approcci, funzionalismo e formalismo, in considerazione delle specificità del potere giudiziario rispetto agli altri due poteri, e ha optato invece per una lettura uniforme della separazione dei poteri, a seconda dei casi, o complessivamente funzionalista o complessivamente formalista senza introdurre distinguo di sorta tra le varie branche. Cosicché i fautori di un approccio funzionalista tendono a sposare sempre una visione elastica della separazione dei poteri, anche quando si tratta di determinare la sfera del giudiziario⁶², allo stesso modo in cui i formalisti applicano una lettura rigida della separazione non solo per delineare i confini tra il giudiziario e gli altri poteri ma anche quando si tratta di definire i rapporti intercorrenti tra legislativo ed esecutivo. Essi impiegano così gli stessi strumenti elaborati per distinguere questi due poteri anche quando si tratti di delimitare la sfera di quello giudiziario. In questo modo, però, si utilizzano schemi forgiati per risolvere le contro-

⁵⁹ P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, cit., p. 511: «article III separation-of-powers cases are different in principle from those arising under articles I and II?».

⁶⁰ Che sono i seguenti: «That judges have greater personal experience both of the complexity of the “judicial” function and of the arguable advantages of recognizing the conveniences of administrative judging»; «because judges recognize that separation-of-powers issues prove extraordinarily complex in the judicial settings with which they are familiar», «because judges can personally appreciate the convenience of delegating routine judicial functions to others» (P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, cit., p. 516).

⁶¹ P. L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, cit., p. 516, che sostiene che gli elementi per considerare peculiari i casi di separazione dei poteri che coinvolgono il giudiziario rispetto agli altri «cannot form a principled basis on which to differentiate separation-of-powers disputes involving the courts from separation-of-powers disputes involving the President and Congress».

⁶² In questo senso, si veda, a titolo esemplificativo, A. D. MARTIN, *Statutory Battles and Constitutional Wars: Congress and the Supreme Court*, in J. R. ROGERS, R. B. FLEMMING, J. R. BOND (a cura di), *Institutional Games and the Supreme Court*, Charlottesville (VA), 2006, p. 3 ss., che, sulla base di un'interpretazione funzionalista della dottrina della separazione dei poteri, sostiene che i rapporti tra corti e Congresso vadano ricostruiti in termini non tanto di separazione quanti di interdipendenza.

versie tra due poteri che, anche sulla base del testo della Costituzione americana, sono improntate a maggiore flessibilità⁶³. Inoltre, sulla base di un approccio formalista si giunge spesso a posizioni originaliste e dipartimentaliste che – come vedremo – si caratterizzano per costringere oltremodo la sfera di efficacia del potere giudiziario⁶⁴.

⁶³ Le relazioni tra legislativo ed esecutivo nel sistema costituzionale americano sono infatti improntate ad una massima divisione con riguardo all'origine dei due poteri, dotati di legittimazione elettorale autonoma, ma a una flessibilità decisamente maggiore con riguardo alle funzioni, a partire dalla compartecipazione del presidente alla funzione legislativa attraverso il veto. Sul punto, si veda recentemente O. CHES-
SA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 112, e, prima, L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1961, p. 29 ss.

⁶⁴ Si tratta di un argomento che ho sviluppato *infra*, nei § 3.2. e 3.3.

SEZIONE II

LE INTERFERENZE ORGANICHE

1. *La nomina dei giudici federali: prevalenza della dimensione politico-ideologica nel procedimento di selezione.* – 2. *La elevation a posizioni superiori: la “carriera” del giudice americano.* – 3. *La cessazione della carica: impeachment e dimissioni.* – 4. *La manipolazione del numero dei giudici e delle corti: packing e un-packing.* – 5. *Le attività extragiudiziarie quali “relazioni pericolose” dei giudici federali.*

1. La nomina dei giudici federali: prevalenza della dimensione politico-ideologica nel procedimento di selezione.

La composizione e l'organizzazione del potere giudiziario federale negli Stati Uniti manifesta una serie di interferenze sul piano organico o strutturale tra le diverse branche del potere. Esse, in linea generale, risultano compatibili con la peculiare versione della dottrina della separazione dei poteri che connota le scelte della Convenzione costituzionale di Philadelphia, almeno secondo l'interpretazione che ho cercato di dare nel precedente capitolo¹. Tali interferenze, che ho spiegato sulla base dell'approccio americano al principio democratico e dell'inserimento del potere giudiziario nel sistema dei *checks and balances*, si manifestano da subito nel sistema di nomina dei giudici federali, in quello, che è un mero risvolto del primo, per l'attribuzione ai giudici di funzioni superiori² e nei meccanismi di cessazione della carica³. A ciò si deve aggiungere che una serie di interferenze del medesimo tipo si riscontrano per la capacità del Congresso di modificare la struttura delle corti ed il loro organico giudiziario⁴ nonché nell'esercizio da parte dei giudici di tutta una serie di attività extragiudiziarie che li espongono al contatto con organi degli altri poteri ovvero che li immettono direttamente nell'attività politica⁵.

Esigenze di ordine espositivo consigliano di muovere dal sistema di preposizione alla carica.

¹ Si veda, *supra*, il capitolo precedente ed in particolare il § 1.3.

² Si veda, *infra*, § 2.II.2.

³ Si veda, *infra*, § 2.II.3.

⁴ Si veda, *infra*, § 2.II.4.

⁵ Si veda, *infra*, § 2.II.5.

Il procedimento attraverso cui vengono nominati i giudici federali nell'ordinamento nordamericano è descritto dall'Art II, Sezione 2, della Costituzione (*appointing clause*)⁶, dedicato al potere esecutivo. La disposizione prevede che la nomina dei giudici della Corte Suprema debba avvenire ad opera del Presidente degli Stati Uniti previo *advice and consent* del Senato. La disposizione è comunque sempre stata estesa anche a tutti gli altri giudici federali, da quelli di distretto fino a quelli di corte d'Appello, non direttamente richiamati dalla disposizione stessa, in quanto non esplicitamente previsti dalla Costituzione ma da costituirsi con atto del Congresso⁷.

⁶ U.S. Const., Art. II, Sec. II: «He [the President...] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint [...] Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law». La dottrina circa il sistema di nomina dei giudici americani è vasta. Per una recente ricostruzione dell'evoluzione storica del procedimento di nomina previsto dalla disposizione e del significato dell'*appointment clause*, si vedano M. J. GERHARDT, *The Federal Appointments Process: a Constitutional and Historical Analysis*, Durham (N.C.), Duke University Press, 2000, e H. ABRAHAM, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*, New York, Oxford University Press, III ed., 1992. Si veda anche, per un approccio critico, B. A. ACKERMAN, *Transformative Appointments*, in *Harvard Law Review*, n. 101/1988, p. 1164 ss. Si vedano inoltre: D. A. STRAUSS, C. R. SUNSTEIN, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, in *The Yale Law Journal*, n. 101/1992, p. 1491 ss.; J. O. MCGINNIS, *The President, the Senate, the Constitution, and the Confirmation Process: A Reply to Professors Strauss and Sunstein*, in *Texas Law Review* n. 71/1993, p. 633 ss.; H. P. MONAGHAN, *The Confirmation Process: Law or Politics?*, in *Harvard Law Review*, n. 101-6/1988, p. 1202 ss.; J. C. YOO, *Choosing Justices: A Political Appointments Process and the Wages of Judicial Supremacy*, (recensione a T. J. PERETTI, *In Defense of a Political Court*, e a D. A. YALOF, *Pursuit of Justices: Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*), in *Michigan Law Review*, Vol. 98, No. 6, 2000, p. 1438.

⁷ Si veda J. E. PFANDER, *Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States*, in *Harvard Law Review*, n. 118-2/2004, p. 685, che, con riferimento al provvedimento legislativo che istituisce corti inferiori alla Corte Suprema, precisa: «the Judiciary Act of 1789 [...] did not specify either the mode of appointment [...] of lower federal court judges but assumed that Articles II [...] had already answered those questions». Sono state però proposte modifiche del sistema di nomina dei giudici inferiori, ritenuto eccessivamente politicizzato e partitico, sul presupposto, per nulla pacifico, che non vi sia un implicito obbligo costituzionale di seguire anche per i giudici inferiori la procedura stabilita per quelli della Corte Suprema. Per una risalente proposta, che discute altresì l'ammissibilità costituzionale della previsione di procedure alternative per la nomina dei giudici inferiori, si veda

La prassi consolidata in materia di nomine giudiziarie, in armonia con l’inserimento del potere giudiziario nel sistema dei *checks and balances* e con la peculiare ampiezza dell’espansione del principio democratico in America⁸, attesta inequivocabilmente che le scelte presidenziali sono state quasi sempre dettate da ragioni ideologiche e politiche, già a partire dal Presidente Washington. Il suo successore, il Presidente John Adams, nominò come *Chief Justice* il segretario di stato Marshall, cui seguì nell’incarico Roger Taney, che, al momento della nomina, era segretario del tesoro del Presidente Andrew Jackson. Il Presidente Lincoln, a sua volta, nominò successore di Taney il proprio segretario al Tesoro Salmon Chase. La composizione della Corte Suprema si è basata pertanto, fin dall’inizio, su un prevalente criterio di affiliazione politica, come viene bene evidenziato dalla stima curata dal prof. O’Brian, esponente di spicco della dottrina politologica americana. Analizzando le nomine dei giudici della Corte Suprema susseguitesisi dal varo della Costituzione sino al 2011, lo studioso rileva che 13 furono Federalisti, 1 Whig, 8 Democratici-repubblicani (il gruppo politico jeffersoniano), 46 Democratici e 48 Repubblicani⁹. Solo in due occasioni Presidenti democratici hanno nominato giudici repubblicani¹⁰, mentre sarebbero meno di dieci i giudici non dichiaratamente conservatori nominati da Presidenti di tale ideologia politica¹¹.

Lo stesso prof. O’Brian, analizzando il periodo successivo alla Prima guerra mondiale, individua tre diversi modelli di nomina presidenziale: il primo modello è quello “Democratico classico” tipico di Roosevelt, Truman, Kennedy e Johnson, e si caratterizza per il fine della nomina, che, in sostanza, è quello di premiare la fedeltà personale e partitica dei nominati. Da questo primo canovaccio si distingue l’approccio tendenzialmente bipartisan che avrebbe contraddistinto la presidenza Eisenhower e, in un secondo momento, i mandati di Ford e Clinton, con la precisazione che, in questi due ultimi casi, la ricerca di candidati non eccese-

B. SHARTEL, *Federal Judges: Appointment, Supervision, and Removal: Some Possibilities under the Constitution*, in *Michigan Law Review*, n. 28-5/1930), p. 485 ss.

⁸ Per cui si veda *supra*, § 1.3.

⁹ D. M. O’BRIAN, *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, IX ed., New York – London, 2011, p. 46.

¹⁰ Si tratta dell’elevazione a *Chief Justice* di Harkam Stone da parte di Franklin Delano Roosevelt nel 1941 e della nomina del Senatore Harold Burton da parte di Truman.

¹¹ D. M. O’BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 46 s.

sivamente connotati dal punto di vista politico-partitico derivava probabilmente dalla debolezza istituzionale dei due Presidenti e dalla presenza di una forte opposizione senatoriale in vista del necessario *advice and consent*. Infine, secondo la tesi di O'Brian, vi sarebbe un terzo modello, cosiddetto "ideologico repubblicano", seguito dai presidenti Nixon e Reagan¹² nonché Bush padre e Bush figlio, volto esplicitamente a utilizzare le nomine alla Corte Suprema come potente mezzo per il perseguimento delle finalità politiche della presidenza. Specie in quest'ultimo approccio, la politica delle nomine alla Corte Suprema può rivelarsi materia di grande rilevanza già nella campagna elettorale presidenziale. Nixon, ad esempio, si era pubblicamente impegnato ad effettuare, una volta eletto, nomine giudiziarie volte a contrastare la *liberal jurisprudence* della Corte Warren. Anche Reagan, nelle campagne presidenziali del 1980 e del 1984, si impegnò espressamente contro l'"attivismo giudiziario" delle corti americane. Similmente, George W. Bush, nelle campagne elettorali del 2000 e del 2004, promise di nominare solo giudici che assomigliassero a Scalia e Thomas, i due campioni del conservatorismo nella Corte Suprema (promessa, questa, che fu poi puntualmente mantenuta con le due nomine di Roberts Jr. e di Alito, ispirate appunto a quel modello). Più di recente, il candidato repubblicano McCain ha impostato la campagna elettorale negli stessi termini del suo predecessore, stavolta come reazione alla sentenza *Boumediene*, che garantiva l'*habeas corpus* agli *enemy combatants* detenuti a Guantanamo Bay¹³. Infine è noto che, nella campagna elettorale primaria per l'individuazione del candidato presidenziale repubblicano, Mitt Romney è tornato sul tema impegnandosi a nominare solo giudici che avessero un profilo schiettamente conservatore.

Il peso dell'elemento politico-ideologico nella selezione presidenziale non deve far pensare che ciò avvenga senza un'adeguata ponderazione di elementi meritocratici. Quanto alla valutazione della professionalità dei soggetti nominati nel giudiziario federale, essa diviene fattore di prioritaria importanza nel procedimento di "selezione presidenziale" che porta all'individuazione della rosa di candidati tra i quali sarà pre-

¹² Si veda D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 71, dove riporta la significativa dichiarazione dell'*Attorney General* di Reagan Meese III, secondo cui l'amministrazione, attraverso le nomine giudiziarie aveva l'obiettivo di «institutionalize the Reagan revolution so it can't be set aside no matter what happens in future presidential elections».

¹³ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008). Per un commento alla sentenza, si veda, *infra*, § 2.III.1.2 e § 2.III.2.3.

scelto il giudice da nominare. Al riguardo, un ruolo di grande importanza ha tradizionalmente giocato, almeno fino all'amministrazione Reagan¹⁴, la potente *American Bar Association* (ABA), chiamata a fornire un *placet* informale (e una successiva valutazione formale) dei candidati sottoposti all'esame degli uffici presidenziali. Nel 2001 l'amministrazione di Bush Jr., seguendo le orme di alcune precedenti amministrazioni, decise di fare a meno della preventiva valutazione dell'ABA, che, da allora, fornisce la sua preziosa attività consultiva al *Judiciary Committee* del Senato, sede istituzionale parimenti determinante in vista delle *hearings* dei soggetti da nominare e dell'*advice and consent* che quella camera è chiamata ad esprimere¹⁵.

Sebbene alcuni studi dimostrino chiaramente che tali valutazioni tecniche, in particolare quelle fornite dall'ABA, abbiano grande peso nella selezione della rosa dei candidati, resta il fatto che l'elemento meritocratico non è centrale nel procedimento di nomina¹⁶. A dispetto del continuo richiamo all'alta professionalità dei giudici federali americani, da parte della dottrina, della politica e talvolta degli stessi giudici¹⁷, la prassi delle nomine si è invece affermata in un contesto nel quale la professione legale non era nemmeno appresa in vere e proprie *Law School*, del tutto assenti in America fino all'ultimo quarto dell'Ottocento, e il mestiere del giurista s'imparava solo attraverso la pratica. Non deve sorprendere, pertanto, che il requisito della laurea in legge non è a tutt'oggi formalmente richiesto per la nomina dei giudici e che, solo a partire dal 1957, la Corte Suprema è composta esclusivamente di giudici in possesso di tale titolo¹⁸.

¹⁴ Dopo la nomina del giudice Blackmun nel 1970 anche l'amministrazione Nixon aveva sospeso la prassi della richiesta di parere all'ABA. Tale procedura venne però ripresa da Ford in occasione della nomina del giudice Stevens nel 1975.

¹⁵ D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 33 e p. 41.

¹⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 33, secondo cui «that appointments should be made strictly on merit» rappresenta niente di più che un «myth».

¹⁷ L'*Attorney General* del Presidente Lyndon Johnson, Ramsey Clark, avrebbe sostenuto: «I think a most significant contribution to American government would be the non-political appointment of judges» (D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 33). Il consiglio non avrebbe tuttavia impedito a Johnson di procedere alle nomine di Abe Fortas e Thurgood Marshall sulla base di criteri ampiamente influenzati da valutazioni politico-partitiche.

¹⁸ Si vedano di D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 35, e L. EPSTEIN, J. A. SEGAL, H. J. SPAETH, T. G. WALKER, *The Supreme Court*

Le proposte presidenziali di nomina, formulate – come si è appena visto – sulla base di criteri prevalentemente politici, devono poi ottenere il vaglio e l'approvazione del Senato, passaggio in cui non di rado finiscono per arenarsi le candidature selezionate dal Presidente. Ad oggi, con riferimento alla Corte Suprema, si possono contare almeno una trentina di casi in cui, alla nomina presidenziale, non è seguita la conferma da parte della Camera Alta, come evidenziato dalla Tab. 2. Due terzi di questi casi si verificarono nei primi 105 anni di storia degli Stati Uniti¹⁹, quando il Congresso aveva una posizione più forte rispetto al Presidente di quella che può vantare oggi²⁰. Il numero relativamente basso delle proposte presidenziali bocciate non deve far pensare che l'influenza dei senatori sia assente negli altri casi, giacché, molto spesso, il Presidente tiene conto in anticipo delle possibili difficoltà che certi candidati potrebbero incontrare nel Senato, rinunciando fin dall'origine alla relativa proposta.

Uno tra i casi più eclatanti di rifiuto senatoriale, risalente alla presidenza Reagan, è quello di Robert Bork, illustre professore a Yale e studioso di chiara fama²¹, che è considerato padre dell'importante corrente-dottrinale dell'originalismo²². La candidatura di Bork venne rigettata dal Senato, che aveva a quel tempo una maggioranza democratica, proprio a

Compendium: Data, Decisions, and Developments, III ed., Washington (D.C.), 2003, p. 293: «it was common for lawyers to be trained by “reading the law” [...]. This was accomplished through self-study or by serving as an apprentice under an experienced lawyer. Only in the more modern period have justices trained in a formal law school setting».

¹⁹ In quel periodo i rifiuti furono 20 a fronte di 81 nomine, rappresentando dunque circa un quarto delle stesse. Vedi R. HARRIS, *The Advice and Consent of the Senate: A Study of the Confirmation of Appointments by the United States Senate*, II ed., Berkeley – Los Angeles (CA), 1958, p. 303.

²⁰ Quanto alla iniziale maggior forza del Congresso ed al peso del sistema politico-partitico nello stabilire il concreto equilibrio tra i tre poteri nel sistema dei *checks and balances*, si veda, *supra*, § 1.3.

²¹ Bork era giudice di Corte d'Appello al momento della nomina, dopo aver fatto parte, tra l'altro, dell'amministrazione Nixon in qualità di *Solicitor General* ed aver preso parte quale *Attorney General* al caso *Watergate*. In tema vedi R. DWORIN, *The Bork Nomination*, in *Cardozo Law Review*, n. 9/1987, p. 101, che descrive il giudice Bork come un «constitutional radical», le cui opinioni «do not lie within the scope of the longstanding debate between liberals and conservatives». Vedi anche P. B. KURLAND, *Bork: The Transformation of a Conservative Constitutionalist*, in *Cardozo Law Review*, n. 9/1987, p. 127 ss.

²² Quanto alla dottrina originalista, si veda *infra*, § 3.2.

Tab. 2 Nomine alla Corte Suprema non confermate dal Senato

Proposta	Presidente	Data	Decisione	voto	Data
<i>William Paterson</i>	Washington	27 feb. 1793	Ritirato		28 feb. 1793
J. Rutledge CJ	Washington	10 dic. 1795	Respinto	10-14	25 dic. 1795
A. Wolcott	Madison	4 feb. 1811	Respinto	9-24	13 feb. 1811
J. J. Crittenden	J.Q. Adams	18 dic. 1828	Sospeso	23-17	12 feb. 1829
Roger B. Taney	Jackson	15 gen. 1835	Sospeso	24-21	3 mar. 1835
John C. Spencer	Tyler	9 gen. 1844	Respinto	21-26	31 gen. 1844
R. H. Walworth	Tyler	13 mar. 1844	Sospeso	27-20	15 giu. 1844
			Ritirato		17 giu. 1844
Edward King	Tyler	5 giu. 1844	Sospeso	29-18	15 giu. 1844
John C. Spencer	Tyler	17 giu. 1844	Ritirato		17 giu. 1844
R. H. Walworth	Tyler	17 giu. 1844	Senza res.		
R. H. Walworth	Tyler	10 dic. 1844	Sospeso		21 gen. 1845
			ritirato		6 feb. 1845
Edward King	Tyler	10 dic. 1844	Sospeso		21 gen. 1845
			Ritirato		8 feb. 1845
John M. Read	Tyler	8 feb. 1845	Senza res		
G.W. Woodward	Polk	23 dic. 1845	Respinto	20-29	22 gen. 1846
E. A. Bradford	Fillmore	21 ago. 1852	Sospeso		31 ago. 1852
G. E. Badger	Fillmore	10 gen. 1853	Sospeso	26-25	11 feb. 1853
W. C. Micou	Fillmore	24 feb. 1853	Senza res		
J. S. Black	Buchanan	6 feb. 1861	Sospeso	25-26	21 feb. 1861
Henry Stanbery	A. Johnson	16 apr. 1866	Senza res		
E. R. Hoar	Grant	15 dic. 1869	Respinto	24-33	3 feb. 1870
G. H. Williams CJ	Grant	2 dic. 1873	Ritirato		8 gen. 1874
C. Cushing CJ	Grant	9 gen. 1874	Ritirato		14 gen. 1874
S. Matthews	Hayes	26 gen. 1881	Senza res		
W. Hornblower	Cleveland	19 sett. 1893	Senza res		
W. Hornblower	Cleveland	6 dic. 1893	Respinto	24-30	15 gen. 1894
W. H. Peckham	Cleveland	22 gen. 1894	Respinto	32-41	16 feb. 1894
Pierce Butler	Harding	23 nov. 1922	Senza res		
John. J. Parker	Hoover	21 mar. 1930	Respinto	39-41	7 mag. 1930
John M. Harlan	Eisenhower	9 nov. 1954	Senza res		
Abe Fortas CJ	L. Johnson	26 giu. 1968	Sospeso	45-43	1 ott. 1968
			Ritirato		4 ott. 1968
H. Thornberry	L. Johnson	26 giu. 1968	Ritirato		4 ott. 1968
C. Haynsworth Jr.	Nixon	18 ago. 1969	Respinto	45-55	21 nov. 1969
G. H. Carswell	Nixon	19 gen. 1970	Respinto	45-51	8 apr. 1970
Robert H. Bork	Reagan	7 lug. 1987	Respinto	42-58	23 ott. 1987
J. G. Roberts Jr.	Bush, G. W.	29 lug. 2005	Ritirato		6 sett. 2005
Harriet E. Miers	Bush, G. W.	7 ott. 2005	Ritirato		28 ott. 2005

I dati sono tratti da D. S. RUTKUS, *Supreme Court Appointment Process: Roles of the President, Judiciary Committee, and Senate*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, in www.lcd.gov, 2010. “CJ” indica la proposta alla nomina a CJ. In corsivo sono indicate le proposte successivamente ripresentate e poi confermate. In grassetto sono indicate le proposte ritirate dal presidente e ripresentate per la carica di *Chief Justice*.

causa delle sue teorie interpretative di stampo conservatore²³. Ciò dimostra che la dimensione politica della scelta dei giudici contraddistingue l'intero procedimento di nomina, venendo influenzata tanto dall'orientamento politico dell'Esecutivo quanto da quello, potenzialmente diverso, espresso in seno al Senato. Talvolta la bocciatura di un giudice avviene in seguito a un conflitto interno allo stesso partito del Presidente, come nel caso della nomina di Harriet Miers a giudice della Corte Suprema, proposta da Bush Jr., che ha rappresentato, in ordine di tempo, anche l'ultimo caso di bocciatura senatoriale (seppure in assenza di un voto esplicito). Tale nomina fallì non solo e non tanto per le scarse credenziali professionali che la candidatura rivelava (la Miers non aveva una precedente esperienza giudiziaria²⁴), ma soprattutto perché essa non incontrava il favore dei circoli più conservatori del partito repubblicano, i quali – proprio per via dell'assenza di un adeguato trascorso professionale della candidata – dubitavano dell'autenticità e dell'affidabilità dell'orientamento conservatore del futuro giudice²⁵. Dopotutto i *Chief Justices* Warren e Burger, che avevano presieduto le corti più liberali della storia americana, provenivano proprio dalle file repubblicane ed erano stati nominati da presidenti conservatori. Seppure nell'ambito di una dialettica tutta interna al partito Repubblicano, la vicenda della Miers conferma quanto sia rilevante il fattore ideologico-politico nella scelta dei giudici federali, a cominciare ovviamente dai membri della Corte Suprema.

Più in generale, è possibile affermare che negli ultimi tempi le conferme senatoriali sono state prevalentemente dettate da criteri smaccatamente partitici, in conformità con una più netta polarizzazione della vita

²³ La bocciatura arrivò dopo uno scrutinio assai attento da parte del *Judiciary Committee*: le *hearings* di Bork durarono in complesso più di trenta ore in cinque giorni e furono trasmesse in diretta televisiva nazionale, suscitando interesse anche a livello popolare, tanto che un sondaggio attestò un'opposizione del 52% degli americani alla nomina dell'illustre professore di Yale. Si trattava di un sondaggio *Washington Post/Abc*. Per questo e gli altri dati sulla vicenda, si veda D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 74 ss. Peraltro, anche la successiva proposta di nomina del giudice Douglas Ginsberg, che avrebbe dovuto rimpiazzare Bork, fallì, ancorché non per ragioni ideologiche ma perché Ginsberg era accusato di aver fumato marijuana mentre era Law Professor ad Harvard.

²⁴ Quanto al peso dell'esperienza giudiziaria nelle nomine alla Corte Suprema, si veda *infra*, § 2.II.1.

²⁵ Sulla vicenda della Miers – e sul tema in generale – si veda K. E. WHITTINGTON, *Presidents, Senates, and Failed Supreme Court Nominations*, in *The Supreme Court Review*, 2006, p. 401 ss.

politica americana²⁶. Così, ad esempio, le proposte di nomina presentate dal Presidente Obama sono state ostacolate da un sistematico *filibustering* repubblicano in Senato, particolarmente efficace in quella Camera, dove, per terminare la discussione di una proposta, incluse quelle relative alle nomine, e quindi passare ai voti, occorre trovare l'appoggio di 60 senatori su 100²⁷. La minoranza repubblicana in Senato è dunque stata in grado, non tanto di bocciare, quanto piuttosto di ritardare ad oltranza l'approvazione delle nomine proposte.

Se il procedimento descritto dall'Art. II della Costituzione federale prevede, come si è appena visto, un coinvolgimento determinante degli organi politici nella scelta dei candidati da nominare, si tratta nondimeno di un meccanismo di nomina senz'altro meno politicizzato di quello che opera a livello degli Stati membri. Come abbiamo già avuto modo di osservare nel precedente capitolo, in omaggio alla più estesa penetrazione del principio democratico nell'America delle ex Colonie di cui le costituzioni statali recano ancora traccia, a quel livello spesso non sono stati introdotti quei temperamenti al principio di elettività di tutte le cariche pubbliche che contraddistinguono invece il modello madisoniano della Costituzione federale²⁸. Pertanto, a livello statale i giudici sono spesso ancora scelti per elezione diretta²⁹, senza peraltro essere assistiti dalle ga-

²⁶ Secondo T. J. PERETTI, *In Defense of a Political Court*, Princeton (N.J.), 1999, p. 87, il novanta per cento circa delle nomine giudiziarie durante le ultime quattro amministrazioni provenivano dallo stesso partito del Presidente.

²⁷ Sulla *cloture*, ossia la mozione senatoriale necessaria al fine di terminare la discussione e passare alla deliberazione ed il suo significato antimaggioritario, si veda G. W. PEPPER, *Senate Cloture*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, n. 74-2/1925, p. 131 ss. Quanto all'ostruzionismo ed alla sua compatibilità costituzionale, in termini assai critici, si veda J. A. CHAFETZ, *The Unconstitutionality of the Filibuster*, in *Connecticut Law Review*, n. 43-4/2011, p. 1003 ss. Sul medesimo tema, si vedano anche: C. FISK, E. CHERMERINSKY, *The Filibuster*, in *Stanford Law Review*, n. 49-2/1997, p. 181 ss.; J. O. MCGINNIS, M. B. RAPPAPORT, *The Judicial Filibuster, the Median Senator, and the Counter-majoritarian Difficulty*, in *The Supreme Court Review*, 2005, p. 257 ss.; J. O. MCGINNIS, M. B. RAPPAPORT, *The Constitutionality of Legislative Supermajority Requirements: A Defense*, in *The Yale Law Journal*, n. 105-2/1995, p. 483 ss.

²⁸ Si veda *supra*, § 1.3.

²⁹ Le modalità di selezione giudiziaria sono molto variabili da Stato a Stato. In estrema sintesi il metodo più usato è quello elettorale attraverso consultazioni che possono essere di due tipi. Si parla infatti di *partisan* o *non partisan elections* a seconda che i candidati giudici corrano sotto insegne partitiche – quelle dei democratici o quelle dei repubblicani generalmente – ovvero senza esplicite affiliazioni ad or-

ranzie di indipendenza che tutelano i giudici federali una volta nominati, ossia la *life tenure* e la protezione del salario. Le elezioni per le cariche

ganizzazioni politiche. Quando non è previsto un meccanismo elettorale, i giudici statali sono generalmente nominati da parte del Governatore o, a volte, dalle Camere statali. In altri casi, sono impiegati meccanismi misti, talora detti *merit system*, in cui una commissione *nonpartisan* fornisce liste di candidati da cui il Governatore o le Camere traggono le nomine dei giudici che, dopo un periodo variabile (tra uno e due anni), sono sottoposti ad un voto di conferma popolare che assume il nome di *retention election*. In merito, si veda K. J. BYBEE, *All Judges Are Political – Except When They Are Not. Acceptable Hypocrisies and the Rule of Law*, Stanford (CA), 2010, p. 6, che riassume: «The overwhelming majority of state appellate judges in the United States (an estimated 87 percent of appellate judges in thirty-nine states) must [...] stand for election. Many of these judicial elections [...] are not only openly partisan but increasingly indistinguishable from ordinary political contests». Bybee precisa che circa il 40% dei giudici statali di primo grado e d'appello sono scelti (almeno con riguardo al mandato iniziale) con un sistema di *partisan elections* (in proposito, si vedano anche: A. CHAMPAGNE, *Partisan Judicial Elections: Lessons from a Bel-lwether State*, in *Willamette Law Review*, n. 39/2003, p. 1457 ss., e M. J. STREB (a cura di), *Running for Judge: The Rising Political, Financial, and Legal Stakes of Judicial Elections*, New York, 2009. L'insoddisfazione rispetto al sistema elettorale per la selezione dei giudici ha indotto nel 1940 al varo del cosiddetto Missouri Plan che diffuse il sistema delle retention elections (per il quale si veda K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 8, e J. WARE, *The Missouri Plan in National Perspective*, in *Missouri Law Review*, n. 74/2009, p. 751 ss.). Nonostante il tasso di riconferma delle retention elections sia molto elevato (K. J. Bybee, *All Judges Are Political*, cit., p. 9, cita uno studio secondo il quale su 4.588 elezioni soltanto in 52 casi i giudici sono stati rimossi), è interessante richiamare un recente caso che illustra come il sistema elettorale possa minacciare la stessa autonomia decisionale dei giudici statali, ai quali non è garantita la *life tenure*, come a livello federale, ragion per cui il sistema statale è considerato scarsissimamente garantista dal punto di vista dell'indipendenza e della separazione del giudiziario. Il 2 novembre 2010, i giudici della Corte Suprema dell'Iowa, David Baker, Michael Streit, and Marsha Ternus, non furono riconfermati in una *retention election* dopo che avevano concorso ad una sentenza della stessa Corte che vietava la possibilità di negare le licenze matrimoniali a coppie dello stesso sesso (sulla vicenda, si veda A. G. SULZBERGER, *In Iowa, Voters Oust Judges Over Marriage Issue*, in *The New York Times*, 3 novembre 2010). Ancorché i tre giudici non presero parte alla campagna elettorale con particolare attivismo, essa fu ugualmente molto accesa, animata da gruppi a sostegno e gruppi contro il *same sex marriage*. Recentemente è balzato all'onore delle cronache il caso dell'elezione a giudice in California Gary Kreep, candidato *birther*, espressione con la quale si designano i sostenitori della tesi che vuole il Presidente Obama nato all'estero e dunque illegittimamente eletto alla presidenza in quanto sprovvisto di un requisito necessario (Kreep è stato eletto, con una differenza di poche centinaia di voti su oltre 400.000, contro Garland Peed; per la curiosa vicenda si veda www.huffingtonpost.com).

giudiziarie statali sono spesso altamente politicizzate e talvolta esplicitamente partitiche, motivo per il quale sono precedute da campagne elettorali molto costose³⁰. Di conseguenza, i candidati, proprio per sostenere le ingenti spese elettorali, sono costretti a cercare il sostegno economico di facoltosi donatori, soprattutto presso *lobbies* ed organizzazioni d'interesse³¹ e persino «from parties and lawyers with cases before the court [per la quale l'elezione è indetta] or contributors closely linked to these parties»³². Tale sistema di selezione dei giudici statali è stato esaminato dalla Corte Suprema federale nel caso *White*³³, che aveva ad oggetto una disposizione del *canon of judicial conduct* varato dalla Corte Suprema del Minnesota con riguardo alle elezioni giudiziarie, in base al quale si proibiva ai candidati alle cariche giudiziarie di dichiarare il loro punto di vista circa questioni politiche e dispute legali³⁴. La Corte Suprema degli Stati Uniti ebbe così l'occasione di prendere posizione circa il sistema giudiziario statale. Con una decisione approvata da una maggioranza di cinque giudici e redatta dal *Justice* Scalia, fu sancito che la disposizione in esame violava la libertà costituzionalmente garantita di manifestazione del pensiero. Contrariamente alle *dissenting* del giudice

³⁰ Nella *concurring* del giudice O'Connor in *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 788 (2002), sono riportati alcuni interessanti dati: «in 1995, one candidate for the Pennsylvania Supreme Court raised \$1,848,142 in campaign funds, and [...] in 1986, \$2,700,000 was spent on the race for Chief Justice of the Ohio Supreme Court» (p. 789). Si veda anche D. SCHULTZ, *Minnesota Republican Party v. White and the Future of State Judicial Selection*, in *Albany Law Review*, n. 69/2006, p. 985: «In Alabama, Illinois, Michigan, Mississippi, and Ohio, the average contest for the Supreme Court in 2000 was \$ 2,000,000 with \$ 45,000,000 raised by state supreme court candidates around the country. [...] In Ohio, non-candidate independent expenditures topped \$ 8,000,000».

³¹ K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 6.

³² THOMAS, in *National Law Journal*, 16 Marzo 1998, p. A8, col. 1, secondo cui risulta che donazioni di questo tipo sono ammontate al 40% dei \$9,200,000 dollari dei contributi sopra i \$100 raccolti dai sette dei nove *Supreme Court Justices* per le elezioni del 1994 e 1996.

³³ *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002). Sul caso si veda R. D. ROTUNDA, *Constitutionalizing Judicial Ethics: Judicial Elections after Republican Party of Minnesota v. White, Caperton and Citizens United*, in *Arkansas Law Review*, n. 64/2011, p. 1 ss.

³⁴ *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002): «a “candidate for a judicial office” from “announc[ing] his or her views on disputed legal or political issues” ([...] announce clause)».

Stevens e del giudice Ginsburg³⁵, che volevano entrambi il mantenimento del divieto sulla base di una prospettiva che muoveva da una netta differenza tra elezioni giudiziarie ed elezioni per altre cariche di tipo più schiettamente politico, per la maggioranza della Corte tale distinzione non doveva ritenersi particolarmente radicata nell'ordinamento americano, in considerazione del potere creativo del giudice e della funzione di *judicial review*³⁶. Nel dissidio tra i giudici, due diverse visioni di separazione del potere giudiziario emergono: la prima richiede un giudice estraneo al circuito politico, la seconda ve lo immette. Questa seconda visione prevale tra i giudici della Corte. Essa costituisce una conferma della peculiarità del sistema americano che, come avevamo già cercato di sostenere nel primo capitolo³⁷, inserisce il giudiziario nel sistema democratico dei *checks and balances*. Non a caso l'*opinion* di maggioranza ritiene che la figura di giudice presupposta dai dissenzienti è conforme agli ordinamenti di *civil law*, ma non ad un ordinamento che assegni a tutti i giudici la funzione di *judicial review*.

Nonostante questo rigido orientamento giurisprudenziale, il problema dell'insoddisfacente protezione, a livello statale, della separazione

³⁵ Nella sua *opinion* il Justice Stevens (*dissenting in Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 797 (2002)) affermava: «Elected judges, no less than appointed judges, occupy an office of trust that is fundamentally different from that occupied by policymaking officials. [...] There is a critical difference between the work of the judge and the work of other public officials. In a democracy, issues of policy are properly decided by majority vote; it is the business of legislators and executives to be popular. But in litigation, issues of law or fact should not be determined by popular vote; it is the business of judges to be indifferent to unpopularity [...] The judicial reputation for impartiality and open-mindedness is compromised by electioneering that emphasizes the candidate's personal predilections rather than his qualifications for judicial office».

³⁶ *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 784 (2002): «Justice Ginsburg greatly exaggerates the difference between judicial and legislative elections. She asserts that “the rationale underlying unconstrained speech in elections for political office – that representative government depends on the public's ability to choose agents who will act at its behest – does not carry over to campaigns for the bench.” [...] This complete separation of the judiciary from the enterprise of “representative government” might have some truth in those countries where judges neither make law themselves nor set aside the laws enacted by the legislature. It is not a true picture of the American system. Not only do state-court judges possess the power to “make” common law, but they have the immense power to shape the States' constitutions as well».

³⁷ Vedi *supra*, § 1.3.

del giudiziario dagli organi politici e della sua indipendenza non può essere in alcun modo sottostimato, considerando che ogni anno si svolgono, proprio presso i giudici statali, svariati milioni di cause, contro le poche centinaia di migliaia trattate dalle corti federali. Non può peraltro sottoacersi che il descritto sistema di selezione elettorale dei giudici statali è generalmente fatto oggetto di critica sia da parte delle associazioni professionali degli avvocati³⁸ sia da parte dell'opinione pubblica³⁹ sia, infine, da parte della dottrina maggioritaria⁴⁰.

Questa veloce descrizione consente di affermare che nell'ordinamento americano la selezione dei giudici è basata su criteri prevalentemente politici, o per effetto dell'elezione diretta, come avviene a livello del giudiziario statale, o per via della prevalenza degli interessi partitici del Presidente e dei senatori, come accade per le nomine dei giudici federali, come dimostrano gli studi che attestano una coincidenza tra partito del presidente e colore politico delle nomine proposte⁴¹.

³⁸ Nella sentenza *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 787 (2002) è riportata l'opinione espressa dall'ABA: «The American Bar Association strongly endorses the merit selection of judges, as opposed to their election... . Five times between August 1972 and August 1984 the House of Delegates has approved recommendations stating the preference for merit selection and encouraging bar associations in jurisdictions where judges are elected ... to work for the adoption of merit selection and retention».

³⁹ Nella *concurring* del giudice O'Connor in *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 790 (2002), si afferma: «the mere possibility that judges' decisions may be motivated by the desire to repay campaign contributors is likely to undermine the public's confidence in the judiciary». Si richiamano poi «survey results indicating that two-thirds of registered voters believe individuals and groups who give money to judicial candidates often receive favorable treatment» e «anecdotes of lawyers who felt that their contributions to judicial campaigns affected their chance of success in court».

⁴⁰ Per un'opinione favorevole al sistema elettivo, si veda R. D. ROTUNDA, *Constitutionalizing Judicial Ethics*, cit., p. 1 ss.

⁴¹ Secondo lo studio di E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R. A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 483, nota 15, il 91,5% dei giudici distrettuali e di corte d'appello nominati dal 1946 al 1995 «were appointed by a president of the same party as the judge». Vedi anche S. GOLDMAN, E. E. SLOTNICK, *Introduction: Clinton's Judicial Legacy*, in *Judicature*, n. 84/2001, p. 227 ss., secondo i cui studi, p. 244 ss., l'85,2% delle 61 nomine di Clinton a giudice di Corte d'Appello furono scelte tra democratici, per Bush Sr. la percentuale (dei repubblicani) sale all'89,2 e per Reagan era addirittura al 96,2.

Gli studiosi americani hanno analizzato approfonditamente queste tematiche soprattutto con riferimento alla procedura di nomina dei giudici federali, in ordine alla quale sono state indagate a fondo tanto l'*appointment clause* nelle sue concrete modalità di applicazione quanto – ed è ciò che maggiormente rileva in questa sede – le sue ricadute sulla separazione del giudiziario federale dagli organi dell'indirizzo politico.

Nell'ottica più circoscritta da ultimo citata, appare di estremo interesse verificare se e in che misura gli studiosi si sono posti il problema della compatibilità di una simile procedura di nomina, contraddistinta da una conclamata influenza degli organi dell'indirizzo politico sulla selezione dei giudici e dunque foriera di un alto tasso di politicizzazione delle nomine, con il principio costituzionale della separazione dei poteri o con quale delle sue molteplici versioni (oltre che, si deve aggiungere, con l'esigenza di garantire l'indipendenza del giudice).

In proposito, i costituzionalisti americani sono fondamentalmente concordi nel reputare che la parte del procedimento di nomina affidata alle scelte del Presidente possa essere, come di fatto è, «entirely political»⁴². Circa il ruolo giocato dal Senato, tema su cui in verità la dottrina americana si è maggiormente interrogata⁴³, la questione sembra essere più dibattuta, a partire dalla stessa nozione di *advice and consent*⁴⁴. Ci si è chiesti, ad esempio, se il Senato possa rigettare la proposta presidenziale per ragioni politiche, al fine dichiarato di contrastare l'indirizzo che,

⁴² H. P. MONAGHAN, cit., p. 1204.

⁴³ J. C. YOO, *Choosing Justices: A Political Appointments Process and the Wages of Judicial Supremacy*, cit., p. 1438: «scholars writing about the appointments process have focused almost exclusively on the Senate's role in confirming Justices».

⁴⁴ C. L. BLACK, *A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees*, in *Yale Law Journal*, n. 79/1970, p. 659, che rileva che la giustapposizione di *advice* a *consent* deve necessariamente implicare che il ruolo del Senato sia più esteso di quello di esprimere un mero consenso senza entrare nel merito. D. A. STRAUSS, C. R. SUNSTEIN, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, cit., p. 1491 ss., auspicano un maggior ruolo per il Senato nella fase precedente la proposta presidenziale. Di una certa attinenza al tema trattato è anche la *querelle* avente ad oggetto il peso delle *hearings* senatoriali, che divide i sostenitori di un potenziamento di tale fase preliminare da chi viceversa la ritiene una concausa dell'eccessiva politicizzazione della nomina. Tra i primi, si può ricordare W. G. ROSS, *The Questioning of Supreme Court Nominees at Senate Confirmation Hearings*, in *Tulane Law Review*, n. 62/1987, p. 109 ss. Tra i secondi: N. VIEIRA, L. E. GROSS, *The Appointments Clause: Judge Bork and the Role of Ideology in Judicial Confirmations*, in *Journal of Legal History*, n. 11/1990, p. 332 s.; P. A. FREUND, *Appointment of Justices: Some Historical Perspectives*, in *Harvard Law Review*, n. 101/1988, p. 1162 s.

nell'esercizio del potere di nomina, il Presidente vorrebbe imprimere al giudiziario. I pareri al riguardo sono molteplici: alcuni sostengono che la Camera Alta dovrebbe limitarsi a valutare i titoli professionali dei soggetti da nominare⁴⁵; altri, come Tribe, vorrebbero che il Senato assicurasse «the Court's overall balance and equilibrium»⁴⁶; altri ancora che l'istituzione valutasse lo spessore morale dei nominati⁴⁷; altri, infine, che essa contribuisse a creare nei soggetti proposti la consapevolezza delle conseguenze politiche delle future decisioni⁴⁸. Vi è anche chi ha sostenuto che il Senato non incontrerebbe limiti di sorta, sul piano giuridico, nel decidere la reiezione di una proposta presidenziale, constatando che non esiste alcun significativo obbligo costituzionale che costringa il Senato alla conferma della proposta presidenziale⁴⁹. Se è vero infatti che il giudizio presidenziale sulla nomina è sostanzialmente libero anche nel suo contenuto politico, è altrettanto vero che la Costituzione americana non limita in alcun modo nemmeno la potestà del Senato di adeguarsi o meno alle opzioni presidenziali⁵⁰. A riprova dell'esistenza di un'ampia discrezionalità politica del Senato, atta ad assicurare una forma di bilanciamento del potere di nomina presidenziale, viene spesso ricordato il clima politico-ideologico entro il quale i membri della Convenzione di Philadelphia

⁴⁵ B. FEIN, *Commentary, A Circumscribed Senate Confirmation Role*, in *Harvard Law Review*, n. 102/1989, p. 672 ss.

⁴⁶ L. H. TRIBE, *God Save This Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, New York, 1985, p. 106.

⁴⁷ S. CARTER, *The Confirmation Mess*, in *Harvard Law Review*, n. 101/1988, p. 1199.

⁴⁸ R. F. NAGEL, *Advice, Consent, and Influence*, in *Northwestern University Law Review*, n. 84/1990, p. 873, che pure riconosce l'ampia discrezionalità politico-ideologica del giudizio senatoriale.

⁴⁹ H. P. MONAGHAN, *The Confirmation Process*, cit., p. 1203: «no significant affirmative constitutional compulsion exists to confirm any presidential nominee». Si veda inoltre C. G. MACKENZIE, *The Politics of Presidential Appointments*, New York, 1981, p. 95, secondo cui la procedura «affords the Senate an opportunity to carry on in another context its persistent struggle with the executive branch to shape the contours of public policy».

⁵⁰ H. P. MONAGHAN, *The Confirmation Process*, cit., p. 1204: «nothing in the language of the appointments clause, in its origins, or in the actual history of the appointment process supports a constitutionally based presidential “right” to mold an independent branch of government for a period extending long beyond his electoral mandate. Rather (and to my surprise), all the relevant historical and textual sources support the Senate's power when and if it sees fit to assert its vision of the public good against that of the President».

lavoravano. In quel periodo, infatti, i poteri di nomina dei Governatori statali erano largamente ridotti ed i giudici venivano nominati con procedure diverse, tra le quali si contraddistinguevano quelle che lasciavano largo spazio proprio ai legislativi⁵¹.

Tab. 3 *Judgeships* nel
giudiziario federale

Supreme Court	9
Court of Appeals	179
District Courts	677
Court of International Trade	9
TOTALE	874
Fonte: Judicial Conference of the United States (www.uscourts.gov).	

Lo stesso *Virginia Plan*⁵², del resto, prevedeva in origine che le nomine venissero effettuate dal Congresso; in un secondo tempo, Madison propose che la competenza fosse affidata al Senato e solo alla fine, di fronte all'obiezione che il Senato non sarebbe stato in grado di svolgere efficientemente tale funzione di tipo esecutivo, emerse il compromesso finale.

Per il resto, si deve aggiungere che la posizione del Senato (ma soprattutto dei senatori singolarmente interessati alla nomina) si è rafforzata a partire dalla metà dell'Ottocento, quando è andata affermandosi la consuetudine della *senatorial courtesy*. In base ad essa, il Senato è uso subordinare il proprio consenso al gradimento espresso dai singoli senatori interessati alla nomina, quelli cioè rappresentativi dello Stato in cui il giudice opererà una volta nominato e appartenenti allo stesso partito del Presidente⁵³. Questa forma di controllo senatoriale è pertanto massima (e

⁵¹ R. HARRIS, *The Advice and Consent of the Senate*, cit., p. 19: «No state constitution granted to the governor an independent appointing power. In several states the governor had little or no appointing power; in those states in which he exercised a limited appointing power, it was always with the advice and consent either of a council appointed by the legislature, or by the legislature itself. Only in Massachusetts, Maryland, New Hampshire, and Pennsylvania were judges appointed by the governor, and in three of these states he shared the appointing power with a council».

⁵² Il *Virginia Plan*, ispirato da Madison, è conosciuto anche con il nome di *Randolph Plan*, dal nome del Governatore della Virginia che il 19 maggio del 1787 lo presentò alla Convenzione di Philadelphia per conto del suo stato allo scopo di orientarne i lavori, cosa che in effetti avvenne. In proposito, si veda D. P. HALSEY, *Virginia's Part in Framing the National Constitution*, in *The Virginia Law Register*, n. 11-11/1926, p. 641 ss., e J. R. VILE, *The Constitutional Convention of 1787: A Comprehensive Encyclopedia of America's Founding*, vol. 1, Santa Barbara (CA), 2005, p. 428 ss.

⁵³ È la procedura del cosiddetto *blue slip*, il modulo consegnato dal *Judiciary Committee* del Senato al senatore di riferimento, senza il ritorno del quale la procedura viene interrotta. Quando, ritornato se del caso il *blue slip* al *Judiciary Committee*, presso di esso hanno inizio le *hearings* del candidato, che viene poi rinviato al *plenum* del Senato con una raccomandazione. Talora – soprattutto nei casi più con-

massimamente concentrata) per i giudici di distretto⁵⁴, rispetto ai quali i senatori interessati possono essere uno solo o al massimo due (motivo per il quale Robert Kennedy, mentre rivestiva la carica di *Attorney General*, ebbe a dire che «fondamentalmente si tratta di una nomina senatoriale con *advice and consent* del Presidente»⁵⁵). La concentrazione del potere di “veto” della Camera Alta è invece meno forte in relazione alle nomine dei giudici di Corte d’appello, i cui circuiti hanno dimensioni sovrastata-

troversi – il *Judiciary Committee*, invece, non fornisce al Senato alcuna indicazione. Sull’affermarsi della *senatorial courtesy*, si veda R. HARRIS, *The Advice and Consent of the Senate*, cit., p. 303. Sul suo rilievo del Senato e dei senatori nella scelta dei giudici si veda P. S. RUCKMAN, *The Supreme Court, critical nominations, and the Senate confirmation process*, in *Journal of Politics*, n. 55-3/1993, p. 793 ss. Un recente caso di nomina che ha suscitato un certo scalpore negli Stati Uniti è quello che ha coinvolto il Senatore Menendez, il quale ha a lungo atteso prima di ritornare al *Judiciary Committee* il suo *Blue Slip*, nonostante il Senatore fosse democratico come il Presidente Obama e la proposta di nomina in questione non rivelasse alcun problema di professionalità. Piuttosto, la stampa avanzò il sospetto che si trattasse di una mera operazione di vendetta, dato che il senatore era stato sottoposto ad indagine dalla candidata Patty Shwartz quando era *Prosecutor* federale in New Jersey. Il Senatore Menendez alla fine, dopo un colloquio con la candidata, dovette cedere (per la vicenda, si veda *Mr. Menendez’s Missing ‘Blue Slip’*, in *The New York Times*, 10 gennaio 2012, p. A22).

⁵⁴ I distretti giudiziari sono 94, 26 dei quali corrispondono ad uno Stato (anche nel Distretto di Columbia, a Puerto Rico e nei tre territori d’oltremare sono istituiti distretti giudiziari). Negli altri Stati i distretti vanno da due a quattro. Complessivamente il numero dei giudici di distretto, come si vede dalla Tab. 2 sono 977. Quanto alle nomine nella *Court of International Trade*, esse concernono giudici di primo grado. Tuttavia essi hanno giurisdizione nazionale e dunque non vanno considerati tra quelli rispetto ai quali opera più strettamente la *senatorial courtesy*. Rispetto alla speciale cogenza della *senatorial courtesy* quanto ai giudici di distretto e a quella inferiore per i giudici di corte d’appello, si veda S. GOLDMAN, *Judicial appointments to the United States Courts of Appeals*, in *Wisconsin Law Review*, n. 86/1967, p. 186 ss. Per un dato che, nonostante la sua parzialità, illustra bene il rigore della tradizione in parola, si veda E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R. A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 481, che rivela che, con riferimento alle “promozioni” di giudice di distretto a giudice di Corte d’Appello (vedi *infra*, in questo capitolo, § 2.II.2.) tra il 1946 ed il 1995 «there is not a single example of a district court judge being elevated to a numbered circuit court outside of their geographical circuit».

⁵⁵ D. M. O’BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 40.

li⁵⁶, e diventa nulla nel caso dei giudici della Corte Suprema, la cui giurisdizione ha estensione nazionale.

A prescindere dal dibattito dottrinale sull'allocazione del potere decisionale di nomina o presso il Presidente o presso il Senato o, ancora, all'interno di una dialettica tra i due organi, resta il fatto che tanto la prassi istituzionale quanto la dottrina maggioritaria confermano l'alto tasso di politicità della procedura di nomina prevista dalla Costituzione con riferimento alle *judgeships*. Come si evince dal tenore del confronto accademico, l'assoluta prevalenza della componente politica nella selezione delle nomine non imbarazza affatto la platea dei costituzionalisti americani, i quali tendono a giustificarla in quanto strumento volto a superare la *countermajoritarian difficulty*. In altri termini, come già abbiamo visto nello scorso capitolo⁵⁷, muovendo dalla constatazione che al giudiziario sono conferiti compiti politicamente rilevanti, tra i quali spicca la *judicial review* degli atti legislativi approvati dal Congresso, l'organo espressivo della rappresentanza popolare, si giunge alla conclusione che le valutazioni politiche del Presidente e del Senato circa le nomine dei giudici servono a non allontanare troppo gli organi del giudiziario dalla volontà di *we the people*. Questo assunto è pressoché uniformemente condiviso sia dagli studiosi del diritto costituzionale⁵⁸ sia dai politologi⁵⁹ sia dagli stes-

⁵⁶ Ciò consente al Presidente di giocare tra i diversi Stati e i diversi Senatori interessati. Sono infatti organizzati 12 circuiti regionali, in ciascuno dei quali è istituita un'unica Corte d'Appello che giudica in collegi di tre giudici con un eventuale riesame da parte della Corte in composizione plenaria (salvo nel nono circuito, il più grande, dove la Corte giudica *en banc* con una composizione di 11 giudici su 28). Dal 1982, è inoltre istituita la *U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit*. Complessivamente le *judgeship* d'appello sono ad oggi 179. Tuttavia i posti di giudice di Corte d'Appello in un circuito, non per legge ma per tradizione, sono informalmente distribuiti tra gli stati, cosicché il Presidente normalmente si aspetta l'assenso dal Senatore dello Stato del posto rimasto vacante, che in genere sarà assegnato ad un giudice dello stesso stato: K. A. BRATTON, R. L. SPILL, *Moving Up the Judicial Ladder: The Nomination of State Supreme Court Justices to the Federal Courts*, in *American Politics Research*, n. 32/2004, p. 201.

⁵⁷ Si veda *supra*, § 1.3.

⁵⁸ H. P. MONAGHAN, *The Confirmation Process*, cit., p. 1203: «the political nature of the Senate's role, like that of the President, helps ameliorate the "countermajoritarian difficulty": by increasing the likelihood that Supreme Court judges will hold views not too different from those of the people's representatives, the Senate can reduce the tension between the institution of judicial review and democratic government».

si esponenti del giudiziario⁶⁰, per i quali la nomina diretta ad inserire un giudice che possa contribuire a determinare un certo indirizzo giurisprudenziale, specialmente nella Corte Suprema, risponde a un'esigenza di carattere sistematico della democrazia americana⁶¹.

Il nesso che lega il tasso di politicità della procedura di nomina alla *judicial review* che ne è l'ultima espressione è argutamente sottolineato dal prof. Yoo, che – sia detto tra parentesi – sarebbe poi salito agli onori delle cronache come autore, per l'Amministrazione Bush con cui collaborava, dei famigerati *torture memos*, che suggerivano la legalità delle tecniche che saranno poi tristemente impiegate nella *war on terror*. Secondo Yoo, che prima della disavventura era un promettente giurista con la cattedra a Berkeley, la Corte Suprema aveva contribuito alla politicizzazione delle nomine giudiziarie. La stessa, infatti, se avesse optato per una posizione dipartimentalista, si sarebbe orientata verso un più spiccato *self restraint* nelle questioni di separazione tra i poteri; al contrario, prediligendo la dottrina della *judicial supremacy*⁶², che – come suggerisce il nome – l'ha portata a estendere a dismisura i confini della *judicial review*, essa ha finito per trasferire nell'alveo della sua sfera di attribuzione settori della politica che sarebbero spettati, secondo questa prospettiva, al legislativo⁶³. Di conseguenza per gli elettori, che non potrebbero più perseguire le loro istanze attraverso il canale della rappresentanza

⁵⁹ T. J. PERETTI, *In Defense of a Political Court*, cit., p. 84: «the link between the value premises of a Justice's selection and then the value premises of her subsequent decisions is significant and consequential and constitutes an indirect form of political representation».

⁶⁰ Si veda in questo senso l'opinione del *Chief Justice* W. REHNQUIST, *The Supreme Court* 236 (1987): «When a vacancy occurs on the Court, it is entirely appropriate that that vacancy be filled by the President, responsible to a national constituency, as advised by the Senate, whose members are responsible to regional constituencies. Thus, public opinion has some say in who shall become judges of the Supreme Court».

⁶¹ H. P. MONAGHAN, *The Confirmation Process*, cit., p. 1207: «I am clear that appointments can properly be made with an explicit design to reverse established constitutional doctrine, as Franklin Delano Roosevelt's first appointments did». Si tratta di un approccio che comunque rischia di delegittimare la Corte secondo B. A. ACKERMAN, *Transformative Appointments*, cit., p. 1166.

⁶² Sulle due dottrine alternative, vedi *infra*.

⁶³ J. C. YOO, *Choosing Justices: A Political Appointments Process and the Wages of Judicial Supremacy*, cit., p. 1461: «Judicial supremacy changes the constitutional structure in a way that leads to the more political appointments process that we have today».

congressuale, diverrebbe giocoforza agire, tramite gli organi elettivi, sulle nomine giudiziarie⁶⁴. Viceversa, conclude Yoo, sulla base di una dottrina che conservasse ad ogni Dipartimento il compito di interpretare autonomamente e per i propri fini la Costituzione, si potrebbe introdurre un sistema di nomine giudiziarie più orientato a valutazioni meno politicamente discrezionali⁶⁵. Naturalmente vale anche il contrario: se i giudici sono selezionati sulla base di un procedimento che consente, in conformità alla Costituzione, di tener conto del loro orientamento politico, allora è la stessa Costituzione che li avvicina agli attori politici, incoraggiando, in un percorso circolare, le interferenze sinora descritte⁶⁶.

Il ragionamento di Yoo, tuttavia, mi pare provare troppo. Se la ricostruzione proposta nello scorso capitolo è corretta, infatti, in un sistema come quello nordamericano, l'inserimento del potere giudiziario all'interno del meccanismo dei *checks and balances* rende il problema della politicizzazione delle nomine giudiziarie da un lato e della *judicial review* dall'altro non una questione di *an*, bensì soltanto di *quantum*.

2. La *elevation* a posizioni superiori: la “carriera” del giudice americano.

A differenza di ciò che avviene in molti ordinamenti dell'Europa continentale, nel sistema costituzionale americano il giudiziario è concepito come un ordine professionale e non come una burocrazia di carriera, sicché le sole garanzie di indipendenza costituzionalmente esplicitate so-

⁶⁴ J. C. YOO, *Choosing Justices*, cit., p. 1462: «Once individuals and groups cannot turn to their elected representatives or even to their own efforts at direct action to promote their constitutional visions, they must turn to the appointments process to change the direction of the Supreme Court».

⁶⁵ J. C. YOO, *Choosing Justices*, p. 1462 e 1463: «Under a theory of coordinate constitutional review, in which each branch of government interprets the Constitution in the course of executing its own duties, a President and Senate can focus upon appointing judges who demonstrate the qualities of outstanding lawyers».

⁶⁶ K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 12: «the notion that federal judges are political actors is [...] also an inference positively encouraged by the process of judicial appointment».

no quelle relative alla *life tenure* e al salario. Non esistendo infatti una carriera giudiziaria da amministrare, non sono previsti organi di autogoverno che, come il nostro Csm, sono chiamati ad assicurare che gli avanzamenti dei magistrati sfuggano a forme di controllo politico. In altre parole, negli Stati Uniti, l'assenza di garanzie specifiche a tutela della carriera dei giudici si spiega semplicemente perché il giudice americano, il quale è nominato a vita per ricoprire un certo ufficio, non ha (*rectius* non dovrebbe avere) una carriera⁶⁷.

A mettere in predicato la validità di una simile premessa concorrono tuttavia alcuni eloquenti dati empirici che dimostrano molto chiaramente l'esistenza di una sorta di carriera giudiziaria *de facto*, che è peraltro un fenomeno in progressiva espansione sia a livello statale che a livello federale.

Come si desume dalla tabella Tab 4, dei 112 giudici che hanno sinora composto la Corte Suprema ben 30 provenivano dai ranghi inferiori del giudiziario federale e 21 da quello statale⁶⁸. Inoltre, la tendenza a nominare giudici della Corte suprema tra i giudici d'appello è

Tab. 4 Posizioni ricoperte dai giudici della Corte Suprema al momento della nomina

Giudiziario federale	30
Libera Professione	25
Esecutivo	22
Giudiziario statale	21
Senatori federali	6
Governatori statali	3
Deputati federali	2
Professori	2
Impiegati pubblici	1
Totale	112

Fonte: D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 35, dati aggiornati alla nomina del giudice Kagan.

⁶⁷ Sulla distinzione tra i due modelli di selezione giudiziaria, si vedano: M. L. VOLCANSEK, *Appointing Judges the European Way*, in *Fordham Urban Law Journal*, n. 34/2007, p. 363 ss.; K. J. MITCHELL, *Neither Purse Nor Sword: Lessons Europe Can Learn From American Courts' Struggle For Democratic Legitimacy*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, n. 38/2006-2007, p. 653 ss.; C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2002. Sulla relazione tra modello professionale o burocratico e sistema di selezione, si veda J. RESNIK, *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure*, in *Cardozo Law Review*, n. 26/2005, p. 579 ss. Quanto in particolare alla garanzia dell'*impeachment* e della *life tenure*, si veda il prossimo paragrafo (§ 2.II.3). Quanto al sistema delle garanzie nell'ordinamento italiano, organizzato con un giudiziario di tipo burocratico, la letteratura è sterminata ma qui sia sufficiente indicare due soli testi classici: BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964; PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Milano, 1990.

⁶⁸ La somma dei due contingenti, quello del numero dei giudici provenienti dai gradi inferiori del giudiziario federale e quello del numero dei giudici prove-

per lo più in forte crescita⁶⁹. Anche con riferimento ai giudiziari degli stati, più dei due terzi dei giudici delle Corti Supreme Statali proviene dai ranghi inferiori del giudiziario⁷⁰.

A parte la Corte Suprema, che ormai da decenni è composta (salvo la recente eccezione della nomina di Elena Kagan da parte del Presidente Obama) solo da membri con precedente esperienza giudiziaria, si può facilmente riscontrare che, tra il 1946 e il 1995, il 43,6% delle nomine giudiziarie per le Corti d'Appello federali fu tratto dai giudici di distretto⁷¹. Tra il 1990 ed il 2004, la percentuale di nomine nel giudiziario federale tratte dai giudiziari statali era già salita al 29%⁷². Uno studio sulle nomine effettuate dal Presidente Clinton dimostra che circa un terzo di quelle da lui decise per le Corti di Distretto e per quelle d'Appello avvennero tra soggetti già appartenenti al giudiziario (mentre un altro terzo proveniva dai pubblici ministeri)⁷³.

I dati raccolti dai politologi, ancorché ancora frammentari⁷⁴, attestano dunque che non si può più parlare di assenza di una carriera giudi-

nienti dai giudiziari statali, è però problematica. I due livelli di giudiziario devono essere infatti considerati separati, cosicché la selezione di giudici federali tra i giudici statali non va a detrimento della separazione del giudiziario federale dagli organi del legislativo e dell'esecutivo in senso stretto, semmai potrebbe essere vista come una fonte di condizionamento federale sui giudiziari statali (il giudice statale potrebbe cioè essere tentato di decidere in ottemperanza ai desiderata del Presidente in carica o comunque di un certo partito per ingraziarsi la nomina nel giudiziario federale).

⁶⁹ R. F. NAGEL, *Unrestrained. Judicial Excess and the Mind of the American Lawyer*, New Brunswick (N.J.) – London, 2008, p. 18, parla di «strong tendency to select nominees from federal courts of appeal (eleven of the last thirteen nominees served in this capacity)». Secondo D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., pp. 34 s., «A disproportionate number of justices are appointed from prominent positions in the lower federal and state courts, especially in the last thirty years».

⁷⁰ L. BAUM, *American courts: Process and policy*, V ed., Boston, 2001. Lo studio si riferisce a dati del 2000.

⁷¹ E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R. A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 479.

⁷² K. A. BRATTON, R. L. SPILL, *Moving Up the Judicial Ladder*, cit., p. 213.

⁷³ S. GOLDMAN, E. E. SLOTNICK, *Clinton's Judicial Legacy*, cit., p. 244 ss.

⁷⁴ E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R. A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 478: «there is virtually no systematic knowledge regarding the career path of federal judges».

ziaria negli Stati Uniti, tant'è che alcuni esponenti della dottrina ormai definiscono il percorso professionale dei giudici con l'espressione «career path»⁷⁵. Per la stessa ragione, con riferimento alla scelta dei giudici della Corte Suprema, si è arrivati ad individuare il requisito della «prior judicial experience»⁷⁶ e ad affermare che i giudici distrettuali sono i favoriti nel processo di selezione per le nomine nelle corti d'appello⁷⁷.

A livello federale, l'incremento del peso della precedente esperienza quale membro del giudiziario nella scelta dei giudici da assegnare alle giurisdizioni superiori risulterebbe, secondo alcuni studi, all'amministrazione di Jimmy Carter⁷⁸. Alcuni studiosi, tuttavia, preferiscono retrodatare la genesi di questa prassi al Presidente Eisenhower⁷⁹, il quale l'avrebbe introdotta

⁷⁵ E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNING AND, R. A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 478.

⁷⁶ Si veda sul punto L. EPSTEIN, J. KNIGHT, A. D. MARTIN, *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court*, in *California Law Review*, n. 91-4/2003, p. 909, secondo cui, molto semplicemente, «a norm of prior judicial experience exists». Considerazioni analoghe erano state fatte fin da J. R. SCHMIDHAUSER, *The Justices of the Supreme Court: A Collective Portrait*, in *Midwest Journal of Political Science*, n. 3/1959, p. 1 ss.

⁷⁷ Secondo D. A. YALOF, *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, 1999, p. 170, «federal circuit court judges have become the “darlings” of the selection process».

⁷⁸ Si vedano in proposito: K. A. BRATTON, R. L. SPILL, *The Nomination of State Supreme Court Justices to the Federal Courts*, cit., p. 198; L. BAUM, (1998). *American courts: Process and policy*, cit.; S. GOLDMAN, *Picking federal judges: Lower court selection from Roosevelt through Reagan*, New Haven (CT), 1997; L. EPSTEIN, J. KNIGHT, A. D. MARTIN, *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court*, cit., p. 906: «For at least three decades, those charged with nominating and confirming Supreme Court justices seem to be following a norm of prior judicial experience – one that makes previous service on the (federal) bench a near prerequisite for office»; S. GOLDMAN, E. SLOTNICK, G. GRYSKI, G. ZUK, *Clinton's judges: Summing up the legacy*, in *Judicature*, n. 84-5/2001, p. 228 ss.

⁷⁹ L'abitudine di nominare i gradi superiori del giudiziario elevando giudici da quelli inferiori risulterebbe agli anni Cinquanta secondo L. EPSTEIN, J. KNIGHT, A. D. MARTIN, *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court*, cit., p. 909 s. Ciò avrebbe senso, perché proprio in quel periodo, secondo quanto riferito da J. R. SCHMIDHAUSER, *The Justices of the Supreme Court*, cit., p. 41, la sentenza *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, (1954), ricorrendo largamente agli studi sociologici per supportare la tesi della desegregazione, avrebbe per reazione indotto il Presidente Eisenhower a selezionare «men who [would] base decisions... upon “law,” not “sociology”». Si

proprio allo scopo di non dare l'impressione di una eccessiva politicizzazione delle nomine, che si era aggravata sotto le presidenze di Roosevelt e Truman⁸⁰. La regola di condotta introdotta a un certo punto per separare maggiormente il giudiziario dalla politica attesta dunque l'esistenza di una qualche insoddisfazione rispetto ad un sistema di selezione dei giudici che la stessa Costituzione americana ha voluto assegnare a organi di estrazione popolare. Tale regola ha avuto in qualche misura successo, dato che autorevoli studi dimostrano che il numero di giudici federali con precedente esperienza politica, che fino alla Guerra Civile costituivano la quasi totalità del giudiziario, è calato vertiginosamente, al punto che oggi essi sono all'opposto quasi del tutto assenti⁸¹.

Ciò non deve però far pensare che la progressiva affermazione di questo criterio di selezione porti *sic et simpliciter* a favorire una più netta separazione del potere giudiziario dagli altri. Al contrario, la diffusione del "metodo Eisenhower" ha prodotto, come si è visto, la sopravvenienza di una forma empirica di carriera giudiziale comunque soggetta alle valutazioni politico-ideologiche che sono tipiche del procedimento di nomina giudiziale previsto dall'Art. II, sez. 2, della Costituzione americana⁸². Ma

veda anche S. GOLDMAN, *Picking Federal Judges*, cit., p. 115, che attribuisce ad Eisenhower l'avvio della prassi ma per ragioni diverse.

⁸⁰ Secondo L. BAUM, *The Supreme Court*, VII ed., Washington (D.C.), 2001, p. 42 e 43, Eisenhower avrebbe preso tale decisione proprio con lo scopo di facilitare nomine che premiassero i giuristi più capaci, più qualificati ed anche più apprezzabili dal punto di vista morale.

⁸¹ Per i dati si veda L. EPSTEIN, J. KNIGHT, A. D. MARTIN, *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court*, cit., p. 930 ss. Come detto nel testo, quanto alla Corte Suprema, con l'unica recente eccezione della nomina di Elena Kagan, proveniente dalla stessa amministrazione del Presidente Obama presso la quale rivestiva la carica di *Solicitor General*, dopo essere stata *Dean* della Facoltà di legge ad Harvard, dal 1971 nessun Presidente ha nominato un giudice senza previa esperienza giudiziaria. Dalla nomina di Harold Burton nel 1945 non è più stato nominato alcun membro proveniente dalle file del legislativo. Prima della Kagan l'ultimo a provenire dall'esecutivo è stato il giudice Goldberg nel 1962. L'ultimo a provenire direttamente dalla professione privata fu Lewis Powell nel 1971. Per i dati riferiti, da me aggiornati al settembre 2012, vedi L. EPSTEIN, J. KNIGHT, A. D. MARTIN, *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court*, cit., p. 906).

⁸² In effetti, come sottolineano E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R. A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 479, si deve tener conto che la «elevation is a function of the judge's ideological compatibility with the sitting president».

vi è di più. La nomina a giudice delle giurisdizioni superiori di un soggetto già membro del giudiziario presta il fianco più di tutte le altre alla valutazione politica, poiché lo staff del Presidente può facilmente consultare la giurisprudenza di quel giudice per testare la sua affidabilità politica proprio sul piano dell'orientamento giurisdizionale che il prescelto sarà chiamato a portare con sé nel nuovo incarico, soprattutto con riferimento all'attività di *judicial review*⁸³. Ciò potrebbe facilmente produrre, nel giudice che intenda fare carriera, la propensione ad assecondare gli indirizzi dell'organo del potere politico capace di determinarne la promozione. Quest'ultimo non è soltanto incarnato dal Presidente, cui pure spetta l'individuazione dei soggetti da "elevare" alle giurisdizioni superiori, ma è rappresentato altresì dal Senato, dal quale dipende il buon esito della procedura di nomina, e molto spesso anche dai singoli senatori. Al riguardo, è stato dimostrato che la prassi della *senatorial courtesy* è accentuata proprio nei casi in cui la nomina segni un avanzamento di carriera, circostanza che rappresenta un forte incentivo per il giudice ad essere ben visto dai senatori dello stato interessato⁸⁴.

Nella valutazione delle credenziali non professionali che il candidato alla promozione deve vantare, gli studi politologici dimostrano poi che esiste una netta prevalenza dell'elemento partitico⁸⁵ rispetto a quello più

⁸³ E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 479: «elevating district court judges to fill appeals court vacancies can be an attractive strategy since often there will be more relevant information about a district court judge than other types of potential nominees». La tecnica sarebbe già stata utilizzata da Eisenhower secondo H. J. ABRAHAM, *Justices, Presidents, and Senators. A History of Us Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*, IV ed., Lanham (MD), 1999, p. 191.

⁸⁴ E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 487, precisano che, con riferimento al processo di *elevation*, «while the preferences of the entire Senate do not seem to affect the likelihood of a given judge being elevated, the preferences of the two home state senators do play a role». Gli autori precisano inoltre che «the prospects for elevations are poor for all judges within a state represented by senators who are ideologically distant from the president». Infine, occorre considerare che la prospettiva di carriera è tutt'altro che remota dal momento che si stima che più del 10% dei giudici di distretto viene promosso nelle Corti d'Appello (p. 485).

⁸⁵ E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 478: «Regarding elevation to an appeals court, a district court judge is in "competi-

genericamente politico-ideologico⁸⁶, circostanza che, ovviamente, finisce per comportare un'erosione ancora maggiore della barriera ideale che si vorrebbe innalzare a salvaguardia della separazione del giudiziario dagli altri poteri politici, posto che il vincolo partitico è, senza dubbio alcuno, estremamente più stringente, sul piano istituzionale, di qualsiasi altro fattore ideologico.

Nonostante l'evidente criticità di questi profili, in relazione ai temi della separazione e dell'indipendenza del giudiziario, i principali studi in materia si sono prevalentemente occupati di aspetti diversi, come ad esempio quello della scarsa «career diversity» all'interno del giudiziario federale⁸⁷, ossia alla necessità di salvaguardare un'estrazione variegata dal punto di vista sociale culturale e professionale del personale giudicante, mentre minore attenzione è stata riservata tanto al problema della malleabilità della carriera giudiziale da parte del potere politico⁸⁸ quanto a

tion" with other district court judges, particularly those of the same party, in his or her state and circuit. There is a partisan component to this competition because [...] presidents will rely heavily on partisan cues when elevating a district court judge. Democratic appointees, for example, are primarily competing with other Democratic appointees, not their Republican colleagues».

⁸⁶ Con lo scopo di evidenziare la decisività dell'elemento partitico su quello politico-ideologico E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R. A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 487, dimostrano che «A Republican appointee with a highly liberal decision record is less likely to be elevated by a Democratic president than a Democratic appointee with a highly conservative record as a district court judge».

⁸⁷ L. EPSTEIN, J. KNIGHT, A. D. MARTIN, *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court*, cit., p. 903 ss., che inoltre riferiscono, p. 907, che lo stesso Chief Justice Rehnquist lamentava che un tempo i giudici fossero «drawn from a wide diversity of professional backgrounds» come era stato il caso dei grandi giudici Brandeis, Harlan o White.

⁸⁸ Si veda, a titolo esemplificativo e con riguardo ad un caso risulante, P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, in *Stanford Law Review*, n. 22-3/1970, p. 594: «The malleability of ambitious judges is evidenced by the case of Judge Sanborn of the eighth circuit, who in 1907 was being considered as a Supreme Court nominee by President Roosevelt. Hearing of Roosevelt's concern that his interpretation of the commerce clause might be too narrow, Judge Sanborn changed his views and became almost eloquent in describing the breadth of the commerce clause». Si veda poi L. B. DUBECK, *Understanding "Judicial Lockjaw": The Debate over Extrajudicial Activity*, in *New York University Law Review*, n. 82/2007, p. 582 s.: «extrajudicial positions may motivate Justices to decide cases in pursuit of a political office, and this concern has a long historical pedigree. [...] Furthermore, this concern applies with equal force to promotion within the judiciary – judges may de-

quello speculare della condotta potenzialmente compiacente verso gli esponenti di detto potere da parte del giudice desideroso di una “promozione”⁸⁹. La stessa voce critica del *Chief Justice* Rehnquist, che denunciava i rischi connessi all’abitudine di trarre i giudici della Corte Suprema dai membri delle giurisdizioni inferiori, sebbene incentrata sui pericoli di perdita di autonomia ed indipendenza del giudiziario, non segnalava la preoccupazione che tale modalità di selezione potesse sofisticare il libero convincimento dei giudici al fine di compiacere gli organi politici da cui la promozione può provenire. Ciò che determinava la preoccupazione del *Chief Justice* Rehnquist era piuttosto la circostanza che un tale sistema di selezione avrebbe comportato un avvicinamento del giudiziario americano a quelli di *civil law*, tradizionalmente meno indipendenti, perché la natura burocratica di quegli ordini giudiziari mancherebbe del prestigio che contorna quello americano, proprio per l’abitudine di trarre i giudici tra i giuristi che, nel corso di una lunga esperienza nel settore privato, abbiano avuto occasione di dimostrare la propria eccellenza. In questo modo si spiega la sua opinione per cui tale nuova prassi di selezione giudiziaria avrebbe condotto il giudiziario americano a «too much resemble the judiciary in *civil law* countries», i quali «simply do not command the respect and enjoy the *independence* of ours»⁹⁰.

cide a case in pursuit of a judicial promotion – and this concern is present even though no extrajudicial conduct is involved». Sul punto, si veda anche A. M. BICKEL, *Politics And The Warren Court*, I ed., New York, 1965, p. 30.

⁸⁹ E. C. SAVCHAK, T. G. HANSFORD, D. R. SONGER, K. L. MANNINGAND, R A. CARP, *The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, cit., p. 478: «For lower federal court judges in the United States, the possibility of moving to a higher court may also lead to strategic behavior. If ambitious judges are able to enhance their likelihood of being elevated to a higher court by deciding cases in a manner congruent with the preferences of the president in office, then this is an important means by which judges might be influenced by external political concerns». Gli autori, p. 481, ipotizzano poi che «judges build up records that indicate their expressed policy preferences».

⁹⁰ W. H. REHNQUIST, *Year-End Report on the Federal Judiciary*, disponibile all’indirizzo internet <http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/year-end/2001year-endreport.html> (1 gennaio 2002).

3. La cessazione dalla carica: *impeachment* e dimissioni.

Rimanendo nell'ambito dell'analisi delle possibili interferenze riscontrabili fra potere politico e giudiziario (in un'ottica, come si vedrà, per certi versi anche bidirezionale, nel senso che anche i giudici sono talora in grado di condizionare le nomine a fini partitici o politico-ideologici), così come ammesse, o anche solo permesse, dalla Costituzione degli Stati Uniti, risulta ora utile incentrare l'attenzione sulle dinamiche causali che possono portare alla cessazione della carica dei giudici.

Al di là dell'ipotesi della morte, intrinsecamente connessa alla garanzia della *life tenure*, vengono qui in particolare in considerazione la procedura di *impeachment* e la possibilità di rassegnare volontariamente le dimissioni.

L'*impeachment*, cioè il procedimento di "giustizia politica" attraverso il quale anche un giudice, così come ogni *civil officer*⁹¹, può essere rimosso dalla propria carica, costituisce un meccanismo tipico di controllo previsto dalla Costituzione statunitense. Di fatto, questo strumento rappresenta l'unica modalità contemplata per la rimozione di un giudice, ancorché in dottrina si discuta la possibilità di ipotizzarne altri⁹².

All'indomani del varo della Costituzione statunitense, la reale portata dell'istituto, in attesa delle sue concrete declinazioni a livello applicativo, prestava il fianco a diverse interpretazioni, denunciando gli innati caratteri di ambiguità dello stesso⁹³. Da un lato, nella previsione

⁹¹ U. S. Const. Art. II, Sec. 4: «The President, Vice-President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors».

⁹² S. PRAKASH, S. D. SMITH, *How to Remove a Federal Judge*, in *Yale Law Journal*, n. 116/2006, p. 72 ss., sostengono che il Congresso potrebbe ottenere la rimozione di un giudice anche citandolo di fronte ad una corte per non essersi attenuto al principio del *good behavior*, che, come noto, rappresenta il parametro che fissa il limite della sua rimovibilità. Tuttavia, la convinzione dominante è quella che l'*impeachment* sia l'unico strumento disponibile. In questo senso di vedano: J. E. PFANDER, *Removing Federal Judges*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 74/2007, p. 1230 ss., e M. H. REDISH, *Good Behavior, Judicial Independence, and the Foundations of American Constitutionalism*, in *Yale Law Journal*, n. 116/2006, p. 139 ss.

⁹³ È noto infatti che l'*impeachment* è un istituto che, con riferimento alla responsabilità dei membri dell'esecutivo, da strumento penale si era trasformato in strumento volto a concretizzare il sorgere della responsabilità politica dei ministri nell'esperienza inglese. L'ambiguità dell'istituto ne consentì dunque una trasformazione radicale in Inghilterra, come illustrato da M. OLIVIERO, *L'Impeachment. Dalle*

dell'esercitabilità di siffatto meccanismo di controllo anche nei confronti del potere giudiziario, si sarebbe potuta vedere la volontà di accentuare il ruolo dei giudici quali "soggetti politici". Da tale qualificazione, che derivava *in primis* già dalle modalità prescelte per la loro nomina⁹⁴, si sarebbe potuto desumere che lo strumento potesse essere utilizzato per far valere una responsabilità politica del giudice, come necessario *pendant* delle modalità della sua selezione. Sulla base di ciò, un utilizzo massiccio di siffatto istituto avrebbe potuto comportare evidenti ripercussioni sul libero arbitrio dei giudici nel prendere decisioni "politicalmente sensibili". Dall'altro lato, una sua applicazione pratica alquanto circoscritta avrebbe fatto sì che l'istituto si mostrasse come strumento di garanzia della *life tenure*, evitandone un'applicazione con marcate connotazioni politiche in modo da non lasciare uno spazio eccessivamente ampio di ingerenza del Congresso nei confronti del giudiziario, con l'esito più probabile di assicurare una maggior separazione del potere giudiziario dagli altri *departments*, mettendolo così in condizione di giocare con effettività il proprio ruolo all'interno del sistema dei *checks and balances*.

A ben vedere, queste due diverse possibili letture sottendono differenti accezioni e graduazioni della dottrina nel modo di intendere la separazione dei poteri, oltre che sul piano teorico, nella declinazione pratica della stessa. Entrambe, però, possono considerarsi almeno astrattamente compatibili con la versione americana della separazione dei poteri che

origini inglesi all'esperienza degli Stati Uniti d'America, Torino, 2001, p. 19 ss., il quale, p. 21, nota 49, afferma che già nel XVII secolo «Il modello di impeachment che si andava [...] man mano delineando iniziò ad assumere connotati che si discostavano significativamente da quello schema originario di "procedimento penale speciale" da cui l'istituto aveva preso le mosse», fino a trasformarsi in «uno strumento di lotta politica», gettando «le basi per la nascita di una vera e propria forma di responsabilità politica dei ministri del Re nei confronti del Parlamento» (p. 22). La trasformazione dell'*impeachment* in strumento di responsabilità politica dei ministri è largamente affermata nella dottrina inglese e italiana. In proposito si vedano: E. C. S. WADE, A. W. BRADLEY, *Constitutional Law*, Londra, 1965, p. 311, e A. BARBERA, C. FUSARO, *Il governo delle democrazie*, Bologna, 2001, p. 24: «Nato come strumento giurisdizionale, l'impeachment comincia ad essere utilizzato per far valere una responsabilità non solo penale o prevalentemente penale ma, al contrario, essenzialmente politica, nei confronti dei ministri del re sgradiati agli organi della rappresentanza. [...] E' questa la genesi di quello che poi si sarebbe chiamato rapporto fiduciario». Come si vedrà, nell'esperienza americana, l'*impeachment*, tanto rispetto ai giudici quanto rispetto anche alle altre cariche dell'esecutivo, *in primis* lo stesso Presidente, non subirà analoga trasformazione.

⁹⁴ Si veda *supra*, § 2.II.1.

enfattizza la capacità dei tre poteri di bilanciarsi reciprocamente. L'una enfattizza il ruolo politico del giudiziario nel sistema della democrazia americana, concettualizzando siffatto meccanismo di controllo, squisitamente politico, come uno strumento ben innestato nel complesso sistema di *checks and balances*. L'altra richiede che il Congresso utilizzi lo strumento *cum grano salis*, proprio per consentire che il potere giudiziario non resti subordinato a quello legislativo, il che impedirebbe ogni equilibrio tra i poteri. Naturalmente, una diversa interpretazione della dottrina della separazione dei poteri, che enfattizzasse la dimensione di neutralità politica del giudice (come nel caso del nostro ordinamento così come di quelli europei in generale), il quesito dovrebbe ritenersi risolto senza dubbio. L'assenza di una dimensione politica nella selezione in ingresso, infatti, esclude che possa sorgere in ogni caso un problema circa una responsabilità politica del giudice in uscita, in ossequio ad un'ottica di maggiore "rigidità", che determina una più grande diffidenza per ogni tipo di invasione delle attribuzioni del potere giudiziario da parte dei poteri politici o di governo⁹⁵.

L'ambivalenza dell'istituto, che avrebbe potuto condurre ad esiti affatto diversi fra loro a seconda della sua concreta applicazione pratica, emerge anche dalle parole di John Ely, secondo il quale esso sarebbe potuto diventare «*an effective mode of controlling decision*»⁹⁶. D'altra parte, il rischio che l'effettiva applicazione della procedura di *impeachment*, in generale e non solo nei confronti dei giudici, potesse risultare eccessivamente influenzata da ragioni politiche, era stato esplicitamente riconosciuto sin dal momento dell'introduzione della sua previsione, ed ancor prima della ratifica della stessa Costituzione⁹⁷.

Rilevanti sul punto, in particolare per comprendere il reale grado di politicità con cui è stato dapprima inteso e successivamente effettivamente esercitato questo potere di controllo, risultano essere le vicende politi-

⁹⁵ Anticipo così una conclusione, per la quale si veda *infra*, § 4.2.2.

⁹⁶ J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), 1980, p. 46.

⁹⁷ Si veda in proposito il saggio n. 65 di A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, Bologna, 1997 (1787-1788), p. 543 ss. La concretizzazione di questi timori venne successivamente rimarcata da Thomas Jefferson che ebbe modo di scrivere a James Madison come la messa in stato di accusa non apparisse tanto uno strumento di "giustizia", quanto di "passione": a tal proposito si veda G. L. HASKINS, H. A. JOHNSON, *Foundations of Power: John Marshall, 1801-15*, New York, 1981, p. 207.

co-istituzionali che investirono, nei primi anni del 1800, rispettivamente John Pickering, già *Chief Justice* della *New Hampshire Superior Court of Judicature* e poi giudice della *United States District Court for the District of New Hampshire*, e Samuel Chase, l'unico *justice* della Corte Suprema statunitense ad essere mai stato messo formalmente in stato d'accusa.

Tanto l'instaurazione, quanto l'esito della procedura di *impeachment* nei confronti del giudice di fede partitica federalista Pickering, accusato di *drunkenness* e *unlawful rulings*, in quella che ha costituito la prima messa in stato di accusa di un giudice negli Stati Uniti, sembrarono da subito deporre a favore della considerazione di tale istituto quale mezzo usufruibile per controllare, ed eventualmente rimuovere, giudici federali politicamente sgraditi. A conclusione dell'intero iter procedurale, che era stato avviato dai repubblicani jeffersoniani alla Camera dei Rappresentanti, e si era concluso con l'accoglimento in Senato di tutte le accuse mosse a suo carico, John Pickering venne rimosso dal proprio ufficio nel marzo del 1804⁹⁸.

Ma ancor più significativi, poiché in grado di influenzare fortemente il modo stesso di intendere l'istituto in esame, dando il via al processo di "spoliticizzazione" dello stesso sul piano concreto, si dimostrano essere gli avvenimenti che travolsero nel medesimo torno di anni Samuel Chase. Questi, tralasciando completamente lo svolgimento dei propri compiti giudiziari, si era speso attivamente nella campagna elettorale a favore di John Adams, oltre che per l'approvazione degli odiosi *Alien and Sedition Acts*. Il compimento di tali attività esplicitamente partigiane indusse la Camera a sottoporlo ad *impeachment* per ragioni partitiche – di fondo forse non troppo dissimili da quelle che avevano sotteso l'instaurazione del medesimo procedimento nei confronti di Pickering – ma, nonostante tutto, in Senato non venne poi raggiunto il *quorum* richiesto per la rimozione⁹⁹. In conseguenza di questi avvenimenti, Thomas Jefferson (che aveva sconfitto il Presidente in carica Adams nella corsa alla Casa Bianca, della quale proprio quest'ultimo fu il primo inquilino essendovisi trasferito, sul finire del proprio mandato, nel novembre del

⁹⁸ Per un'analisi maggiormente puntuale di questa vicenda, anche in riferimento alle sue connotazioni politiche, si veda L. W. TURNER, *The Impeachment of John Pickering*, in *American Historical Review*, n. 54/1949, p. 485 ss.

⁹⁹ Si veda in proposito I. DILLIARD, *Samuel Chase*, in L. FIREDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. I, New York, 1969, p. 193 ss.

1800) aveva avuto modo di qualificare lucidamente e significativamente l'istituto quale «an impracticable thing» e «a mere scarecrow», ossia un mero spaventapasseri¹⁰⁰.

L'individuazione nelle vicende del caso Chase di un momento chiave nella ridefinizione del ruolo costituzionale dei giudici americani è stata ampiamente sottolineata dalla dottrina statunitense¹⁰¹, anche se non univoche sono state le interpretazioni date riguardo alla sua effettiva portata. Secondo alcuni l'*impeachment* avrebbe rappresentato «the end of partisan activity by judges», mentre secondo altri quell'evento sarebbe stato indicativo di «new societal expectations about appropriate judicial behavior»¹⁰². La sensazione predominante è comunque quella che vede nell'esito del procedimento nei confronti di Samuel Chase, e nelle sue conseguenze, una sorta di soluzione di compromesso, a norma della quale i giudici non sarebbero più dovuti essere messi in stato d'accusa per ragioni politiche, ma allo stesso tempo i medesimi giudici avrebbero dovuto evitare di rendersi protagonisti di comportamenti così apertamente partigiani, pur nella consapevolezza di una loro inevitabile personale visione ideologica di parte¹⁰³.

L'analisi storica dell'utilizzo dell'istituto sembra avallare tale impostazione, perlomeno nella parte che nega la possibilità dell'utilizzo dell'*impeachment* quale meccanismo di controllo politico, forse meno per l'aspetto che richiede ai giudici di astenersi da comportamenti eccessivamente politicizzati. Del resto, la prima conclusione appare conforme con la dottrina dei *checks and balances*, mentre la seconda si trova alla fine in contraddizione con il processo politico di selezione dei giudici, che, come notato, ha un chiaro e preciso fondamento costituzionale. Al di là di asettiche considerazioni meramente teoriche, lo studio relativo

¹⁰⁰ D. M. O'BRIAN, *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, IX ed., New York – London, 2011, p.106.

¹⁰¹ Si veda ad esempio K. E. WHITTINGTON, *Reconstructing the Federal Judiciary: The Chase Impeachment and the Constitution*, in *Studies in American Political Development*, n. 9/1995, p. 112.

¹⁰² L. B. DUBECK, *Understanding "Judicial Lockjaw": The Debate over Extrajudicial Activity*, in *New York University Law Review*, n. 82-2/2007, p. 591, nota 112.

¹⁰³ L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, 1973, p. 116; R. ELLIS, *The Impeachment of Samuel Chase*, in M. R. BELKNAP (a cura di), *American Political Trials*, Westport (CT), 1994, p. 71; R. B. LILLICH, *The Chase Impeachment*, in *American Journal of Legal History*, n. 4/1960, p. 71 s., citati in L. B. DUBECK, *Understanding "Judicial Lockjaw"*, cit., p. 591, nota 112.

all'effettiva applicazione nel corso degli anni dell'*impeachment* nei confronti dei giudici americani, sembra comunque permettere di sostenere come esso non costituisca *de facto* un meccanismo concretamente utilizzabile per effettuare un controllo politico sul giudiziario da parte degli altri due dipartimenti. Questo dato risulta indirettamente confermato anche dal dibattito dottrinale sviluppatosi relativamente all'utilizzo del *court packing*¹⁰⁴, considerabile in quest'ottica come mezzo di intromissione politica alternativo all'*impeachment*, confermando l'estrema difficoltà, se non la quasi impossibilità, di ricorrere all'uno come all'altro dei due strumenti di ingerenza¹⁰⁵. Come emerge dalla tabella Tab. 5, i dati numerici risultano essere molto significativi: ad oggi (solo) quarantasette giudici federali hanno subito procedure di *impeachment*, (solo) quindici sono stati processati dal Senato e (solo) otto sono stati condannati e dunque rimossi¹⁰⁶. Metà delle condanne risalgono per la verità all'ultimo ventennio, il che potrebbe attestare un certo *revival* dell'istituto¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Per cui si veda *infra*, § 2.II.4.

¹⁰⁵ Si veda S. J. ERVIN, JR., *Separation of Powers: Judicial Independence*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 35-1/1970, p. 119 s.

¹⁰⁶ D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 106.

¹⁰⁷ In riferimento a questi dati si rendono necessarie alcune annotazioni. Anzitutto essi risultano non costanti in ogni fonte disponibile, per ragioni che non ho potuto appurare (si confronti, ad esempio, M. E. DE FRANCISCIS, M. L. VOLCANSEK, *La responsabilità e l'indipendenza del giudice in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America*, in *Innovazione e Diritto*, n. 5/2007, p. 20 (anche in www.innovazionediritto.unina.it), con R. B. GINSBURG, *Remarks on Judicial Independence: The situation of the US Federal Judiciary*, in C. SAUNDERS, K. LE ROY (a cura di), *The Rule of Law*, Leichhardt (New South Wales, Australia), 2003, p. 65). Il ricorso allo strumento dell'*impeachment* nei confronti dei giudici federali, pur risultando nel suo utilizzo generale molto circoscritto, ha risentito di un andamento che potremmo definire "ciclico", come risulta evidente dalla Tab. 5, che ha ad esempio portato alla condanna ed alla rimozione di ben tre giudici in soli tre anni negli anni Ottanta del Novecento, come rilevato da M. E. DE FRANCISCIS, M. L. VOLCANSEK, *La responsabilità e l'indipendenza del giudice in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America*, in *Innovazione e Diritto*, n. 5/2007, p. 20 (anche in www.innovazionediritto.unina.it). Anche i primi anni del 1900 si sono dimostrati terreno fertile per l'avvio di indagini da parte del Congresso nei confronti di membri del giudiziario, ed è proprio in quel periodo che si è sviluppata la tendenza, da parte dei giudici indagati, di rassegnare le proprie dimissioni per evitare la messa in stato d'accusa, come rilevato, di nuovo, da E. DE FRANCISCIS, M. L. VOLCANSEK, M., *La responsabilità e l'indipendenza del giudice in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 31 ss. Entrambe le tendenze appena descritte, non paiono tuttavia in grado di inficiare la teoria che, muovendo dalla circostanza che da un punto di

Tuttavia, riguardo a questi dati statistici, ragioni di completezza e di chiarezza invitano ad evidenziare come non solo l'effettivo impiego di tale strumento possa risultare idoneo ad incidere sul naturale libero arbitrio dei giudici, bensì come anche solo la paventata minaccia del suo utilizzo possa in linea teorica essere in grado di condizionare le decisioni di questi ultimi¹⁰⁸. Se questo è vero, non si può però nemmeno negare che una mera minaccia, cui non seguano reali conseguenze sul piano effettivo, presenti evidenti carenze a livello di efficacia. Ad ogni modo, ancora oggi, come in tutti i ciclici periodi di maggior tensione tra giudiziario e legislativo, si registrano casi in cui la minaccia della sottoposizione ad *impeachment* viene utilizzata a livello politico quale strumento indiretto di pressione nei confronti del potere giudiziario stesso o comunque di singoli giudici¹⁰⁹.

vista storico il numero degli *impeachments* è comunque assai esiguo, interpreta questo dato come prova della sua progressiva "spoliticizzazione", essendo peraltro i casi richiamati, specie in riferimento alle dimissioni a seguito dell'avvio di indagini da parte del Congresso, spesso legati alla commissione di gravi illeciti penali da parte degli interessati, e non certo a mere tensioni politiche. Si può immaginare, tuttavia, che, in periodi di maggior tensione tra il potere giudiziario e quello legislativo, il secondo sia più attento ai comportamenti eventualmente scorretti da parte del primo. Ciò spiegherebbe la ragione per cui i casi di *impeachment*, pur per motivi non esplicitamente politici, come risulta dalla Tab. 5, sono comunque più frequenti durante le fasi di maggior tensione tra i poteri – Guerra Civile, New Deal, periodo reaganiano – mentre sono assenti nelle fasi di maggior distensione. Appare per converso curioso, infatti, che durante il cinquantennio che segue alla crisi tra legislativo e giudiziario della prima parte della presidenza Roosevelt non si sia registrato alcun caso di scorrettezza meritevole di *impeachment* da parte di alcun giudice federale.

¹⁰⁸ Ciò in modo non dissimile da quanto avviene, ad esempio, in Germania riguardo all'utilizzo dello strumento della sfiducia costruttiva. Si veda a tal proposito M. FRAU, *Le origini weimariane del voto di sfiducia costruttivo e la prassi applicativa dell'istituto con particolare riferimento all'ordinamento tedesco*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, p. 15, consultabile in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁰⁹ Tra i tanti casi che potrebbero essere riportati, richiamo, per quella che alle orecchie di un giurista di *civil law* sembra una davvero inusitata animosità di toni, considerata la provenienza dell'attacco e l'autorevolezza della fonte stessa, il *Justice* della Corte Suprema R. B. GINSBURG, *Remarks on Judicial Independence: The situation of the US Federal Judiciary*, cit., p. 64, che, in costanza di carica, denunciava: «One powerful member of the US Congress, Tom DeLay [che sarebbe divenuto il leader dei repubblicani nella Camera dei rappresentanti di lì a poco], has advocated the impeachment of judges who render unpopular decisions that, in his view, do not follow the law. Mr DeLay [...] is [...], I am told, an exterminator by profession».

Tab. 5 Casi di *impeachment* di giudici federali

giudice corte	data imp.	accusa	deci- sione	data dec.
John Pickering DC of New Hampshire	2 mar 1803	instabilità mentale ubriachezza	rimosso	12 mar 1804
Samuel Chase Supreme Court	12 mar 1804	condotta dei processi arbitraria e autoritaria	assolto	1 mar 1805
James H. Peck DC of Missouri	24 apr 1830	abuso del <i>contempt power</i>	assolto	31 gen 1831
W. H. Humphreys, DC of M, E, W Tennessee	6 mag 1862	rifiuto di giustizia sedizione	rimosso	26 giu 1862
Mark W. Delahay DC of Kansas	28 feb 1873	ubriachezza durante il processo	dimesso	12 dic 1873
Charles Swayne DC of N Florida	13 dic 1904	abuso del <i>contempt power</i> altri abusi d'ufficio	assolto	27 feb 1905
Robert W. Archbald Commerce Court	11 lug 1912	relazioni d'affari improprie con le parti	rimosso	13 gen 1913
George W. English DC of E Illinois	1 apr 1926	abuso di potere	<i>dimesso</i>	4 nov 1926
Harold Louderback DC of N California	24 feb 1933	favoritismo nella nomina di personale per le procedure fallimentari	assolto	24 mag 1933
Halsted L. Ritter DC of S Florida	2 mar 1936	favoritismo in nomine giudiziarie, eser- cizio abusivo della professione	rimosso	17 apr 1936
Harry E. Claiborne DC od Nevada	22 lug 1986	evasione fiscale e permanenza nel giu- diziario dopo un'imputazione	rimosso	9 ott 1986
Alcee L. Hastings DC of S Florida	3 ago 1988	spergiuro tentativo di corruzione	rimosso	20 ott 1989
Walter L. Nixon DC of S Mississippi	10 mag 1989	spergiuro	rimosso	3 nov 1989
Samuel B. Kent DC of S Texas	19 giu 2009	molestia sessuale, ostruzione di proce- dura legale, false dichiarazioni	<i>dimesso</i>	30 giu 2009
G. T. Porteous Jr. DC of E Louisiana	11 mar 2010	corruzione spergiuro	rimosso	8 dic. 2010
Totali:	4 assoluzioni	3 dimissioni	8 rimozioni	
Legenda: DC sta per District Court, E per east, M per middle, N per North, S per South, W per west, <i>di-</i> <i>nesso</i> (corsivo) per dimissioni durante il processo in Senato, dimesso (tondo) prima del processo				
Fonte: Federal Judicial Center (www.fjc.gov).				

Riassumendo quanto appena esposto, la sussistente “spoliticizzazione” dell’istituto sembra essere ai giorni nostri particolarmente evidente, secondo un’impostazione che è andata mano a mano assestandosi nel corso degli anni, a partire proprio dalla mancata condanna del *Justice Chase* nel lontano 1805, in armonia con un’interpretazione della dottrina della separazione dei poteri che, sebbene possa essere intesa come più rigida e, dunque, almeno limitatamente a questo preciso aspetto, più simile a quella di matrice continentale europea, cionondimeno può ben essere considerata perfettamente compatibile con l’inserimento del giudiziario quale elemento del sistema democratico dei *checks and balances*. In questo senso, dunque, la sterilizzazione politica dell’istituto non

comporterebbe una spoliticizzazione del potere giudiziario, bensì, in conformità alla dottrina delle *three equal branches of government*, un doveroso disarmo del potere legislativo, che, usando con maggior balanza l'istituto avrebbe irrimediabilmente incrinato il sistema di bilanciamento tra i poteri. L'utilizzo della procedura di *impeachment* nei confronti dei giudici statunitensi appare dunque percorribile solo in via di *extrema ratio*, come, citando ancora una volta Ely, «weapon reserved for the grossest of cases»¹¹⁰.

Riguardo all'ipotizzata possibile bidirezionalità delle interferenze fra potere politico e giudiziario, seppur in senso lato, restando sempre nell'ambito delle cause di cessazione della carica, merita qualche breve cenno, come anticipato all'inizio di questo paragrafo, l'eventualità di presentazione volontaria delle dimissioni da parte dei giudici statunitensi.

Alcuni studi, fra i quali quello di Spriggs e Wahlbeck¹¹¹, sembrano testimoniare come numerosi giudici federali americani tendano a cessare spontaneamente le proprie funzioni in circostanze temporali che presentano un medesimo comune denominatore e cioè quando il Presidente in carica e la maggioranza senatoriale sussistente in quel momento risultino essere maggiormente affini alle proprie posizioni ideologiche. Se questa circostanza, com'è ovvio, nulla toglie alle prerogative costituzionali degli organi politici in merito alla nomina dei loro successori, è però altrettanto evidente che gli organi politici risulteranno propensi a scegliere i sostituti dei giudici dimissionari fra soggetti del loro stesso orientamento politico. Se questo è vero, si può allora dire che, seppur indirettamente, gli stessi membri del potere giudiziario possono operare delle ingerenze, che potremmo definire in negativo, rispetto agli organi politici, nella misura in cui possono essere in grado a livello pratico di "pilotare" le decisioni relative alla nomina dei giudici, predeterminando l'orientamento partitico o politico-ideologico di coloro che saranno chiamati a sostituirli.

Ma ancor più rilevante è forse un'altra deduzione che consegue alla prassi appena descritta, perché essa sembra confermare che la ragione della sterilizzazione politica dell'*impeachment* non risiede nello scopo di "spoliticizzare" il potere giudiziario. Se fosse così, tale prassi dei giudici nella scelta del momento delle dimissioni riceverebbe, oltre che accurate

¹¹⁰ J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., p. 46.

¹¹¹ J. F. SPRIGGS, P. J. WAHLBECK, *Calling It Quits: Strategic Retirement on the Federal Courts of Appeals, 1893-1991*, in *Political Research Quarter*, n. 48-3/1995, p. 573 ss.

descrizioni accademiche, anche condanne in sede dottrinale e politica. Ciò che non avviene. Il che conferma, anche per questa via, che la dimensione politica del giudice americano è del tutto integrata nel sistema ed egli, quindi, nell'avvalersi di una sua prerogativa può certamente esercitare una libera valutazione politica. Viceversa, nel definire l'estensione del potere di *impeachment* del Congresso un'interpretazione dell'istituto che ne consentisse un uso ugualmente politico non appare conforme al sistema, poiché, come detto, ciò comporterebbe lo scardinamento del meccanismo dei pesi e contrappesi.

Tirando le somme di quanto si è avuto modo di esporre nel presente paragrafo, considerando unitariamente, in ottica sistematica, l'effettivo possibile impiego della procedura di *impeachment* nei confronti del *judicial department* e la scelta, da parte dei giudici, del momento in cui rassegnare volontariamente le proprie dimissioni, si può concludere sostenendo come entrambi questi elementi appaiano in linea con la natura del potere giudiziario, così come concepita nel modello costituzionale statunitense. Come si è avuto modo di sottolineare nel capitolo precedente¹¹², negli Stati Uniti i giudici federali, al pari tanto dei giudici statali quanto, ed è questo in particolare l'aspetto che rileva in questa sede, dei componenti degli altri due dipartimenti, posseggono una precisa caratura democratica sconosciuta al modello europeo. Nonostante la sottrazione dell'investitura dei *federal judges* al momento dell'elezione popolare diretta, dovuta essenzialmente – come già detto – a ragioni legate al grado di professionalità ad essi richiesto, la loro indipendenza resta integra grazie soprattutto alla garanzia della *life tenure*, oltre che alla protezione del salario. Un utilizzo, da parte degli altri due dipartimenti, dell'*impeachment* come forma di ingerenza rispetto alle decisioni del giudiziario, romperebbe l'equilibrio istituzionale di un modello così concepito, modello nel quale risulta invece ammissibile, e non desta eccessivo scalpore, il descritto atteggiamento dei giudici in riferimento al momento della presentazione delle loro dimissioni, dato che questi non risultano affatto spogliati da ogni connotazione politica.

¹¹² Si veda in proposito il saggio n. 51, attribuito a Madison, di A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, Bologna, 1997 (1787-1788), p. 456 ss.

4. La manipolazione del numero dei giudici e delle corti: *packing e unpacking*.

L'Art. III della Costituzione americana assegna il potere giudiziario alla Corte Suprema degli Stati Uniti ed alle corti inferiori che il Congresso decide di creare, in quella che viene indicata come *Vesting Clause* dell'Art. III¹¹³. Si tratta del compromesso noto come *Madisonian Compromise* perché proposto da Madison alla Convenzione costituzionale per contemperare la posizione di chi voleva che la Costituzione si limitasse all'istituzione della sola Corte Suprema, in modo da garantire maggior spazio alle corti statali, e quella di chi, all'opposto, volendo un giudiziario federale forte e articolato, chiedeva che le corti federali inferiori avessero una copertura costituzionale. Il compromesso consiste nella esplicita previsione in Costituzione della Corte Suprema e nella devoluzione al Congresso del potere di istituire corti inferiori in una disposizione che assume il nome di *Ordain and Establish Clause*¹¹⁴. Sulla base di tale disposizione e della generale attribuzione al Congresso del potere legislativo, con legge è dunque possibile, ai sensi della Costituzione federale, creare nuove corti o abolirne di già esistenti, ovvero di allargare o restringere l'organico dei giudici che le compongono. In questo modo il Congresso è in grado di controllare la composizione numerica del giudiziario e delle singole corti. Tale potere sarà impiegato, naturalmente e fisiologicamente, allo scopo di aggiornare la composizione dell'ordine giudiziario alle esigenze di giustizia che sono per loro natura mutevoli nel tempo. Tuttavia, stante il modello di selezione giudiziaria, basato, a livello federale, sulla nomina presidenziale e l'*advice and consent* senatoriale¹¹⁵, il Congresso, incidendo sulla consistenza numerica dell'ordine giudiziario, ne determina necessariamente una modificazione del profilo ideologico-politico, accelerando ovvero ritardando il ricambio dei giudici che muoiano o si dimettano spontaneamente (o ancora – ma come abbiamo

¹¹³ U. S. Const. Art. III, Sec. 1: «The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish».

¹¹⁴ Sul compromesso medisoniano, si veda M. G. COLLINS, *Article III Cases, State Court Duties, and the Madisonian Compromise*, in *Wisconsin Law Review*, n. 39/1995, p. 42 ss., e R. H. FALLON, JR., J. F. MANNING, D. J. MELTZER, D. L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System* 1301-03, VI ed., New York, 2009, p. 8.

¹¹⁵ Si veda *supra*, § 2.II.1.

visto l'ipotesi non è rilevante nel complesso¹¹⁶ – siano rimossi in quanto dichiarati colpevoli a seguito della procedura di messa in stato d'accusa). Quando gli interventi sulla consistenza numerica del contingente di giudici che compone il potere giudiziario sono invece effettuati precipuamente con lo scopo di variarne il profilo ideologico-politico o partitico, tale impiego politicamente strumentalizzato dei poteri del Congresso assume il nome di *court packing*, quando comporta un anomalo ampliamento delle *judgeships*, oppure di *court unpacking*, quando viceversa ne produce una ugualmente anomala riduzione (o, più probabilmente, una strumentale riduzione del tasso di accrescimento dell'organico dei giudici, che storicamente è in espansione assieme all'accrescimento dei carichi giudiziari complessivi). Talora inoltre tali manipolazioni della consistenza dell'organico dei giudici sono disposte dal Congresso con lo scopo di consentire a un Presidente di orientamento affine o di moltiplicare le possibili nomine, mediante le cosiddette infornate di giudici (*court packing*) o, all'opposto, di impedire a un Presidente di orientamento avverso alla maggioranza congressuale di procedere a nomine giudiziarie politicamente sgradite (*court unpacking*)¹¹⁷.

I primi due casi di *court packing* e di *court unpacking* sono strettamente collegati tra loro e risalgono agli albori della Federazione, quando il secondo Presidente degli Stati Uniti John Adams, del Partito Federalista, si apprestava a lasciare l'ufficio ai democratici-repubblicani del neoeletto Presidente Jefferson, il cui partito aveva altresì assunto il controllo di entrambe le Camere legislative nazionali nelle elezioni del 1800¹¹⁸. La Costituzione degli Stati Uniti, tuttavia, prevede che tra le elezioni delle nuove Camere e del Presidente e il loro effettivo insediamento debba decorrere un periodo piuttosto lungo – in origine questo lasso temporale era

¹¹⁶ Si veda *supra*, § 2.II.3.

¹¹⁷ J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., p. 46, definisce complessivamente tali fenomeni come «Altering the size of [...] the Court». Spesso, inoltre, si utilizza l'espressione *court packing* con lo scopo di indicare complessivamente entrambi i fenomeni, senza distinguere se essi comportino un'accelerazione ovvero un rallentamento del fisiologico ritmo delle selezioni giudiziarie. Infine, l'espressione *court packing* è talora utilizzata con accezione ancor più ampia, con lo scopo di includervi ogni ipotesi di condizionamento politico nel sistema di selezione delle *judgeships*. In quest'ultimo senso, a titolo esemplificativo, si veda J. R. SAYLOR, «Court Packing» *Prior to FDR*, in *Baylor Law Review*, n. 20/1968, p. 147 ss.

¹¹⁸ Sulla vicenda si veda C. G. GEYH, E. F. VAN TASSEL, *The Independence of the Judicial Branch in the New Republic*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 74-1/1998, p. 31 ss.

anche maggiore – in cui i precedenti titolari restano in carica in attesa del passaggio di consegne ai neo-eletti. Si tratta del periodo nel quale il Congresso e il Presidente uscenti sono, come suole dirsi in gergo, *lame ducks*, ossia anatre zoppe, in quanto, pur essendo ancora in carica, sono ormai sostanzialmente privi di legittimazione politica, poiché prossimi ad essere rimpiazzati per effetto delle nuove elezioni¹¹⁹.

Il Partito federalista decise di sfruttare tale periodo, in cui continuava a controllare la presidenza e le due Camere, per varare un'importante riforma giudiziaria – in realtà non priva di ragioni obiettive¹²⁰ –, che ampliava notevolmente il numero dei giudici federali in modo da consentire al *lame duck President* Adams di effettuare un numero cospicuo di nomine giudiziarie attingendo ai simpatizzanti del partito federalista¹²¹. Tali nomine ottennero senza difficoltà l'*advice and consent* del *lame duck Senate*, rappresentando il primo caso di *court packing*. I nuovi nominati assunsero l'appellativo di *Midnight Judges*, per sottolineare che il partito al potere, una volta sconfitto, aveva riempito di suoi membri, in fretta e furia, le file del giudiziario, così da assicurarsi la vicinanza politica di almeno una delle tre branche del potere prima di lasciare il passo ai nuovi vincitori.

La nuova maggioranza jeffersoniana, tuttavia, appena insediatasi, rispose al primo caso di *court packing* con il primo caso di *court unpacking*. Il nuovo Congresso, infatti, decise di abrogare il *Judiciary Act* del 1801 approvato dai federalisti, con lo scopo – o comunque con l'effetto – di travolgere le nuove nomine. Nonostante la manovra sia stata comprensibilmente interpretata, per lo più, come la legittima reazione della nuova maggioranza a un'operazione politicamente scorretta, il partito federalista mise in discussione la legittimità costituzionale di tale procedura che

¹¹⁹ Da ultimo, si veda J. C. NAGEL, *Lame Duck Logic*, in *UC Davis Law Review*, n. 45/2012, p. 1177 ss.

¹²⁰ Essa inciderebbe sull'obbligo per i giudici della Corte Suprema di presiedere le corti dei diversi circuiti, il che li portava ad essere costretti a lunghi trasferimenti durante tutto l'anno giudiziario, con estremo dispendio di risorse (sulla opposizione dei giudici della Corte Suprema a tale sistema di circolazione nei diversi circuiti, si veda *infra*, in questo § ed il capitolo successivo, *passim*, nonché, specialmente, il § 2.III.4).

¹²¹ Tra le quali quella di Marbury, da cui sarebbe poi scaturito il famoso caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

sembrava porsi agli antipodi rispetto alla tutela dell'indipendenza dei giudici dal potere politico¹²².

Il dissidio di natura costituzionale fu portato all'attenzione della Corte Suprema nel caso *Stuart v. Laird*¹²³, che però fu risolto evitando ogni accenno circa la compatibilità dell'abolizione di alcune *judgeships* con i principi di indipendenza e separazione del giudiziario, lasciando pertanto un dubbio circa la costituzionalità delle manovre di *unpacking*¹²⁴.

Il silenzio della Corte Suprema non impedì che l'esperienza traumatica dei primi due casi di *court packing* e di *court unpacking* servisse comunque da monito, come ritengono alcuni autori¹²⁵, per radicare nella prassi del Congresso una certa prudenza nelle operazioni di estensione e riduzione dell'organico giudiziario, mostrando con quanta facilità si sia potuto innescare un circolo vizioso capace di minare l'esigenza della separazione del giudiziario dagli altri due dipartimenti. Di conseguenza, le successive manifestazioni dei fenomeni considerati non avrebbero più assunto dimensioni così ingenti né caratteri così smaccati.

Un caso più controverso, sulla cui qualificazione in termini di *court unpacking* si discute ancora oggi, risale al periodo della Ricostruzione seguito alla Guerra Civile, quando, nel 1866, il Congresso decise di ridurre i componenti della Corte Suprema da dieci a sette, reagendo ai progressivi allargamenti che si erano susseguiti in precedenza. Secondo alcuni si trattò di un evidente caso di *unpacking*, poiché la mag-

¹²² Durante il dibattito in merito all'approvazione della legge abrogativa, il Senatore del Connecticut Tracy obiettò: «the great object of the independence of the Judiciary must here have reference not only to our Executive, but our Legislature. [...] If this reasoning is correct, can you repeal a law establishing an inferior court, under the Constitution? Will it be said, that although you cannot remove the judge from office, yet you can remove his office from him?» (*History of Congress*, 1802, 12 gennaio, c. 57, in <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwac.html>). L'opinione dei jeffersoniani era però opposta, come risulta dalle dichiarazioni del Senatore della Virginia Mason: «I agree [...] that it is important, in a well-regulated Government that the judicial department should be independent. [...] But] I observe a clear distinction between the Supreme Court and the other courts. [...] The framers [...] considered the inferior courts as dependent upon the will of the Legislature» (*History of Congress*, 1802, 12 gennaio, cc. 59 e 60, in www.memory.loc.gov).

¹²³ *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299 (1803).

¹²⁴ C. G. GEYH, E. F. VAN TASSEL, *The Independence of the Judicial Branch in the New Republic*, cit., p. 84 s.

¹²⁵ C. G. GEYH, *Customary Independence*, in S. B. BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 173 ss.

gioranza repubblicana del Congresso, riducendo il numero dei componenti della Corte Suprema, mirava ad impedire nuove nomine da parte del Presidente democratico Andrew Johnson¹²⁶. Secondo altri, invece, non si trattò affatto di *unpacking*, dal momento che la riduzione numerica dei giudici era stata concordata con il *Chief Justice* Salmon Chase in cambio di un aumento del salario dei giudici restanti e – soprattutto – era stata poi firmata dallo stesso Presidente Johnson, che quindi decise di non porre il veto¹²⁷.

Nel 1869 vi fu un nuovo incremento numerico dei giudici della Corte Suprema, che salirono a nove unità, ossia all'attuale composizione. Si sostiene che, in questo modo, il Presidente Grant sia stato messo in condizione di effettuare due nuove nomine con lo scopo di superare alcune decisioni impopolari assunte poco prima dalla stessa Corte¹²⁸.

Non è invece configurabile alla stregua di un tentativo di *court packing* l'importante riforma giudiziaria apportata con l'*Evarts Act* del 1891, che aboliva il sistema delle *Circuit Courts* per istituire una nuova struttura di Corti d'Appello stabili, quantunque essa abbia comportato un incremento cospicuo del numero dei giudici. Le ragioni della riforma, del resto, trovano plausibile fondamento nell'incremento della consistenza demografica e dell'estensione territoriale degli Stati Uniti, a fronte dei quali l'aumento delle *judgeships* è stato in proporzione molto contenuto¹²⁹.

Mutatis mutandis, lo stesso si può dire dell'abolizione della *Commerce Court*, che, istituita nel 1910 dal Congresso su pressione del Presidente Taft e composta di giudici con le garanzie di cui all'Art. III della

¹²⁶ F. FRANKFURTER, J. M. LANDIS, *The Business of the Supreme Court: A Study in the Federal Judicial System*, New York, 1928, p. 172.

¹²⁷ C. FAIRMAN, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. VI, *Reconstruction and Reunion, 1864-88*, New York, 1971, p. 167 s.

¹²⁸ C. G. GEYH, *Customary Independence*, cit., p. 175 s. In particolare, si trattava della costituzionalità del *Legal Tender Act* del 1862 che, allo scopo di finanziare la guerra civile, aveva autorizzato l'emissione di carta moneta, che si sarebbe poi fortemente deprezzata dando origine a numerose cause giudiziarie. I due giudici nominati da Grant entrarono in carica in tempo per votare a favore della costituzionalità della legge (cinque a quattro la maggioranza) nei casi *Knox v. Lee* e *Parker v. Davis*, entrambi in 79 U.S. 457 (1871), che realizzavano l'*overruling* del precedente caso *Hepburn v. Griswold* 75 U.S. 603 (1870). Che si tratti di un vero e proprio caso di *court packing* è comunque dubbio in dottrina. In ordine alla disputa dottrinale ed alla vicenda stessa, si veda C. G. GEYH, *Customary Independence*, cit., p. 175 ss.

¹²⁹ C. G. GEYH, *Customary Independence*, cit., p. 176 ss.

Costituzione, ossia la *life tenure* e la protezione del salario¹³⁰, fu repentinamente abolita nel 1913. La vicenda non viene fatta usualmente rientrare tra i casi di *court unpacking*, sulla base di argomentazioni piuttosto convincenti: la Corte fu sciolta in quanto, molto semplicemente, non sembrava aver soddisfatto le esigenze per cui era stata costituita e, in ogni caso, la sua abolizione non comportò, come nel caso del 1802, l'abolizione delle corrispondenti *judgeships*, dato che invece i giudici nominati restarono in carica con altre funzioni¹³¹.

Il tentativo di *court packing* più famoso, dopo quello riuscito dei *Midnight Judges*, è naturalmente quello portato avanti senza successo dal Presidente Franklin Delano Roosevelt nel 1937¹³². Questi doveva fronteggiare l'acuta opposizione alle sue politiche da parte della Corte Suprema, la quale in più occasioni aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi i provvedimenti legislativi del *New Deal*. Roosevelt pensò di far fronte alla situazione facendosi promotore di un *court packing plan* che gli avrebbe consentito di nominare un nuovo giudice della Corte Suprema per ognuno dei giudici ultrasettantenni in servizio; e ben sei tra i membri in carica si trovavano in quella situazione¹³³. L'intento di Roose-

¹³⁰ Quanto alla distinzione tra Art. III e non Art. III Courts, si veda *infra*, § 2.III.1.

¹³¹ Si veda C. G. GEYH, *Customary Independence*, cit., p. 178 ss. Quanto alle ragioni per l'abolizione della neonata corte, tra le altre vengono indicate la mancanza, nei fatti, di quella specializzazione da parte dei suoi componenti che ne avrebbe giustificato le funzioni e l'impopolarità di alcune sue decisioni. Il che, se non fa di per sé rientrare il caso tra quelli di *court unpacking* per ragioni politiche, comunque fa sorgere qualche dubbio circa la sua compatibilità con i principi di separazione ed indipendenza del giudiziario. Quanto al mantenimento nel giudiziario dei giudici che erano stati nominati nei suoi ranghi, il tema fu effettivamente dibattuto nel Congresso. La Camera dei rappresentanti aveva anche approvato una disposizione che avrebbe rimosso quei giudici. Tuttavia il testo finale della legge prevede in senso opposto, grazie all'opposizione del Senato. I dibattiti in questo ramo del Congresso tornarono sul caso del 1802, che venne considerato un'eccezione rispetto ad una regola generale che avrebbe impedito la rimozione dei giudici nominati in una Corte poi eliminata proprio a tutela dell'indipendenza e della separazione del potere giudiziario.

¹³² Sulla vicenda si vedano S. O. KLINE, *Revisiting FDR's Court Packing Plan: Are the Current Attacks on Judicial Independence so Bad?*, in *McGeorge Law Review*, n. 30-3/1999, p. 863 ss.; W. E. LEUCHTENBURG, *FDR's Court-Packing Plan: A Second Life, a Second Death*, in *Duke Law Journal*, n. 3-4/1985, p. 673 ss.

¹³³ Il piano ricalcava quello presentato nel 1913 dall'allora *Attorney General* James McReynolds, che, al momento della presentazione del piano, sedeva tra i giudici della Corte Suprema e, tra l'atro, era nelle file di coloro che di sovente votavano contro i provvedimenti del *New Deal*.

velt era chiaro e fu espresso in termini molto netti: salvare la Costituzione dalla Corte e la Corte da sé stessa¹³⁴. Tuttavia, poiché il giudice Roberts, prima che il piano avesse fatto il suo *iter*, cambiò posizione, dando una maggioranza nella Corte a coloro che sostenevano i provvedimenti del New Deal, il *court packing plan* perse di utilità e dunque non fu votato dal Congresso. Resta dubbio in dottrina se la minaccia del *court packing plan* abbia rappresentato un successo per l'amministrazione, provocando il determinante riposizionamento del giudice Roberts, oppure se, viceversa, la mossa di quest'ultimo, frutto di una spontanea decisione, abbia evitato la prevedibile bocciatura del piano da parte del Congresso¹³⁵. Ad essere certa, al riguardo, è la sola circostanza che, nonostante la grande popolarità del Presidente Roosevelt, il piano era stato accolto con molto scetticismo sia dall'opinione pubblica, che pure era assai critica nei confronti della Corte¹³⁶, sia dal Congresso, sia, infine, dalla dottrina americana¹³⁷. A riprova di ciò, quando il Presidente Roosevelt, dopo qualche mese, fece presentare al Congresso un progetto simile, questo fu subito rigettato in quanto, per usare le caustiche parole del *Judiciary Committee*

¹³⁴ L'intervento di Roosevelt è riportato da *The New York Times*, 10 marzo 1937, p. 1: «We have reached the point as a nation where we must take action to save the constitution from the court and the court from itself».

¹³⁵ Secondo S. O. KLINE, *Revisiting FDR's Court Packing Plan*, cit., p. 866, «this presidential attack on judicial independence ultimately succeeded».

¹³⁶ G. A. CALDEIRA, *Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, in *American Political Science Review*, n. 81-4/1987, p. 1139 ss., che dimostra come il cambiamento di giurisprudenza della Corte abbia fatto scemare il consenso popolare verso il *Court Packing Plan*. In proposito, si veda anche P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 589, nota 12, che, commentando i dati comparsi su *The New York Times* del 3 marzo 1937, p. 22, col. 5, e del 9 marzo 1937, p. 22, col. 7, rileva: «In 1937, during the most famous of the Court's crisis periods, President Roosevelt failed in his attempt to ram his Court-packing plan through Congress, largely because of his inability to muster widespread public support for the measure. Roosevelt's popularity at that time was unquestionable: He had been reelected in 1936 in the most one-sided presidential contest in history. Less than 6 months later, a Gallup Poll on the President's Court-packing plan indicated that one of every three Roosevelt supporters in the November election opposed the President on this issue, and that in the nation approximately 23.5 million voters opposed the plan, while only 19.5 million supported the President».

¹³⁷ Sul punto si veda W. G. ROSS, *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890-1937*, Princeton (N.J.), 1994, *passim* e specialmente a p. 309 ss.

del Senato, la sua approvazione avrebbe realizzato un'invasione nel potere giudiziario senza precedenti nella storia del Paese¹³⁸.

Benché l'ultimo serio tentativo di *court packing* avesse trovato alcuni autorevoli sostenitori persino nello stesso mondo giudiziario (tra cui spicca il giudice Frankfurter, favorevole alla manovra di Roosevelt sulla base dell'impostazione che fonda la legittimazione e l'indipendenza del giudiziario sulla «confidence of the people»¹³⁹), nondimeno esso è frequentemente considerato, in dottrina, alla stregua del «Twentieth Century's quintessential attack on judicial independence»¹⁴⁰. Alcuni studiosi giunsero a contrastare il piano di Roosevelt ricorrendo all'argomento che l'attacco all'indipendenza del giudiziario che esso realizzava costituiva la negazione di quei principi costituzionali che differenziavano l'America dall'Europa di Hitler e Mussolini¹⁴¹.

¹³⁸ W. E. LEUCHTENBURG, *FDR's Court-Packing Plan*, cit., p. 675, che riporta alcuni brani dagli atti del Senato, per cui si veda SENATE COMM. ON THE JUDICIARY, *Reorganization of the Federal Judiciary*, S. Rep. No. 711, 75th Cong., 1st Sess. p. 1 ss. (1937), da cui risulta che i Senatori del *Judiciary Committee*, ivi inclusi numerosi membri democratici, giudicarono il piano, che rivelava «the futility and absurdity of the devious» (p.10), alla stregua di una «invasion of judicial power such as has never before been attempted in this country» (p. 11), che avrebbe creato un «vicious precedent which must necessarily undermine our system» (p. 13). Tant'è che, con durezza di toni singolare, essi raccomandavano quindi «the rejection of this bill as a needless, futile, and utterly dangerous abandonment of constitutional principle» (p. 23), infatti esso in conclusione rappresentava, in un *climax* ascendente di corrosività nei confronti dell'iniziativa rooseveltiana, «a measure which should be so emphatically rejected that its parallel will never again be presented to the free representatives of the free people of America» (p. 23).

¹³⁹ Si veda in proposito il passo di Frankfurter, riportato da N. L. DAWSON, *Louis D. Brandeis, Felix Frankfurter and the New Deal*, Hamden (CT), 1980, p. 141: «It is necessary not only to protect the Constitution, but to protect the judiciary itself from losing its essential safeguards. For its security depends ultimately upon the confidence of the people. Only thus will the necessary independence of the judiciary be assured».

¹⁴⁰ S. O. KLINE, *Revisiting FDR's Court Packing Plan*, cit., p. 863.

¹⁴¹ L. BAKER, *Back to Back: The Duel Between FDR and the Supreme Court*, New York, 1967, p. 47 s., riporta l'intervento del Sen. Ashurst secondo cui anche i sostenitori di Roosevelt «were haunted by the terrible fear that some future President might, by suddenly enlarging the Supreme Court, suppress free speech, free assembly, and invade other Constitutional guarantees of citizens». Secondo M. NELSON, *The President and the Court: Reinterpreting the Court-Packing Episode of 1937*, in *Political Science Quarterly*, n. 103-2/1988, p. 276: «the rise of Hitler and Mussolini in Europe also made some feel especially protective of the independence that the American judiciary enjoy». W. G. ROSS, *The Role of Religion in the Defeat of the*

Si deve aggiungere che, sul piano politico, a opporsi al *court packing* rooseveltiano furono, oltre ai *liberals* in generale, anche l'insieme delle minoranze, in quanto l'attacco all'indipendenza della Corte venne inteso come un potenziale attentato agli strumenti di tutela costituzionale dei loro diritti¹⁴². A questo proposito è di estremo interesse il lavoro di William G. Ross, che mostra come il principio della separazione dei poteri e una certa concezione dell'indipendenza del giudiziario¹⁴³ nonché della democrazia fossero, tutti interconnessi tra loro, elementi portanti della propaganda dei *leader* delle minoranze religiose, che pure erano generalmente vicine al Presidente Roosevelt e al partito democratico¹⁴⁴. Si tratta di uno studio rilevante ai nostri fini, giacché mi pare capace di attestare la versione "moderata" della democrazia americana come chiave di lettura del sistema dei pesi e contrappesi, in cui tutti i poteri sono chiamati ad esprimere un ruolo di interdizione rispetto agli altri, nella convinzione che ciò eviterà le prevaricazioni della maggioranza.

Così, come il meccanismo dell'*impeachment* aveva ricevuto un'applicazione assai temperata e rispettosa del ruolo del giudiziario al fine di consentirgli di operare come una *equal branch of government*, allo stesso modo e con lo stesso scopo, in effetti, le tecniche del *court packing* e del *court unpacking*, talora utilizzate in passato, sono da tempo cadute in disuetudine in quanto considerate alla stregua di indebite ingerenze dei poteri politici in quello giudiziario¹⁴⁵. Così che qualche autore ha potuto

1937 Court-Packing Plan, in *Journal of Law and Religion*, n. 23-2/2007-2008, p. 644: «opponents of the plan frequently pointed to Nazi Germany as an example of the dangers of political subjugation of law».

¹⁴² M. NELSON, *The President and the Court: Reinterpreting the Court-Packing Episode of 1937*, cit., p. 276: «Apprehension about tampering with the ability of the Court (which had a strong record on civil liberties) to protect minorities was greatest among ideological liberals and certain religious, racial, and regional groups, including, for different reasons, many blacks and white southerners. Interestingly, almost every Catholic senator opposed the Court-packing plan».

¹⁴³ W. G. ROSS, *The Role of Religion in the Defeat of the 1937 Court-Packing Plan*, cit., p. 629, parla di «fears that diminution of judicial independence would threaten religious freedom».

¹⁴⁴ W. G. ROSS, *The Role of Religion in the Defeat of the 1937 Court-Packing Plan*, cit., p. 629 ss.

¹⁴⁵ Si veda in proposito J. H. CHOPER, *The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 122/1974, p. 852, che rileva che dopo il *court packing plan* rooseveltiano, «the political departments' power over the Court's composition, far from being seriously considered a consequential weapon, has been effectively discredited». Il brano

sostenere che queste pratiche sono ormai coperte da un divieto costituzionale di natura consuetudinaria¹⁴⁶.

5. Le attività extragiudiziarie quali “relazioni pericolose” dei giudici federali.

Lo svolgimento di attività extragiudiziarie da parte dei giudici e delle corti pone specifici problemi in relazione alla natura ed alla qualità della loro separazione dai poteri più direttamente politici. Si tratta di un coacervo alquanto multiforme di diverse tipologie di attività, unificate in questo discorso dalla circostanza di esporre il giudice all'esercizio di attività preordinate ad assumere ruoli all'interno degli altri poteri ovvero comunque al contatto con questi ultimi. Fra queste attività spiccano indubbiamente quelle che consistono in prestazioni di consulenza a favore di organi dei poteri politici, la cui analisi occuperà buona parte del presente paragrafo, per il resto dedicato alle altre attività di natura non giudiziaria che i giudici americani si trovano talvolta a svolgere, quali l'attività politica in senso stretto o quella di *lobbying*.

Circa la possibilità per il giudiziario di esercitare funzioni consultive, una prima fondamentale distinzione riguarda il soggetto cui imputare l'incarico di consulenza, dovendosi nettamente distinguere tra la corte in sé considerata e il singolo giudice. Se si tratta infatti di attività svolte da una corte come organo, la questione riguarda più propriamente le interferenze funzionali (e dovrebbe essere pertanto analizzata, *ratione materiae*, nel capitolo successivo), mentre se si guarda agli incarichi extragiudiziari

è riportato anche da J. M. LAWLOR, *Court Packing Revisited: A Proposal for Rationalizing the Timing of Appointments to the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, p. 975, nota 46, che a sua volta rileva (p. 975): «the Roosevelt incident has bestowed a legacy of distrust on any proposal to interfere with the appointment process. [...] This legacy has reinforced a natural tendency to avoid changes in the Court's traditional size and system of appointments».

¹⁴⁶ È questo il parere di C. G. GEYH, *Customary Independence*, cit., p. 160 e ss., che, a p. 183 s., riporta la conforme opinione resa nel 1937 dal Prof. R. Moley della Columbia University davanti al *Judiciary Committee* del Senato. Moley, riferendosi al *Court Packing Plan* rooseveltiano, afferma: «the very fact that it has not been employed, except in one or two cases which we are not very proud of, has established an inhibition upon the use of this method – an inhibition based upon custom and tradition», in *Reorganization of the Federal Judiciary: Hearings* on S. 1392 before the Comm. On the Judiciary of the U.S. Senate, 75th Cong. 760, 763, p. 571.

svolti dal giudice *uti singulus* il problema attiene a un'interferenza di altra natura, poiché l'incarico viene svolto dal membro del giudiziario non in quanto tale, bensì in altra veste, mentre, nel contempo, la funzione che egli esercita resta incardinata nel potere da cui l'incarico proviene¹⁴⁷.

Ciò premesso, è nondimeno preferibile affrontare unitariamente la tematica relativa alle attività di consulenza prestata ad entrambi i titoli dal giudiziario americano, giacché questo è l'approccio adottato dalla giurisprudenza della Corte Suprema e perché, come si vedrà, le attività di consulenza richieste alle corti in quanto tali sono state da subito considerate incompatibili con il sistema (sicché tale interferenza funzionale non si dà nell'ordinamento americano). Stanti tali ragioni, le conseguenti esigenze di fluidità dell'esposizione mi sembrano sufficienti per collocare in questo contesto una breve trattazione unitaria dei due fenomeni.

La Corte Suprema ha da subito precluso la possibilità che attività di natura consultiva potessero essere svolte dalle corti in sé e per sé considerate – come è il caso delle funzioni consultive nei confronti di organi politici che in alcuni ordinamenti certi organi giurisdizionali sono chiamati a svolgere –, giudicandole appunto attività incompatibili, tra le altre ragioni, con il principio di separazione dei poteri.

Il divieto per le Corti di emanare *advisory opinions* fu formulato molto presto nel corso della storia costituzionale degli Stati Uniti: è stata proprio la prima Corte Suprema, quella presieduta da Jay, a rifiutare nel 1790 di fornire *advisory opinions* al Segretario del Tesoro Alexander Hamilton. Tale divieto rappresenta ancora oggi una dottrina molto salda¹⁴⁸, che vieta alle corti federali di rilasciare opinioni legali circa que-

¹⁴⁷ Un esempio potrà chiarire il punto. Un conto è, infatti, che sia riconosciuta in linea alle corti – o ad una di esse – una funzione consultiva (come nel modello del *Conseil d'État* francese). Altro conto è che talora un singolo giudice sia chiamato a partecipare *pro tempore*, ad esempio, ad un organo consultivo di qualche Dipartimento di stato. Nel primo caso, si tratterebbe dell'attribuzione di una funzione diversa da quella giurisdizionale ad un organo giudiziario. Nel secondo, viceversa, non siamo in presenza di un trasferimento di funzione tra un potere ed un altro, bensì di un fenomeno rilevante sul piano soggettivo od organico che dir si voglia, giacché l'attribuzione di incarichi da parte di un organo del potere legislativo od esecutivo ad un giudice può incidere sul suo status, nella misura in cui può dar luogo ad indebite interferenze che non direttamente, bensì indirettamente, possono riverberarsi sull'esercizio della funzione giurisdizionale.

¹⁴⁸ Si veda in questo senso R. H. FALLON, JR., J. F. MANNING, D. J. MELTZER, D. L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, cit., p. 52 s.

stioni astratte, circoscrivendo il loro ruolo alla risoluzione di controversie e casi concreti¹⁴⁹, come del resto indicato dal testo Costituzionale¹⁵⁰. Tuttavia, quando il divieto fu enunciato, esso non era affatto scontato, sebbene la Convenzione costituzionale avesse respinto un emendamento volto a conferire a Congresso e Presidente il potere di richiedere *advisory opinions*¹⁵¹. Infatti, i precedenti storici militavano in senso contrario: i giudici inglesi avevano per lungo tempo dispensato pareri su richiesta del sovrano¹⁵², senza considerare la cospicua attività extragiudiziaria che veniva svolta dai giudici federali, compreso il *Chief Justice* Jay, fin dagli albori della Federazione¹⁵³. Oltretutto la limitazione in parola non riguardava molti ordinamenti statali, che infatti contemplano ancor oggi la possibilità, per il giudiziario statale, di svolgere funzioni consultive¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Sul limite rappresentato dal riferimento costituzionale a casi e controversie, si veda nuovamente R. H. FALLON, JR., J. F. MANNING, D. J. MELTZER, D. L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, cit., p. 49.

¹⁵⁰ Si tratta dell'*Arising Clause* racchiusa nell'Art. III, Sec. 2, Cl. 1: «The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority; – to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls; – to all cases of admiralty and maritime jurisdiction; – to controversies to which the United States shall be a party; – to controversies between two or more states; – between a state and citizens of another state; – between citizens of different states; – between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects» (il corsivo è mio).

¹⁵¹ R. J. PUSHAW, *Why the Supreme Court Never Gets Any "Dear John" Letters: Advisory Opinions in Historical Perspective*, in *Georgetown Law Journal*, n. 87/1998, p. 478 s.

¹⁵² R. J. PUSHAW, *Why the Supreme Court Never Gets Any "Dear John" Letters: Advisory Opinions in Historical Perspective*, in *Georgetown Law Journal*, n. 87/1998, p. 475 ss.

¹⁵³ Si veda *infra*, in questo §.

¹⁵⁴ In questo senso, si vedano Mass. Const., Pt. 2, Ch. 3, Art. II: «Each branch of the legislature, as well as the governor and council, shall have authority to require the opinions of the justices of the supreme judicial court, upon important questions of law, and upon solemn occasions»; Colo. Const., Art. VI, § 3; Fla. Const., Art. V, § 3(b)(10), Me. Const., Art. VI, § 3; N.H. Const., Pt. 2, Art. 74; R.I. Const., Art. X, § 3; S.D. Const., Art. V, § 5. In tema, si veda H. HERSHKOFF, *State Courts and the "Passive Virtues": Rethinking the Judicial Function*, in *Harvard Law Review*, n. 114-7/2001, p. 1845 s., e R. A. BRISBIN, *The Judiciary and the Separation of Powers*, in S. B. BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), p. 97.

Tra le varie ragioni addotte a sostegno del divieto, oltre al richiamo al *judicial restraint*¹⁵⁵, appare di primaria importanza il riferimento alla dottrina della separazione dei poteri¹⁵⁶. La centralità dell'argomento fondato sulla *separation of powers* emerge in modo evidente, già a partire dal 1793, in occasione del rifiuto opposto dal *Chief Justice* Jay al Segretario di Stato Thomas Jefferson, che chiedeva di rendere un'*advisory opinion* per dirimere alcune questioni. Si trattava di ventinove precise richieste di parere circa i poteri di guerra, che dividevano due eminenti esponenti dell'amministrazione del Presidente Washington, ossia lo stesso Jefferson, filo-francese, e il filo-britannico Hamilton¹⁵⁷. Nella lettera che il *Chief Justice* inviò al Presidente Washington per comunicare il rifiuto della Corte, il diniego veniva motivato, oltre che da profili tecnico-giuridici di carattere testuale¹⁵⁸, anche e soprattutto da considerazioni di

¹⁵⁵ Per la verità, come viene rilevato nella nota *Advisory Opinions and the Influence of the Supreme Court over American Policymaking*, in *Harvard Law Review*, n. 124/2011, p. 2065, le due *ratio* potrebbero anche considerarsi in contrasto l'una con l'altra, giacché la prima è rivolta ad un contenimento del potere del giudiziario mentre la seconda ne potrebbe produrre, come di fatto è accaduto, una maggior forza: «A doctrine adopted in the name of judicial restraint thereby tilts the balance of power between the Supreme Court and the elected branches in favor of greater influence for the Court».

¹⁵⁶ Si veda di nuovo la nota *Advisory Opinions and the Influence of the Supreme Court over American Policymaking*, cit., p. 2064: «The bar on advisory opinions is typically justified by reference to the separation of powers and judicial restraint: when courts answer legal questions outside the legal dispute-resolution process, they reach beyond the judicial role and assume a quasi-legislative character». Si veda anche R. J. PUSHAW, *Why the Supreme Court Never Gets Any "Dear John" Letters: Advisory Opinions in Historical Perspective*, in *Georgetown Law Journal*, n. 87/1998, p. 479.

¹⁵⁷ Sulla vicenda si veda S. JAY, *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges*, New Haven (CT), 1997, p. 117 ss. Deve precisarsi che non manca chi ha ipotizzato che le reali ragioni del rifiuto fossero di natura politica. Si veda ancora la nota *Advisory Opinions and the Influence of the Supreme Court over American Policymaking*, cit., p. 2067 s.: «it has been suggested that the Jay Court was motivated by political rather than doctrinal factors in refusing to address Washington's queries: the Justices were hoping that Congress would absolve them of their burdensome circuit-riding duties and were therefore unwilling to take sides in the neutrality controversy for fear of alienating potential supporters in the legislature».

¹⁵⁸ In particolare nella missiva si richiamava U.S. Const., Art. II, Sec. 2, Cl. 1, che, riconoscendo al Presidente il potere di richiedere pareri ai funzionari dell'esecutivo, poteva essere interpretata con argomento *a contrario* per escludere che lo stesso potesse essere richiesto ai membri del giudiziario.

carattere specificamente costituzionale giacché l'esercizio di tale funzione da parte di una corte veniva esplicitamente ritenuto in contrasto con la dottrina della separazione dei poteri¹⁵⁹. Anche in *Muskrat* del 1911¹⁶⁰, la Corte ribadisce di non poter emettere *advisory opinions* in virtù di un divieto che, secondo i giudici, trova la sua principale giustificazione proprio nella separazione dei poteri e nella tutela del principio di indipendenza del giudiziario: da un lato previene collusioni potenzialmente debilitanti del giudiziario con gli altri poteri, dall'altro evita potenziali invasioni del primo nelle sfere di competenza degli altri¹⁶¹.

Tuttavia, a fronte di una giurisprudenza così perentoria nell'impedire alle corti lo svolgimento di funzioni consultive a favore di organi degli altri poteri, si riscontra un atteggiamento affatto diverso con riguardo alla stessa attività di consulenza quando svolta dal singolo giudice, così come per tutte le altre attività extragiudiziarie svolte in generale dai giudici *uti singuli*. Si tratta, come anticipato, di svariate attività che, oltre a quelle di consulenza formale od informale, possono riguardare tanto l'impegno accademico, scientifico e, più in generale, divulgativo, quanto incarichi professionali che, in alcuni casi, coinvolgono il giudice nelle attività degli organi politici, così come attività politiche in senso lato che possono includere anche la candidatura per alcune cariche elettive non giudiziarie. Rispetto a tale congerie di attività l'ordinamento americano risulta invece assai tollerante, ancorché la questione resti dibattuta in dot-

¹⁵⁹ La lettera del *Chief Justice Jay* è richiamata in *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346, 354 (1911), che cita da H. P. JOHNSTON (a cura di), *Correspondence & Public Papers of John Jay*, vol. III, 1782-1793, New York, 1793, p. 486, e giustifica la scelta della Corte, «In consideration of the lines of separation drawn by the Constitution between the three departments of government, and being judges of a court of last resort».

¹⁶⁰ Si trattava di una causa nella quale la Corte non riscontrava l'esistenza di un "caso o controversia", ossia del presupposto cui la Costituzione subordina l'attivazione della Corte stessa. Quest'ultima precisava che se si fosse pronunciata in assenza di tale presupposto, la sua pronuncia avrebbe finito per coincidere con un'*advisory opinion*. Si veda *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911).

¹⁶¹ Il divieto di *advisory opinion* per la Corte, *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346, 356 (1911), è infatti una delle dottrine che «help to ensure the independence of the Judicial Branch by precluding debilitating entanglements between the Judiciary and the two political Branches, and prevent the Judiciary from encroaching into areas reserved for the other Branches by extending judicial power».

trina e talvolta sia fatta oggetto di considerazioni critiche da parte degli *opinion makers* dei principali quotidiani¹⁶².

Di alcune di tali attività non conviene in questa sede occuparsi, considerando che le pur frequenti “incursioni” dei giudici americani nelle istituzioni culturali, artistiche, educative, universitarie o caritatevoli, così come nello svolgimento di attività divulgative e scientifiche (inclusa la pubblicazione di articoli e libri scientifici)¹⁶³, suscitano minori problemi

¹⁶² Si veda il recente intervento di J. SHESOL, *Should Justices Keep Their Opinions to Themselves?*, in *The New York Times*, 29 giugno 2011, p. A23, che denuncia: «It seems that everywhere you look, you see one popping up: giving speeches, signing books, leading workshops, posing for pictures at charity functions».

¹⁶³ Tra quelli recenti, il caso più clamoroso è forse quello della presentazione dell'ultimo libro del giudice Scalia. A questo proposito, si veda A. LIPTAK, *Hints in New Scalia Book of Views on Health Law*, in *The New York Times*, 16 giugno 2012, p. A12, nel quale si recensisce il volume A. SCALIA, B. A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (MN), 2012, con lo scopo di trarne indicazioni circa la posizione dell'*Associate Justice* in merito alla allora imminente sentenza circa la costituzionalità dell'*Affordable Care Act*, ossia la riforma sanitaria voluta dal Presidente Obama. Da notare che Scalia, nel volume, non esita ad assumere posizioni che potrebbero facilmente riguardare casi che giungeranno alla Corte suprema, oltre naturalmente a quello del cosiddetto, già menzionato per esteso, *Obamacare*, poi ritenuto costituzionalmente compatibile in *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012). In particolare – scrive il giudice – «the Supreme Court should not give stare decisis effect to *Roe v. Wade*», la sentenza con la quale la Corte suprema aveva individuato un fondamento costituzionale al diritto di aborto, così precludendone la criminalizzazione anche negli stati nei quali la maggioranza popolare o degli organi politici rappresentativi risulti contraria alla legalizzazione dell'aborto. In occasione dell'uscita del libro, il giudice Scalia ha rilasciato una lunga intervista al popolare giornalista televisivo Piers Morgan, trasmessa dalla CNN. Nell'intervista il giudice spiega la propria filosofia giudiziaria, il proprio rapporto con gli altri giudici e di nuovo la propria contrarietà a *Roe v. Wade*. Come noto, il tema dell'aborto è assai delicato e controverso nella società americana. Esso mantiene una forte centralità nel dibattito tra i partiti politici e nell'attività legislativa delle Camere statali ed è inteso come la principale ragione della forte disparità di genere nella distribuzione dei consensi elettorali (per ottenere informazioni in merito si può consultare il sito internet www.cawp.rutgers.edu). Un caso analogo è quello riportato da L. B. DUBECK, *Understanding “Judicial Lockjaw”: The Debate over Extrajudicial Activity*, in *New York University Law Review*, n. 82-2/2007, p. 571, relativo al «Justice Stephen Breyer, who appeared on multiple news shows speaking about the content of his newest book». Si tratta di una abitudine dalle origini risalenti: nel 1881, mentre era in carica, il giudice Samuel Freeman Miller pubblicò S. F. MILLER, *Lectures on the Constitution of the United States*, New York, 1881. Lo stesso si dica dei grandi giudici Black, Douglas e Jackson: H. L. BLACK, *A Constitutional Faith*, New York, 1968; W. O. DOUGLAS, *The Right of the People*, Garden

di compatibilità col principio di separazione del giudiziario dalle altre branche politiche (ancorché, in realtà, non se ne possano considerare completamente esenti)¹⁶⁴. Parimenti, si sorvolerà anche sul tema delle consulenze e delle altre attività professionali svolte a favore di privati, non perché esse non siano in grado di minare l'indipendenza del giudice in sé considerata, ma piuttosto perché tali minacce non provengono da altri poteri pubblici e quindi non toccano il cuore del tema affrontato nel presente lavoro¹⁶⁵.

Le attività extragiudiziarie dei singoli giudici svolte a contatto con organi del legislativo e dell'esecutivo sollevano viceversa specifiche questioni problematiche proprio con riguardo alla separazione tra i tre poteri e all'indipendenza del giudiziario rispetto alle altre branche¹⁶⁶, oltre ovviamente ad altri profili, invero meno rilevanti in questa sede, come l'aggravamento del carico lavorativo che in tal modo finisce per incombere sui giudici¹⁶⁷. Naturalmente, esistono anche ragioni che possono militare a favore dello svolgimento di tali attività: alcuni sottolineano, ad esempio, l'opportunità che i giudici partecipino al dibattito pub-

City (N.Y.), 1958; R. H. JACKSON, *The Supreme Court in the American System of Government*, Cambridge (MA), 1955; F. FRANKFURTER, *The Supreme Court in the Mirror of Justices*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 105/1957, p. 781 ss.

¹⁶⁴ Sul punto si veda L. B. DUBECK, *Understanding "Judicial Lockjaw"*, cit., p. 572: «scholarship and other conduct [...] are] generally accepted as benign». Si veda anche J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct: Challenges, Lessons Learned, and a Proposed Framework for Assessing the Propriety of Pursuing Activities Beyond the Bench*, in *Cardozo Law Review*, n. 33-4/2012, p. 1386: «Where a judge is considering lecturing and writing on a law-related topic, judicial independence ordinarily would not be implicated».

¹⁶⁵ In proposito non si può tuttavia omettere di ricordare che il giudice Fortas, primo membro della Corte Suprema a dimettersi, fu costretto a quel passo proprio per ragioni di questo tipo, essendo stato accusato di aver accettato da un ente privato un vitalizio in cambio di consulenze. Il candidato nominato dal Presidente per la successione non ottenne l'*advice and consent* del Senato per ragioni del tutto analoghe. Si veda P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 598 ss.

¹⁶⁶ J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1342, parla di «concerns about separation of powers, judicial independence, maintaining the appearance of judicial impartiality».

¹⁶⁷ J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1342 rileva che tali attività extragiudiziarie possono costituire «excessive time commitments that interfere with the judge's ability to perform the duties of office».

blico, il quale risulterebbe arricchito dalla loro attiva presenza¹⁶⁸; altri reputano che la partecipazione dei membri del giudiziario a queste attività impedisca un loro eccessivo isolamento dalla società¹⁶⁹; altri ancora considerano i benefici che ne trarrebbe in concreto l'azione degli altri due dipartimenti¹⁷⁰.

A fronte di questi possibili vantaggi, le connivenze che si realizzano tra membri del giudiziario e membri degli altri poteri, vuoi nella forma di attività di supporto ai candidati in campagne politiche ed elettorali vuoi nella forma dell'attribuzione di incarichi da parte dei membri dell'esecutivo o del legislativo a membri del giudiziario, sono sempre tali da mettere a rischio l'indipendenza dei giudici rispetto agli esponenti delle altre due branche del potere. Essi infatti potrebbero (o comunque potrebbero dare l'impressione di) orientare la propria attività giurisdizionale al fine di dimostrare la validità delle opinioni sostenute nell'attività di consulenza o, ancor peggio, allo scopo di ottenere gli incarichi che gli altri organi possono loro dispensare¹⁷¹.

In proposito, è doveroso puntualizzare che mentre la Costituzione americana prevede un'esplicita disposizione, conosciuta con il nome di

¹⁶⁸ In questo senso, a titolo esemplificativo, si veda ancora J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1341 ss.

¹⁶⁹ In tale direzione si esprime il Commentario al Canon 4 del Code of Conduct for United States Judges nel quale si precisa che «complete separation of a judge from extrajudicial activities is neither possible or wise; a judge should not become isolated from the society in which the judge lives», come riportato da J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1348. A p. 1383, l'autore ulteriormente specifica: «the participation of judges in the world around them is to be desired and encouraged».

¹⁷⁰ N. K. KATYAL, *Judges as Advicegivers*, in *Stanford Law Review*, n. 50/1998, p. 1748.

¹⁷¹ È la prospettiva sostenuta da P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 594: «Consultations between Justices and members of the other branches and activities aimed at securing political rewards endanger the concept of the Court as the independent arbiter of the system of governmental balances. When Justices are consulting intimately with legislative and executive officials, campaigning for others or themselves running as candidates for public office, or giving and seeking political favors, the independence of the Court can easily be compromised. [...] Justices who seek administrative positions or the Chief Justiceship may tend to vote in certain ways to please those who can confer these honors. [...] Justices who have advised the President or Congress on a "correct" course of action will find it difficult to strike down the action they recommended as illegal or unconstitutional if the action is challenged in Court».

Incompatibility Clause (Art. I, Sec. 6, Cl. 2), che vieta ai membri del Congresso, in costanza di carica, di occupare altre posizioni sia nel giudiziario sia nell'esecutivo, non esiste invece alcun divieto esplicito che impedisca a un giudice di assumere incarichi rientranti all'interno delle sfere di competenza di un altro dipartimento¹⁷². La questione era stata peraltro ampiamente considerata durante la Convenzione di Philadelphia, divenendo oggetto di alcune proposte specifiche volte a inibire la possibilità, per i membri del giudiziario, di assumere incarichi ulteriori. Simili proposte, tuttavia, fra cui una disposizione inserita nel *New Jersey Plan* in materia di organizzazione giudiziaria e la proposta del delegato della Carolina del Sud Charles Pinckney¹⁷³, non giunsero però alla discussione del *plenum* della Convenzione¹⁷⁴. È la prassi applicativa, dunque, che ha riempito di contenuti il significato di questa consapevole omissione del disposto costituzionale, al punto che la storia degli Stati Uniti può ben dirsi gravida di esempi in materia di incarichi extragiudiziari svolti dai singoli giudici.

Saranno ora prese in considerazione, nella seguente rassegna, le sole attività di natura extragiudiziaria svolte nel corso del tempo da singoli membri della Corte Suprema (sebbene la prassi in questione abbia coinvolto anche i giudici federali delle corti inferiori). Queste attività possono essere raggruppate all'interno di due insiemi principali, ossia quello degli incarichi assegnati ai singoli giudici dagli organi delle branche politiche e quello delle attività extragiudiziarie di carattere politico svolte di propria iniziativa dai membri della Corte Suprema.

Al primo insieme appartengono sia incarichi di natura propriamente politico-amministrativa sia attività di consulenza nei confronti di esponenti dell'esecutivo e del legislativo.

¹⁷² U.S. Const., Art. I, Sec. 6, Cl. 2: «No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during such time; and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office».

¹⁷³ M. FARRAND (a cura di), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. I, New Haven (CT), 1911, p. 244 e 341 s. Si veda inoltre R. R. WHEELER, *Extrajudicial Activities of the Early Supreme Court*, in *The Supreme Court Review*, 1973, p. 123 ss.

¹⁷⁴ La notizia è riportata nella sentenza *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 398 (1989).

Quanto agli incarichi amministrativi, già John Jay, ossia il primo Presidente della Corte Suprema, si trovò a svolgere le funzioni di *Chief Justice* e, contestualmente, quelle di Segretario di Stato¹⁷⁵ e poi di ambasciatore in Gran Bretagna. In tale ultima veste egli negoziò l'importante Trattato che porta il suo nome e che fu siglato nel 1794, seguendo le istruzioni del *Secretary of the Treasury* Alexander Hamilton e del Presidente Washington¹⁷⁶. Secondo quanto riportato da Charles Warren nella sua storia della Corte Suprema, il Senato, proprio durante le *hearings* per l'approvazione della sua nomina, rigettò esplicitamente, con 18 voti contro 8, una risoluzione volta a far valere la sua incompatibilità, a causa dei suoi pregressi incarichi politici, con l'ufficio giudiziario che era destinato a ricoprire¹⁷⁷.

Allo stesso modo, il terzo *Chief Justice*, Oliver Ellsworth, che tra il 1796 ed il 1800 presiedette la Corte Suprema dopo la breve presidenza di John Rutledge, svolse nello stesso tempo, ancorché con riluttanza, anche le funzioni di inviato speciale in Francia con l'incarico di trattare con Napoleone alcune delicate questioni diplomatiche¹⁷⁸. Ed anche il suo successore, *Chief Justice* John Marshall, restò in carica come segretario di stato del Presidente Adams¹⁷⁹ ancora per alcuni mesi (in attesa di essere sostituito) e fu membro della Commissione incaricata della rifusione dei debiti contratti dalla federazione durante la Rivoluzione¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Carica ricoperta prima della nomina e mantenuta anche per alcuni mesi successivi alla stessa. Si veda F. MONAGHAN, *John Jay, Defender of Liberty*, New York, 1935, p. 300 e 304.

¹⁷⁶ In proposito si veda G. J. MCCREE, *Life and Correspondence of James Iredell*, New York, 1949, p. 293 s., che riporta tra l'altro una bozza di lettera di Jay a Washington.

¹⁷⁷ C. WARREN, *The Supreme Court in United States History*, vol. I, 1789-1821, rev. ed., Boston, 1937, p. 119.

¹⁷⁸ Si vedano W. BROWN, *The Life of Oliver Ellsworth*, New York, 1905, p. 273 ss., e S. H. RIFKIND, *A Judge's Non-Judicial Behavior*, in *New York State Bar Journal*, n. 38/1966, p. 26.

¹⁷⁹ A. J. BEVERIDGE, *The life of John Marshall*, vol. II, Boston, 1916, p. 558 ss.

¹⁸⁰ A ciò si aggiunga che nel 1871 il Presidente Grant nominò il giudice della Corte suprema Nelson in una commissione incaricata di un arbitrato con la Gran Bretagna e nel 1877 cinque giudici fecero parte di una Commissione elettorale di natura politico-amministrativa per la risoluzione di alcune dispute relative alle elezioni presidenziali in alcuni Stati del Sud. Nel 1897, l'ottavo Presidente della Corte Suprema Fuller assieme al giudice Brewer furono nominati in una Commissione con l'incarico di dirimere alcune controversie con il Venezuela e la Guyana britannica.

Nel 1876 il Congresso diede vita ad una commissione con il compito di risolvere una disputa riguardante l'elezione presidenziale tra il candidato repubblicano Rutherford Hayes e quello democratico Samuel Tilden. Il rilievo del famoso episodio è attestato dallo spazio dedicatogli da Alexander Bickel nella sua opera più celebre¹⁸¹. La Commissione era composta di cinque senatori (tre repubblicani e due democratici), cinque deputati (tre democratici e due repubblicani), da quattro giudici, due per ciascun partito, e da un quinto scelto dalla Corte Suprema¹⁸². Di recente, questo precedente è tornato a suscitare molto interesse in relazione al contenzioso elettorale che occupò la Corte Suprema nel 2000, nel caso *Bush v. Gore*¹⁸³. La contesa, come è noto, fu stavolta composta direttamente in sede giurisdizionale, ma il precedente viene ricordato nell'opinione del giudice Bryer allo scopo di rammentare che il tentativo di risolvere la controversia elettorale ricorrendo, come si fece allora, a una speciale commissione integrata di membri del giudiziario (divisi per appartenenza partitica e "arbitrati" da un quinto giudice nominato direttamente dalla Corte Suprema) non funzionò affatto, ma servì soltanto a minare il prestigio della Corte, che fu puntualmente accusata di partigianeria¹⁸⁴.

La prassi della partecipazione ad incarichi extragiudiziari si protrasse comunque a lungo. Nel XX secolo, i casi più rinomati riguardano il giudice Roberts (Sr.), che fece parte della commissione d'indagine sui fatti di Pearl Harbor¹⁸⁵, il giudice Jackson, che fu uno dei pubblici mini-

Per questi ed altri episodi, si veda A. T. MASON, *Extra-Judicial Work for Judges: The Views of Chief Justice Stone*, in *Harvard Law Review*, n. 67-2/1953, p. 193 ss.

¹⁸¹ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven (CT), 1986 (1962), p. 185.

¹⁸² Nella vicenda, la Corte Suprema attirò le ire dei democratici, poiché il giudice da questa indicato, il repubblicano Bradley, votò – *ça va sans dire* – per il candidato repubblicano. Si veda A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 185.

¹⁸³ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

¹⁸⁴ Nella sua *opinion*, in *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98, 157, Bryer osserva: «the participation in the work of the electoral commission by five Justices, including Justice Bradley, did not lend that process legitimacy». La Corte fu pertanto accusata di essere di parte perché «it simply embroiled Members of the Court in partisan conflict, thereby undermining respect for the judicial process».

¹⁸⁵ D. BURNER, *Owen J. Roberts*, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. III, New York, 1969, p. 2253 ss. Roberts si pentì poi di aver accettato, «at the hands of two Presidents, commissions to do work not strictly of a judicial nature. I have every reason to regret that I ever did so», come riferito da O. J. ROBERTS, *Now Is the Time: Fortifying*

steri nel processo di Norimberga¹⁸⁶, e, infine, il *Chief Justice* Warren che guidò, su incarico del Presidente Johnson, la commissione incaricata delle indagini sull'assassinio di Kennedy¹⁸⁷.

Oltre a rivestire incarichi amministrativi, i Giudici della Corte Suprema spesso hanno svolto altresì attività di consulenza per organi dell'esecutivo o del legislativo. Secondo i dati raccolti da O'Brian, dei 112 giudici che si sono succeduti alla Corte Suprema non meno di 70 hanno svolto in costanza di carica attività di consulenza per il Presidente o per qualche membro del Congresso nelle più svariate materie: politica estera; politica interna; nomine presidenziali nei settori dell'amministrazione federale e nel giudiziario, incluse quelle concernenti la stessa Corte Suprema; pareri in materia di provvedimenti legislativi, in particolare quelli concernenti il giudiziario¹⁸⁸.

Anche con riguardo a tale tipologia di attività, l'*excursus* della casistica inizia agli albori della Corte Suprema, quando il primo *Chief Justice* Jay svolse ripetutamente attività di consulenza per Hamilton, mentre que-

the Supreme Court's Independence, in *American Bar Association Journal*, n. 35-1/1949, p. 2.

¹⁸⁶ Jackson, nominato dal Presidente Truman per ricoprire l'incarico straordinario in questione non si consultò né con i colleghi della Corte Suprema né con il suo Presidente Stone, che «discovered Justice Jackson's role by reading about it in the newspaper» (J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1372). La vicenda provocò irritazione e risentimento tra i giudici della Corte, dalla quale Jackson restò assente per ben diciassette mesi. Si veda, in proposito, E. C. GERHART, *America's Advocate: Robert H. Jackson*, Indianapolis (IND), 1958, p. 21 ss. Sull'incarico a Jackson, si veda anche J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1366 ss., e J. D. HOCKETT, *Justice Robert H. Jackson, the Supreme Court, and the Nuremberg Trial*, in *The Supreme Court Review*, 1990, p. 257 ss.

¹⁸⁷ Per tali episodi e per altri ancora qui non menzionati si vedano: R. B. MCKAY, *The Judiciary and Nonjudicial Activities*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 35/1970, p. 9 ss.; S. SLONIM, *Extrajudicial Activities and the Principle of the Separation of Powers*, in *Connecticut Bar Journal*, n. 49/1975, p. 391 ss.; P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, in *Stanford Law Review*, n. 22-3/1970, p. 587 ss.; J. R. SCHMIDHAUSER, *Extrajudicial Activities*, in K. L. HALL, (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, II ed., Oxford (N.Y.), 2005, p. 313 s. Si veda anche J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1378, che giustamente sottolinea: il «Chief Justice Warren certainly would have had to recuse himself from future cases involving the Kennedy assassination, and his colleagues in the federal judiciary and on the Supreme Court might one day have to rule on questions relating to his participation in, and leadership of, the Commission».

¹⁸⁸ D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 93 s.

sti era a vario titolo membro dell'esecutivo. Il *Justice* William Johnson, membro della Corte dal 1804 al 1834, fece da consigliere al Presidente Monroe circa le relazioni tra Federazione e Stati¹⁸⁹. Anche Roger Taney, divenuto *Chief Justice*, continuò a rivestire i panni del consulente per il Presidente Jackson e poi per il Presidente Van Buren, soprattutto per la redazione degli annuali messaggi al Congresso¹⁹⁰. Nei primi del Novecento, il giudice William Moody era solito consegnare al Presidente Theodore Roosevelt, in vista di importanti discorsi pubblici, vari memoranda sulle questioni politiche più svariate¹⁹¹. Il *Chief Justice* Taft, già Presidente degli Stati Uniti, fu sempre coinvolto negli affari politici del Paese e, nel 1924, svolse un'attività informale di consulenza a favore del *Secretary of the Treasury* Andrew Mellon, in particolare indicandogli i progetti di legge sui quali era politicamente conveniente chiedere al Presidente Coolidge di porre il veto¹⁹². Lo stesso dicasi del celebrato *Justice* Louis Brandeis, che, attorno agli anni Venti, prestò la propria assistenza al Presidente Wilson circa diverse questioni politiche¹⁹³. Il giudice Frankfurter svolse un'intensa attività di consulenza a favore del Presidente Roosevelt, suo personale amico, come attestato dalla ricca corrispondenza intercorsa tra i due¹⁹⁴. L'attività consultiva del *Chief Justice* Vinson a favore del Presidente Truman fu così intensa che qualcuno poté affermare che egli «remained a part of the Administration»¹⁹⁵. Ancor più recentemente, il *Justice* Fortas, che fu membro della Corte dal 1965 al 1969, oltre a svolgere le attività extragiudiziarie per le quali fu infine spinto a dimettersi¹⁹⁶, svolse altresì attività di consulenza per il Presidente Lyndon Johnson e fu

¹⁸⁹ Si veda in proposito D. G. MORGAN, *Justice William Johnson, the First Dissenter: The Career and Constitutional Philosophy of a Jeffersonian Judge*, Columbia (S.C.), 1954, p. 106 ss.

¹⁹⁰ C. B. SWISHER, *Roger B. Taney*, New York, 1935, p. 329 ss.

¹⁹¹ J. F. WATTS, JR., *William Moody*, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. III, New York, 1969, p. 1819 s.

¹⁹² A. T. MASON, *William Howard Taft, Chief Justice*, New York, 1965, p. 283.

¹⁹³ A. T. MASON, *Brandeis: A Free Man's Life*, New York, 1946, p. 518 s.

¹⁹⁴ M. FREEDMAN (a cura di), *Roosevelt and Frankfurter: Their Correspondence, 1928-45*, Boston, 1967, p. 485 ss.

¹⁹⁵ Vedi R. KIRKENDALL, *Fred M. Vinson*, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. IV, New York, 1969, p. 2639 e 2648, e D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., p. 97 ss.

¹⁹⁶ Si veda *supra*, in questo §.

spesso invitato alla Casa Bianca per risolvere gravi questioni attinenti alla Guerra in Vietnam e, in particolare, ai conseguenti disordini civili che attraversavano il Paese e che erano potenzialmente forieri di controversie giudiziarie passibili di finire sulla sua scrivania di membro della Corte Suprema¹⁹⁷.

Non tutte le attività extragiudiziarie svolte dai giudici della Corte Suprema hanno forma di incarichi più o meno formalmente ricevuti dagli organi del potere politico, *in primis* da esponenti dell'esecutivo. Nella prassi, infatti, si possono contare numerosi esempi di attività di natura politica svolte di propria iniziativa dai membri del supremo organo giurisdizionale federale. Ancora una volta, l'elenco dei casi è corposo e risale ai primi anni di vita della Corte Suprema. Di sua spontanea volontà, il *Justice* Samuel Chase svolse un'attiva campagna elettorale a favore di John Adams e si spese per l'approvazione dei controversi *Alien and Sedition Acts*¹⁹⁸, mettendo in secondo piano i doveri connessi alla carica giudiziaria ricoperta, ragioni per le quali si meritò la messa in stato d'accusa, come raccontato nelle pagine precedenti¹⁹⁹. In modo analogo, il *Justice* John Catron supportò attivamente la campagna presidenziale di James Buchanan nel 1856²⁰⁰, mentre il Presidente della Corte Suprema Taft, coinvolto in molte attività politiche del partito repubblicano, contribuì in maniera determinante addirittura alla stesura della piattaforma programmatica del suo partito per le elezioni del 1924²⁰¹.

¹⁹⁷ R. B. MCKAY, *The Judiciary and Nonjudicial Activities*, cit., p. 35. Si P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 594 s., nota 50: «Justice Fortas conferred with President Johnson on Vietnam. [...] The numerous challenges in the courts to the legality of the war and legality of many practices vital to its successful prosecution, such as the draft, might have reached the Supreme Court while Fortas sat and forced him to decide the legality of measures affecting policies he had recommended. Impartiality in such a situation is certainly less likely than if the Justice's concerns were formed free of the pressures of such consultation».

¹⁹⁸ Per queste ed altre attività partigiane venne sottoposto ad *impeachment* dalla Camera, anche se in Senato non si raggiunse il *quorum* richiesto per la sua rimozione. Si veda I. DILLIARD, *Samuel Chase*, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. I, New York, 1969, p. 193 ss.

¹⁹⁹ Si veda *supra*, § 2.II.3.

²⁰⁰ In proposito, si veda L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. I, New York, 1969, p. 737 ss.

²⁰¹ Il biografo di Taft, riferendosi al Canon 28, *Partisan Politics*, concludeva: «It is difficult to square Taft's partisan political activity with the canons formulated

Non mancano esempi di giudici che presero parte a competizioni elettorali per cariche politiche direttamente in qualità di candidati, e molti sono quelli che cercarono di ottenere una *nomination* per le presidenziali²⁰². Il giudice Jay corse per la carica di Governatore dello Stato di New York ben due volte, la prima invano, la seconda con successo²⁰³. Il *Chief Justice* Marshall, mentre presiedeva la Corte Suprema, fu eletto come delegato alla *Constitutional Convention* della Virginia nel 1829-30²⁰⁴ e anche il *Justice* Story, nel 1820, ebbe analogo mandato nella *Constitutional Convention* del Massachusetts²⁰⁵. Quanto a coloro che hanno tentato l'avventura presidenziale, può essere ricordato il giudice Field che, mentre era in carica, fece pressione per ottenere la candidatura democratica alla presidenza, motivo per il quale il suo biografo – come ricorda anche il prof. Bickel – ha formulato l'ipotesi che alcune sue decisioni in sede giurisdizionale siano dovute proprio dalle suddette ambizioni politiche²⁰⁶. In altri casi ancora, i giudici della Corte, pur assumendo incarichi politici, si dimisero dall'ufficio giudiziario ricoperto. Fra di essi si può annoverare il *Justice* David Davis che, una volta eletto nel 1877 Senatore degli Stati

by the Bar Association's Committee on Judicial Ethics, which Taft himself headed», in A. T. MASON, *William Howard Taft, Chief Justice*, cit., p. 283.

²⁰² Si veda W. G. ROSS, *Presidential Ambitions of U.S. Supreme Court Justices: A History and an Ethical Warning*, in *Northern Kentucky Law Review*, n. 38-1/2011, p. 115 ss.

²⁰³ In proposito si veda F. MONAGHAN, *John Jay, Defender of Liberty*, cit., p. 300, 304 e 405 s. Un altro giudice, William Cushing corse per un governatorato agli inizi dell'Ottocento, come riferito da P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 592.

²⁰⁴ A. J. BEVERIDGE, *The life of John Marshall*, vol. II, Boston, 1916.

²⁰⁵ W. W. STORY (a cura di), *Life and Letters of Joseph Story*, vol. I, Boston, 1851, p. 444.

²⁰⁶ Fields, inoltre, ritenne di aver perso la *nomination* a causa dello scontento per alcune sue *opinions*, come riferito da P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 593. Si vedano inoltre J. P. FRANK, *Marble Palace: The Supreme Court in American Life*, New York, 1958, p. 274 s., e A. M. BICKEL, *Politics And The Warren Court*, cit., p. 136. Per l'episodio in cui McLean fu tra i candidati, ancorché sempre senza successo, alla *nomination* repubblicana in tutte le convenzioni tra il 1832 ed il 1860, si veda F. P. WEISENBURGER, *The Life of John McLean, a Politician on the United States Supreme Court*, Columbus (OH), 1937. Il *Chief Justice* Chase cercò poi di ottenere la candidatura nel 1868, mentre il giudice Davis nel 1872 ottenne e accettò la candidatura da un piccolo partito ma si ritirò dalla campagna elettorale, come annotato dallo stesso A. M. BICKEL, *Politics And The Warren Court*, cit., p. 135 s.

Uniti dal legislativo dell'Illinois, si dimise dalla Corte Suprema²⁰⁷. Lo stesso fece il Justice Byrnes, ma stavolta per assumere il compito di «Assistant President»²⁰⁸. Il giudice Hughes, infine, si dimise dalla Corte nel 1916, quando fu nominato candidato repubblicano alla presidenza²⁰⁹.

A conclusione di questa nutrita rassegna deve annoverarsi un altro tipo di attività svolta con particolare frequenza dai giudici americani, che è quella di *lobbying*. La gran parte della disciplina riguardante il potere giudiziario, come vedremo nel prossimo capitolo dedicato alle interferenze funzionali, è stata scritta direttamente dai giudici²¹⁰ o è comunque frutto – per l'appunto – della loro attività di *lobbying* nei confronti del Congresso: il Chief Justice Taft, ad esempio, fece enormi pressioni per l'approvazione del *Judiciary Act* del 1925, che fissa ancor oggi le linee fondamentali della giurisdizione della Corte²¹¹, mentre il Chief Justice Hughes inviò al *Judiciary Committee* del Senato una lettera che esplicitava l'opposizione della Corte Suprema al *court packing plan* di Roosevelt. L'attività di *lobbying* dei giudici ha avuto ad oggetto non solo le scelte in materia legislativa bensì anche le stesse nomine giudiziarie. È noto che il Chief Justice Burger, ancorché infruttuosamente²¹², fece pressioni sul Senato per ottenere la nomina nella Corte di Haynsworth²¹³. Oltre alle pressioni poste in essere dai singoli giudici, come esamineremo *ex professo* nel prossimo capitolo, la stessa *Judicial Conference* e per essa l'*Administrative Office of the United States Courts*²¹⁴ costituiscono potenti centri di *lobbying* che agiscono nell'interesse del giudiziario.

²⁰⁷ S. I. KUTLER, *David Davis*, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. II, New York, 1969, p. 1045 ss.

²⁰⁸ W. F. MURPHY, *James F. Byrnes*, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. IV, New York, 1969, p. 2531.

²⁰⁹ J. P. FRANK, *Marble Palace*, cit., p. 275.

²¹⁰ Si veda *infra*, § 2.III.3.

²¹¹ Secondo P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 594, nota 47, occorre anche dar peso alla circostanza che «To lobby in Congress, as did Taft, involves the Justice in an arena where favors are freely exchanged».

²¹² Si veda *supra*, § 2.II.1 e Tab. 2.

²¹³ P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 594, nota 47: «on the nomination of Clement Haynsworth [...] Chief Justice Burger had been lobbying Senators in favor of the nomination».

²¹⁴ Quanto ai due organismi, ai quali sono affidate pressoché interamente le attività amministrative che afferiscono al potere giudiziario, si veda *infra*, § 2.III.4.

Passando ora alla disciplina normativa volta a regolamentare gli incarichi extragiudiziari, si deve subito dire che qualche importante limitazione fu introdotta dalla *Judicial Conference* dapprima nel 1963, quando essa vietò ai giudici di assumere incarichi direttivi in società a scopo di lucro (ciò che è meno rilevante ai fini del nostro discorso)²¹⁵, e successivamente nel 1969, quando vietò ai giudici di accettare qualsiasi incarico retribuito, salvo autorizzazione del *Judicial Council* del circuito di appartenenza²¹⁶. Oggi la materia è disciplinata dal *Canon 4* del *Code of Conduct for United States Judges*, che si applica a tutti i giudici federali, eccezion fatta proprio per quelli della Corte Suprema²¹⁷. Esso conferma che il giudice può svolgere attività extragiudiziaria²¹⁸. Tra queste attività non sono incluse solo quelle di tipo giuridico ma anche quelle rivolte a finalità civiche, caritative, educative, religiose o sociali²¹⁹. Tuttavia si specifica che i giudici dovrebbero evitare le attività che pregiudichino la dignità connessa alla carica, che interferiscano con l'adempimento dei doveri giudiziari, che scalfiscano l'imparzialità del giudice o che comportino ipotesi frequenti di astensione²²⁰. Quanto agli incarichi conferiti da enti pubblici il Codice ammonisce i giudici ad accettarli solo quando siano legati alla materia giudiziaria e purché non mettano a repentaglio l'affidabilità pubblica, l'integrità, l'imparzialità e l'indipendenza del giudiziario²²¹.

²¹⁵ JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES, *Proceedings*, 55 (1963).

²¹⁶ R. B. MCKAY, *The Judiciary and Nonjudicial Activities*, cit., p. 17.

²¹⁷ Sul significato del codice di condotta in materia, si veda J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1347 ss.

²¹⁸ Code of Conduct for United States Judges (2009), Canon 4: il giudice «may engage in extrajudicial activities that are consistent with the obligations of judicial office».

²¹⁹ Non si tratta infatti delle sole attività dotate di «law-related pursuits» ma anche di quelle indirizzate alle più diverse finalità come indica l'elenco «civic, charitable, educational, religious, and social».

²²⁰ Code of Conduct for United States Judges (2009), Canon 4: «a judge should not participate in extrajudicial activities that detract from the dignity of the judge's office, interfere with the performance of the judge's official duties, reflect adversely on the judge's impartiality, lead to frequent disqualification».

²²¹ Infatti, un incarico che rientri in tale categoria dovrebbe essere accettato «only if it is one that concerns the law, the legal system or administration of justice» e se non metta a rischio «the public confidence in the integrity, impartiality and independence of the judiciary», come indicato dal Code of Conduct for United States Judges (2009), Canon 4F.

Ciò posto, non resta che verificare quale sia, in tema di incarichi extragiudiziari, la posizione assunta dalla stessa Corte Suprema degli Stati Uniti. Al riguardo, si rivela di estremo interesse la poliedrica sentenza *Mistretta*²²², che riguarda la legittimità costituzionale della *Sentencing Commission*, una speciale commissione che la legge istitutiva pone all'interno del potere giudiziario ed alla quale demanda il compito di individuare criteri vincolanti (*guidelines*) per i giudici nella determinazione delle pene (*sentencing*). Della sentenza *Mistretta* ci occuperemo anche più avanti, dal momento che rivela profili significativi anche con riguardo alle interferenze funzionali che consistono nell'attribuzione al giudiziario di funzioni legislative o comunque normative²²³. Essa, tuttavia, risulta di interesse anche con riguardo alla tematica delle attività extragiudiziarie dei giudici.

L'*opinion* di maggioranza, su cui si fonda la decisione, ricostruisce anzitutto la precedente giurisprudenza, invero per lo più relativa alle attività extragiudiziarie assegnate alle corti piuttosto che ai singoli giudici²²⁴. In proposito la Corte rileva come tale giurisprudenza, lungi dall'escludere lo svolgimento di attività extragiudiziaria da parte dei giudici, vieti tuttavia che dette attività possano avere – salvo eccezioni²²⁵ – natura obbligatoria: «executive or administrative duties of a non-

²²² *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).

²²³ Si veda *infra*, § 2.III.3.

²²⁴ Si tratta delle sentenze: *Hayburn's Case*, 2 U.S. 409 (1792), che sarà affrontato *infra*, § 2.III.4, perché nella sistematica di questo volume esso rileva in quanto concernente attività esecutiva svolta dalle corti, con ciò realizzando un'interferenza di tipo funzionale; *United States v. Ferreira*, 54 U.S. 40 (1851), per cui si veda *infra*, § 2.III.5, poiché ha ad oggetto un'attività amministrativa affidata alle corti (tuttavia tale dislocazione di funzioni è giudicata costituzionalmente ammissibile dalla Corte Suprema proprio perché considerata come affidata ai giudici non nella loro capacità giurisdizionale); *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 123 (1976), per la quale si rinvia *infra*, al § 2.III.2. relativo all'attribuzione all'esecutivo di funzioni giurisdizionali; ed infine *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 677 (1988), per cui si veda *infra*, § 2.III.5, dove è collocata la trattazione del caso che implica un'attribuzione di carattere amministrativo istituzionalmente assegnata ad una corte.

²²⁵ La Corte riconosce infatti che «we have recognized significant exceptions to this general rule and have approved the assumption of some non-adjudicatory activities by the Judicial Branch» (488 U.S. 361, 386). Anche se nel caso della *Sentencing Commission* parrebbero sussistere tutti i presupposti per consentire un'eccezione al divieto di attribuire ai giudici incarichi extragiudiziari di natura obbligatoria, la Corte, come si vedrà, risolve la questione a monte, affermando che si tratta di attività extragiudiziaria di natura volontaria.

judicial nature may not be imposed on judges holding office under Art. III of the Constitution»²²⁶.

La Corte Suprema ritiene appunto che la partecipazione alla *Sentencing Commission* sia di tipo volontario e che sia pertanto compatibile con i dettami della Costituzione²²⁷. Per avvalorare questo assunto, ossia che le attività extragiurisdizionali esercitate volontariamente dai giudici siano in linea generale consentite, la Corte muove da due constatazioni. La prima consiste nel rilievo che il testo della Costituzione non prevede – come si è già visto – esplicite forme di incompatibilità per i membri del giudiziario²²⁸. La seconda ha carattere storico, giacché viene evidenziato che nella storia americana esistono numerosi precedenti in materia di incarichi extragiudiziari svolti dai giudici, di cui si è già dato conto e che la Corte ricostruisce con uguale puntiglio²²⁹. Essa, basandosi su questi due presupposti, può concludere che il principio della separazione dei poteri, per come emerge dalla Costituzione americana, non preclude ai giudici di indossare due cappelli, quello della giurisdizione e quello dell'incarico extragiudiziario, purché ciò non avvenga contestualmente²³⁰.

Tra le altre considerazioni svolte, la Corte prende posizione anche in merito all'obiezione per cui l'indipendenza dei giudici sarebbe minac-

²²⁶ 488 U.S. 361, 385.

²²⁷ 488 U.S. 361, 405-406: «Service on the Commission by any particular judge is voluntary. The Act does not conscript judges for the Commission. No Commission member to date has been appointed without his consent and we have no reason to believe that the Act confers upon the President any authority to force a judge to serve on the Commission against his will».

²²⁸ 488 U.S. 361, 397-398.

²²⁹ 488 U.S. 361, 398-401.

²³⁰ 488 U.S. 361, 404: «In light of the foregoing history and precedent, we conclude that the principle of separation of powers does not absolutely prohibit Article III judges from serving on commissions such as that created by the Act. [...] In other words, the Constitution, at least as a per se matter, does not forbid judges to wear two hats; it merely forbids them to wear both hats at the same time». Tanto basta alla Corte per giudicare la *Sentencing Commission* e la partecipazione ad essa di alcuni giudici di nomina presidenziale non incompatibile con l'assetto costituzionale. Essa infatti conclude che «the participation of federal judges on the Sentencing Commission does not threaten, either in fact or in appearance, the impartiality of the Judicial Branch». La spiegazione è indicata nella circostanza che «the Sentencing Commission is devoted exclusively to the development of rules to rationalize a process that has been and will continue to be performed exclusively by the Judicial Branch» (488 U.S. 361, 407).

ciata dalla circostanza che gli incarichi extragiudiziari sono conferiti in seguito a nomina presidenziale. Da questo punto di vista, si potrebbe infatti obiettare che un giudice che ambisse alla nomina potrebbe orientare la propria attività giurisdizionale in favore del Presidente al fine di ingraziarselo. Si tratta di una tematica che richiama da vicino quella – già da noi affrontata²³¹ – della eventuale *elevation* del giudice inferiore ad una carica giudiziaria superiore, giacché, come si è detto, anche in quel caso il giudice potrebbe essere influenzato dalle proprie ambizioni di promozione. La Corte, tuttavia, ritiene – a me pare davvero sbrigativamente – che si tratti di un'obiezione stravagante²³². Il giudizio tagliente è spiegato rammentando che proprio con riguardo alle promozioni presidenziali, esse non sono mai state considerate in contrasto con un adeguato funzionamento del potere giudiziario²³³. L'obiezione veniva dunque respinta sulla base di un'argomentazione invero piuttosto debole e sostanzialmente apodittica, giacché la Corte conclusivamente rilevava che se l'imparzialità del potere giudiziario potesse essere intaccata per così poco – l'ambizione di alcuni giudici di farsi nominare dal Presidente all'interno di una Commissione quale quella in parola – il sistema costituzionale della separazione dei poteri sarebbe fallito da tempo²³⁴.

In sintesi, dunque, la Corte assume una lettura della separazione dei poteri e dell'indipendenza del giudiziario che, mentre esclude net-

²³¹ Si veda *supra*, § 2.II.2.

²³² 488 U.S. 361, 409: «The notion that the President's power to appoint federal judges to the Commission somehow gives him influence over the Judicial Branch or prevents, even potentially, the Judicial Branch from performing its constitutionally assigned functions is fanciful».

²³³ Del resto, come notato nel § 2.II.2, si tratta di un tema rispetto al quale non sono mai state sollevate critiche particolarmente rumorose. Così la Corte afferma: «We have never considered it incompatible with the functioning of the Judicial Branch that the President has the power to elevate federal judges from one level to another or to tempt judges away from the bench with Executive Branch positions» (488 U.S. 361, 409). La Corte, subito dopo, specifica che «The mere fact that the President within his appointment portfolio has positions that may be attractive to federal judges does not, of itself, corrupt the integrity of the Judiciary».

²³⁴ 488 U.S. 361, 409-410: «Were the impartiality of the Judicial Branch so easily subverted, our constitutional system of tripartite Government would have failed long ago. We simply cannot imagine that federal judges will comport their actions to the wishes of the President for the purpose of receiving an appointment to the Sentencing Commission [...] we do not believe that the President's appointment and removal powers over the Commission afford him influence over the functions of the Judicial Branch or undue sway over its members».

tamente la presenza di un generale obbligo per i giudici di assumere incarichi extragiudiziari che gli altri dipartimenti vogliano conferire loro, ammette viceversa che questi possano essere liberamente svolti dai giudici, rifiutandosi di considerare che la prospettiva di ottenere tali incarichi da parte del Presidente possa seriamente compromettere il disinteresse dei giudici nell'esercizio dell'attività giurisdizionale. L'*opinion* di maggioranza della sentenza *Mistretta* accoglie infatti (a differenza della vibrante *dissenting* di Scalia) una visione schiettamente funzionalista²³⁵ della separazione dei poteri, in base alla quale, in questa circostanza, la capacità del giudiziario di fronteggiare gli altri due poteri al fine della tutela delle libertà non è ritenuta compromessa bensì esaltata da tali forme di interferenza, almeno se si mantengono entro certi limiti. In quest'ottica, l'assunzione da parte del giudiziario di competenze non proprie, la vicinanza dei giudici a organi dell'esecutivo e, soprattutto, la sottoposizione al potere di nomina del Presidente, non comprometterebbero l'indipendenza del giudiziario. L'impostazione, tuttavia, non mi pare affatto essere necessitata sulla base della ricostruzione della separazione dei poteri nel contesto americano come, con approccio per l'appunto funzionalista, sistema di *checks and balances*. In un sistema del genere, infatti, mentre debbono considerarsi ammesse ed auspiccate le interrelazioni tra poteri volte a intralciare l'esorbitanza dell'uno a discapito degli altri, mi parrebbero invece da escludersi quelle che incidono sull'autonoma capacità di ciascun potere di determinare liberamente *its own will*²³⁶. D'altro canto nemmeno convince la Corte quando nega che sia fondato il presupposto sulla base del quale tale assetto può comportare una compressione del libero convincimento del giudice: le ambizioni di carriera non sono aliene al giudice americano – come peraltro puntualmente ricostruito in chiave storica dalla dottrina²³⁷ – e dunque

²³⁵ Quanto all'interpretazione funzionalista della dottrina della separazione dei poteri, in contrapposizione con quella antagonista, il formalismo, si veda *supra*, § 2.I.3., nonché, *infra*, le considerazioni del capitolo conclusivo, § 4.1.

²³⁶ Il riferimento è qui nuovamente al saggio n. 51, attribuito a Madison, di A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'ADDIO, G. NEGRI, cit., p. 456 ss., che in questo senso ho già richiamato *supra*, § 1.3.

²³⁷ Oltre ai casi già citati nel testo, si veda R. R. WHEELER, *Of Standards for Extra-Judicial Behavior*, in *Michigan Law Review*, n. 81/1983, p. 943, nota 46., che richiama il sospetto in parola con riferimento all'incarico del *Chief Justice* Jay quale ambasciatore in Inghilterra. Lo stesso *Chief Justice* Morrison Waite aveva sostenuto che il *Chief Justice* Salmon Chase si fosse fatto influenzare da ambizioni politiche nell'esercizio della funzione giurisdizionale: «Whether true or not, it was said that

non si può escludere che esso si faccia condizionare da ciò nell'esercizio dell'attività giurisdizionale. Magari non con lo scopo di partecipare alla tutto sommato modesta *Sentenicing Commission*, ma che dire invece della possibilità per un membro *semplice* della Corte Suprema di essere nominato *Chief Justice*?

Ciondimeno, *Mistretta* concede un punto importante, che apre ad una diversa ricostruzione della dimensione dei rapporti del giudiziario con gli altri poteri, quando afferma che il suo coinvolgimento in relazioni che lo accostino ad attività politiche lo espone ad un'erosione della fiducia della comunità nel disinteresse del giudiziario medesimo nell'esercizio dell'attività giurisdizionale²³⁸.

Tale annotazione mi offre il destro per ricordare che in effetti l'attribuzione da parte di organi dei poteri politici di cariche a favore dei giudici o comunque l'esercizio da parte di questi di attività extragiudiziarie, con la relativa sovraesposizione politica che ciò determina o a cui ciò si accompagna, non sono andati esenti da critiche né tra gli stessi giudici, né nel mondo politico-istituzionale, né, infine, tra gli esponenti della dottrina, che talora hanno offerto una ricostruzione della separazione dei poteri che conduceva a conclusioni ben più severe sul punto.

È vero che il *Chief Justice* Burger, nel suo discorso in occasione dell'assegnazione del Fordham-Stein Award nel 1978, difese le funzioni extragiudiziarie svolte dai giudici a favore degli altri dipartimenti rivendicando che «the separation of power concept was never remotely intended to preclude cooperation, coordination, communication and joint efforts»²³⁹. Tuttavia, altri *Chief Justices* ebbero una posizione opposta, co-

he permitted his ambitions... to influence his judicial opinions» (A. F. WESTIN, *Out-of-Court Commentary by United States Supreme Court Justices, 1790-1962: of Free Speech and Judicial Lockjaw*, in *Columbia Law Review*, n. 62/1962, p. 650 s., e B. R. TRIMBLE, *Chief Justice Waite: Defender of the Public Interest*, Princeton (N.J.) – London, 1938, p. 141 s. Infine anche il *Justice* Frankfurter criticò alcune decisioni del *Justice* Douglas perché sospettava che fossero state assunte considerando «whether they might help or hurt his chances for the presidency» della Corte (B. A. MURPHY, *The Brandeis/Frankfurter Connection: the Secret Political Activities of Two Supreme Court Justices*, New York, 1982, p. 267.

²³⁸ 488 U.S. 361, 407: «the Judiciary's entanglement in the political work of the Commission undermines public confidence in the disinterestedness of the Judicial Branch».

²³⁹ Il brano del discorso di Warren Burger è riportato da D. M. O'BRIAN, *The Supreme Court in American Politics*, cit., 2011, p. 104.

me il *Chief Justice* Stone²⁴⁰ o, molto esplicitamente, il *Chief Justice* Warren. Questi, prima di accettare – invero contraddittoriamente – la presidenza della Commissione per l'omicidio di Kennedy, prendeva posizione sulla questione e sugli incarichi dei suoi predecessori e giustificava a chiare lettere la sua contrarietà a tale prassi, rilevando, tra le altre ragioni, che, «First, it is not in the spirit of constitutional separation of powers to have a member of the Supreme Court serve on a presidential commission»²⁴¹. Si aggiunga che, con una battuta di spirito, riferendosi in generale alla partecipazione dei giudici alla vita politica del Paese, anche il giudice Felix Frankfurter, che pure si era attivato come consigliere di Roosevelt, aveva ironicamente detto di soffrire di «judicial lockjaw», che potremmo liberamente tradurre come una *contrattura giudiziaria della mandibola*!²⁴²

Inoltre, in alcune circostanze, gli stessi organi politici hanno assunto posizioni nettamente contrarie all'assunzione di tale genere di incarichi proprio perché ritenuti problematici con riguardo alla separazione del giudiziario ed alla sua indipendenza²⁴³.

²⁴⁰ A. T. MASON, *Extra-Judicial Work for Judges*, cit., p. 193.

²⁴¹ E. WARREN, *The Memoirs of Earl Warren*, Garden City (N.Y.), 1977, p. 356, il quale aggiungeva (stessa pagina): «third, it was impossible to foresee what litigation such a commission might spawn, with resulting disqualification of the Justice from sitting in such cases. I then told them that, historically, the acceptance of diplomatic posts by Chief Justices Jay and Ellsworth had not contributed to the welfare of the Court, that the service of five Justices on the Hayes-Tilden Commission had demeaned it, that the appointment of Justice Roberts as chairman to investigate the Pearl Harbor disaster had served no good purpose, and that the action of Justice Robert Jackson in leaving Court for a year to become chief prosecutor at Nurnberg after World War II had resulted in divisiveness and internal bitterness on the Court».

²⁴² F. FRANKFURTER, *Personal Ambitions of Judges: Should a Judge "Think Beyond the Judicial"?*, in *American Bar Association Journal*, n. 34/1948, p. 658.

²⁴³ P. A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, cit., p. 594, nota che «The Senate Judiciary Committee believed in 1947 that performance of administrative functions by Justices lessened the independence of the Court». Bell, nella nota 122, richiama i relative atti parlamentari (S. EXEC. REP. NO. 7, 80th Cong., 1st Sess. 3, 1947), in cui è riportata l'affermazione secondo cui «The whole independence and integrity of judicial office must at least be embarrassed, if not compromised, by the easy flow from bench to political office», e quella per cui «It is not conducive to an independent judiciary or in keeping with public respect for the impartial dispensation of justice to place judges in a position where they may feel the pressure or influence of the executive branch».

L'esigenza di maggiore estraneità dei giudici all'attività politica che si realizza nelle varie forme in cui tali attività extragiudiziarie possono manifestarsi, come anticipato, ha trovato voci autorevoli anche nella dottrina. Già nel 1906 Roscoe Pound avvertiva che inserire le corti nel processo politico e chiedere ai giudici di diventare essi stessi politici aveva condotto ad una compromissione del tradizionale prestigio del potere giudiziario²⁴⁴. Tre quarti di secolo dopo, nel 1982, Bruce Allen Murphy richiamava la dottrina della separazione dei poteri per affermare che l'attività extragiudiziaria dei giudici li espone ad invasioni di funzioni costituzionalmente assegnate ad altri poteri. Essi dunque avrebbero dovuto evitare tutte le attività che avessero rischiato di compromettere o anche solo che avessero ingenerato l'apparenza di una compromissione della fiducia pubblica nell'integrità e nell'indipendenza politica del giudiziario²⁴⁵. Nello stesso senso si sono esplicitamente espressi altri esponenti della dottrina come il più volte citato Bell o McKay²⁴⁶.

Come si vede, si tratta di posizioni che sottolineano come sia rilevante che il giudice non dia nemmeno l'impressione di essere guidato da pregiudizi in generale e da pregiudizi di tipo politico in particolare²⁴⁷. In questi termini il riferimento all'indipendenza del giudice si confonde inevitabilmente con quello della sua imparzialità e neutralità²⁴⁸. Ancor più,

²⁴⁴ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Law Review*, n. 40/1906, p. 748: «Putting courts into politics and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the bench».

²⁴⁵ B. A. MURPHY, *The Brandeis/Frankfurter Connection*, cit., p. 6, secondo cui il giudice dedito a tali attività extragiudiziarie «encroaches on functions constitutionally delegated» agli altri poteri con la conseguenza che esse «compromise or appear to compromise the public's belief in the integrity and political independence of the judiciary».

²⁴⁶ Secondo R. B. MCKAY, *The Judiciary and Nonjudicial Activities*, cit., p. 9, «The more relaxed standards of yesterday are no longer acceptable [...] as a result of this new zeal for a higher ethic in performance of the judicial function».

²⁴⁷ J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1387, secondo cui: «avoiding the appearance of bias may be thought of as an aspect of maintaining judicial independence and the dignity of the judiciary. It is singled out here because off-the-bench activities frequently pose particular risks with respect to the public perception of judicial impartiality».

²⁴⁸ Tra gli altri, lamentano che il coinvolgimento politico dei giudici attraverso le loro attività extragiudiziarie ne pregiudichi l'imparzialità M. ARIENS, *A Thrice-Told Tale, or Felix the Cat*, in *Harvard Law Review*, n. 107/1994, p. 622, J. S. KAYE, *Safeguarding a Crown Jewel: Judicial Independence and Lawyer Criticism of*

tale impostazione introduce il tema dell'apparenza della neutralità, che viene riconnesso a quello della legittimazione del giudice. Sulla base di queste prospettazioni, si sottolinea, infatti, che l'estraneità del giudice alla contesa politica e la sua neutralità sono indispensabili alla sua accettazione popolare²⁴⁹. Questa, del resto, dipenderebbe dalla sua capacità di applicare e – forse soprattutto – di dare l'impressione di applicare imparzialmente il diritto. Il cerchio si chiude – e per questo ricorro al giudice Stephen Bryer che in questo modo concludeva un ragionamento in una conferenza a difesa del giudiziario – aggiungendo il tassello che manca in questo mosaico, ossia il nesso che lega l'imparzialità, la sua apparenza e la legittimazione del giudice con il *rule of law*: «when a large segment of the population believes that judges are not deciding cases according to the rule of law, much is at stake»²⁵⁰.

In queste ricostruzioni, la legittimazione del giudiziario viene rinvenuta sulla base di una catena, i cui primi anelli sono rappresentati dalla imparzialità e neutralità nella contesa politica, e nella sua capacità di apparire dotato di tali caratteristiche. Da ciò si giunge all'idea più consueta del giudice come garante del *rule of law*, ovvero dell'applicazione imparziale del diritto prodotto dagli organi politici da parte di un soggetto posto in una posizione di disinteresse da ogni potere. In questo modo siamo giunti però all'altro corno dell'ambiguità sulla base della quale avevo ricostruito la dottrina della separazione dei poteri nelle pagine che hanno occupato il primo capitolo. Si tratta della componente dell'insegnamento

Courts, in *Hofstra Law Review*, n. 25/1997, p. 711, che, «to secure an impartial forum», consiglia i giudici di stare «out of the fray». Per un riferimento, in questo contesto, all'imparzialità del giudice, si veda anche R. A. BRISBIN, JR., *The Judiciary and the Separation of Powers*, in K. L. HALL, K. T. MCGUIRE (a cura di), *The Judicial Branch*, Oxford (U.K.) – New York, 2005, p. 90.

²⁴⁹ S. BREYER, *Fair and Independent Courts: A Conference on the State of the Judiciary: Judicial Independence: Remarks by Justice Breyer*, in *Georgetown Law Journal*, n. 95-4/2007, p. 903: «the judiciary is, in at least some measure, dependent on the public's fundamental acceptance of its legitimacy». Si veda anche J. LIPPMAN, *The Judge and Extrajudicial Conduct*, cit., p. 1383, secondo cui: «The legitimacy of the judiciary rests unquestionably on the public's belief that judges and the judicial process are independent and insulated from politics and partisan affairs».

²⁵⁰ S. BREYER, *Fair and Independent Courts*, cit., p. 903. In termini analoghi, pur con un approccio che muove da premesse politico-ideologiche tutt'affatto diverse, mi pare anche K. J. BYBEE, *All Judges Are Political – Except When They Are Not*, cit., p. 5: «Public confidence in the judiciary ultimately depends not only on the substance of court rulings but also on the ability of judges to convey the impression that their decisions are driven by the impersonal requirements of legal principle».

montesquieuiano che avevo giudicato meno sviluppata nella sua versione americana. Sulla base di quest'ultima, infatti, la legittimazione del giudice veniva costruita diversamente, attraverso il suo inserimento nel circuito democratico quale uno degli elementi di freno del libero svolgersi dell'attività dei diversi organi politici, tra i quali il giudice stesso poteva considerarsi incluso a buon titolo. D'altro canto l'aspirazione al *government of laws, not of men*, non poteva restare però priva di eco, confermando la tensione esistente tra le due diverse dinamiche, i due diversi possibili sviluppi e, alla fine, tra le due diverse esigenze desumibili dalla dottrina della separazione dei poteri.

SEZIONE III

LE INTERFERENZE FUNZIONALI

1. Funzioni giurisdizionali sottratte alla competenza federale: il jurisdiction stripping. – 1.1. Il tradizionale self restraint di Congresso e Corte Suprema. – 1.2. L'inusitato attivismo dei poteri politici dopo l'11 settembre e la reazione del potere giudiziario. – 2. Funzioni giurisdizionali attratte nell'orbita dell'esecutivo. – 2.1. Le diverse tipologie di organi esterni al potere giudiziario investiti di funzioni giurisdizionali: administrative tribunals, legislative courts e adjudicative agencies. – 2.2. La dottrina e la giurisprudenza americane di fronte alle deroghe alla giurisdizione delle corti federali. – 2.3. Il ricorso ad organi dell'esecutivo per l'esercizio di funzioni giurisdizionali come strumento della war on terror. – 3. Funzioni normative esercitate da organi incardinati nel potere giudiziario: rules of procedure and evidence e sentencing guidelines. – 4. Funzioni amministrative di autorganizzazione in capo al potere giudiziario: la Judicial Conference e l'Administrative Office. – 5. Altre funzioni esecutive assegnate al potere giudiziario.

1. Funzioni giurisdizionali sottratte alla competenza federale: il jurisdiction stripping.

I primi tre articoli della Costituzione degli Stati Uniti contengono quelle che la dottrina americana chiama *vesting clauses*: secondo l'Art. I il potere legislativo è attribuito al Congresso¹; sulla base dell'Art. II al Presidente è assegnato il potere esecutivo²; ai sensi dell'Art. III alla Corte Suprema ed alle Corti inferiori stabilite dal Congresso viene assegnato il potere giudiziario³.

Un'interpretazione letterale di tale complesso di disposizioni potrebbe condurre ad una duplice conclusione. In omaggio ad una lettura rigida della dottrina della separazione dei poteri, sembrerebbe che la Costituzione statunitense da un lato attribuisca ogni funzione giurisdizionale

¹ U.S. Const., Art. I, Sec. 1: «All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives».

² U.S. Const., Art. II, Sec. 1: «The executive power shall be vested in a President of the United States of America».

³ U.S. Const., Art. III, Sec. 1: «The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish».

al complesso delle corti istituite ai sensi dell'Art. III, che dota, come detto, di apposite garanzie di indipendenza, e dall'altro attribuisca ogni funzione legislativa ed esecutiva agli altri due poteri. Si potrebbe così concludere che debba escludersi che le corti istituite ai sensi dell'Art. III possano svolgere funzioni ulteriori rispetto a quelle giurisdizionali. Come vedremo, la giurisprudenza, la prassi legislativa e la dottrina americane dimostrano viceversa che, nonostante la lettera della Costituzione, nell'ordinamento statunitense sono andate creandosi deviazioni da questo schema di rigida corrispondenza tra poteri e funzioni. Del resto, lo spirito della versione americana della dottrina della separazione dei poteri, come argomentato nel primo capitolo⁴, è improntato ad enfatizzare la tecnica dei *checks and balances* piuttosto che quella di stretta separazione.

Quanto dunque a tali interferenze funzionali, in primo luogo occorre rilevare che non ogni funzione giurisdizionale viene svolta dal complesso delle corti istituite ai sensi dell'Art. III. A prescindere dalle deroghe alla giurisdizione generale stabilite a favore del Congresso, che a causa della loro specificità ho deciso di non considerare in questa trattazione⁵, nel sistema nordamericano possono essere riscontrati casi in cui

⁴ Si veda *supra*, in particolare § 1.3.

⁵ Il tema delle deroghe alla giurisdizione generale a favore delle assemblee legislative presenta infatti specificità che attengono alla speciale posizione costituzionale riconosciuta alla Camere. In proposito sia sufficiente in questa sede rinviare in via generale a A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, 2004, che, p. 2 ss., fa storicamente risalire le deroghe alla giurisdizione generale in favore del Parlamento al *Bill of Rights* inglese del 1689 ed alla sua previsione della *freedom of speech and debate*, in I, 9, per cui «the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament». Per una comparazione, anche in chiave storica, dell'ordinamento inglese e di quello americano al riguardo, si veda J. A. CHAFETZ, *Democracy's Privileged Few, Legislative Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitutions*, New Haven (CT), 2007. Nell'ordinamento americano, in merito alle deroghe alla giurisdizione a favore del Congresso rilevano lo U.S. Const., Art. I, Sec. 5, nella Cl. 1, secondo cui «Each House shall be the judge of the elections, returns and qualifications of its own members», e nella Cl. 2, laddove prevede che «Each House may determine the rules of its proceedings, punish its members for disorderly behavior, and, with the concurrence of two thirds, expel a member», nonché lo U.S. Const., Art. 6, Sec. 2, Cl. 1, per cui: «The Senators and Representatives [...] shall in all cases, except treason, felony and breach of the peace, be privileged from arrest during their attendance at the session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any speech or debate in either House, they shall not be questioned in any other place». Tale ultima previsione è conosciuta con il nome di *Speech or debate clause* ed in

funzioni giurisdizionali sono sottratte al potere giudiziario a vantaggio, grosso modo⁶, delle giurisdizioni statali o altri in cui esse sono devolute ad organi dell'esecutivo⁷. In secondo luogo, il complesso delle corti ex Art. III non si limita a svolgere funzioni giurisdizionali, giacché può capitare che ad esso siano attribuite funzioni ulteriori. Da un canto vengono riconosciute alle corti o al giudiziario funzioni legislative⁸. Dall'altro canto, è possibile riscontrare l'attribuzione a tale complesso di Corti anche di funzioni esecutive, alcune delle quali attengono alla stessa organizzazione del potere giudiziario⁹, altre potrebbero avere ad oggetto i campi più diversi dell'amministrazione¹⁰.

Cercando di procedere con ordine, conviene muovere dall'ipotesi della sottrazione di funzioni giurisdizionali al potere giudiziario federale, fenomeno conosciuto con il nome di *jurisdiction stripping*.

1.1. Il tradizionale *self restraint* di Congresso e Corte Suprema.

Come indicato in apertura di paragrafo, la *Vesting Clause* dell'Art. III della Costituzione americana, sulla base del cosiddetto compromesso

merito si rinvia a R. J. REINSTEIN, H A. SILVERGLATE, *Legislative Privilege and the Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, n. 86-7/1973, p. 1113 ss. In generale sulle deroghe deroghe alla giurisdizione a favore del Congresso si veda ora J. A. CHAFETZ, *Executive Branch Contempt of Congress*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 76-3/2009, p. 1083 ss., e, ancor più recentemente, ID., *Congress's Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 160/2012, p. 715 ss. Inoltre, potrebbero essere fatti rientrare nella categoria delle deroghe alla giurisdizione a favore del Congresso anche i procedimenti a seguito della messa in stato d'accusa del Presidente o di altri pubblici ufficiali, almeno per coloro che non li ricostruiscano alla stregua di strumenti volti alla mera rimozione dalla carica del soggetto imputato senza alcuna possibile conseguenza penale. In merito, si vedano J. TURLEY, *Senate Trials and Factional Disputes: Impeachment as a Madisonian Device*, in *Duke Law Journal*, n. 49-1/1999, p. 1 ss., e N. K. KATYAL, *Law Impeachment as Congressional Constitutional Interpretation*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 63-1.2/2000, p. 169 ss.

⁶ Talora la giurisdizione sottratta alle corti federali non può essere esercitata nemmeno da quelle statali. In questi casi si verificano vere e proprie lacune di tutela giurisdizionale. A proposito di tale fenomeno, si veda *infra*, in questo §.

⁷ Si veda *infra*, § 2.III.2.

⁸ Si veda *infra*, § 2.III.3.

⁹ Si veda *infra*, § 2.III.4.

¹⁰ Si veda *infra*, § 2.III.5.

madisoniano di cui abbiamo già dato notizia nello scorso capitolo¹¹, assegna il potere giudiziario alla Corte Suprema degli Stati Uniti ed alle corti inferiori che il Congresso decide di creare. Tale ultima previsione, che conferisce il potere giudiziario, oltre che alla Corte Suprema, a «such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish», assume il nome di *Ordain and Establish Clause*. Nell'esercizio di tale potere, nel corso del tempo il Congresso ha istituito, in aggiunta alla Corte Suprema, altre corti federali, che consistono in tredici corti d'appello (le undici corti di circuito, quella per il Distretto di Columbia e quella per il circuito federale), nelle novantaquattro corti di distretto degli Stati Uniti, nonché la *United States Court of International Trade*.

Tale complesso di corti – quella Suprema e quelle inferiori create dal Congresso ai sensi dell'Art. III – è garantito nella sua indipendenza con le tutele del salario e dell'inamovibilità¹² e a tale complesso giudiziario viene garantita l'attribuzione, nello specifico, di casi e controversie rientranti in una delle nove categorie analiticamente individuate dall'Art. III, Sec. 2, Cl. 1¹³. Tuttavia, la successiva Cl. 2, chiamata *Exceptions Clause of Art. III*, dopo avere indicato i casi – invero poco significativi – in cui la Corte Suprema ha giurisdizione originaria, stabilisce che in tutti gli altri essa ha giurisdizione d'appello, fatte salve, tuttavia, le eccezioni che il Congresso voglia introdurre¹⁴.

¹¹ Per il quale si veda *supra*, § 2.1.

¹² U.S. Const., Art. III, Sec. 1: «The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office».

¹³ U.S. Const., Art. III, Sec. 2, Cl. 1: «The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; to all cases of Admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects».

¹⁴ U.S. Const., Art. III, Sec. 2, Cl. 2: «In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make».

Fatta eccezione per la poco significativa giurisdizione originaria della Corte Suprema, dal tenore complessivo delle due disposizioni testé citate – l'*Ordain and Estabilsh Clause* e l'*Exceptions Clause of Art. III* –, si evince che il potere giurisdizionale di livello federale non è del tutto riservato alle corti federali individuate dallo stesso Art. III. Anzitutto, le corti federali inferiori stabilite dal Congresso possono essere private di giurisdizione dal Congresso medesimo sulla base della stessa *Ordain and Estabilsh Clause*: così come il Congresso può creare corti inferiori alla Corte Suprema, conferendo loro le attribuzioni giurisdizionali che esso crede, nel medesimo modo lo stesso Congresso può sottrarre alla Corti che ha istituito alcune delle attribuzioni giurisdizionali che aveva riconosciuto loro¹⁵. Parimenti, quanto alla Corte Suprema, la sua giurisdizione d'appello può subire le eccezioni che il Congresso, in virtù dell'*Exceptions Clause of Art. III*, ritiene più opportune¹⁶. In ciò consistono i fenomeni di *jurisdiction stripping*, ossia nella sottrazione di attribuzioni giurisdizionali al sistema delle corti federali delineato dall'Art. III.

Quando il Congresso esercita il proprio potere di *jurisdiction stripping*, l'esito è quello della sottrazione di ogni competenza giurisdizionale al sistema delle corti federali. I casi e le controversie che dovessero sorgere, dunque, non potranno trovare soluzione presso una delle Corti istituite sulla base dell'Art. III e perciò dotate delle garanzie di indipendenza che la disposizione assicura. Tali casi e controversie generalmente rifluiranno nelle giurisdizioni statali. Saranno dunque risolti da un sistema di corti, come generalmente sono i giudiziari statali americani, non assicurate nella loro indipendenza dalla *life tenure*¹⁷. In altre ipotesi potranno addirittura darsi casi o controversie sprovviste di ogni istanza giurisdizionale presso la quale possa essere garantita la tutela dei diritti. In questi casi la deroga all'aspirazione al *rule of law* diviene massima, giacché un eventuale atto di un potere pubblico che limitasse le libertà personali può

¹⁵ Si veda P. M. BATOR, *Congressional Power Over the Jurisdiction of the Federal Courts*, in *Villanova Law Review*, n. 27/1982, p. 1030 ss.

¹⁶ Si veda H. WECHSLER, *The Courts and the Constitution*, in *Columbia Law Review*, n. 65-6/1965, p. 1005 s.

¹⁷ Come accennato anche *supra*, § 2.II.1., i giudici degli ordinamenti statali sono carenti quanto ad indipendenza e separatezza dagli altri poteri, non essendo garantiti dalla *life tenure* ed essendo generalmente elettivi per un mandato temporaneo e rinnovabile.

informarsi ad una completa arbitrarietà, insuscettibile com'è alla sottoposizione a qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale¹⁸.

Consapevole dei problemi di tutela dei diritti che l'esercizio del potere congressuale di *jurisdiction stripping* produce, la parte più sensibile della dottrina americana ha cercato di attenuarne le conseguenze. Recentemente, il Professor Amar ha sostenuto che il Congresso, almeno con riguardo ad alcune categorie di controversie, non può sottrarre attribuzioni nello stesso tempo alla Corte Suprema e alle corti inferiori. Il principio della separazione dei poteri e l'aspirazione al *rule of law* richiederebbero, sulla base di tale prospettiva, che il Congresso provveda ad assicurare, se non altro in appello e almeno con riferimento ad alcune materie, la giurisdizione del corpo giudiziario federale, non sostituibile con organi sprovvisi delle stesse garanzie di indipendenza¹⁹. Secondo altri, poi, il potere

¹⁸ È il caso, ad esempio, che riguarda alcune centinaia di persone unilateralmente classificate dall'amministrazione come *enemy combatant* e, senza un'accusa né il controllo di un'autorità giurisdizionale, detenute a Guantanamo Bay per periodi anche superiori – al momento della sentenza sul caso *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), da cui traggio il dato – ai sei anni. Per costoro, almeno prima degli interventi della Corte Suprema (per cui si veda *infra*, in questo §), la via delle giurisdizioni statali era preclusa. Del resto, sulla base del *Tarble's Case*, 80 U.S. 397 (1871), le corti statali non possono garantire l'*habeas corpus* nei confronti del governo federale. Per dirla con S. I. VLADECK, *Federal Courts, Practice & Procedure: Boumediene's Quiet Theory: Access to Courts and the Separation of Powers*, in *Notre Dame Law Review*, n. 84/2009, p. 2139, «As a result, and unlike for most constitutional claims, the preclusion of federal jurisdiction over habeas petitions is the preclusion of judicial review en toto». Vi sono dunque casi in cui la sottrazione della giurisdizione ai giudici federali non si accompagna nemmeno alla devoluzione delle relative controversie alle giurisdizioni statali ma comporta semplicemente una totale carenza di tutela giurisdizionale dei diritti.

¹⁹ A. R. AMAR, *The Two-Tiered Structure of the Judiciary Act of 1789*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 138/1990, p. 1511 s.: «Wherever Congress can legislate, the executive must have coordinate authority to execute, and the judiciary to adjudicate. Laws passed by the national legislature shall be approved and implemented by a national executive and expounded definitively by national judges. [...] The [...] principle derives from [...] the structural observation that the opening "shall be vested" lines of articles I, II and III establish three equal and coordinate branches. Underlying this textual vesting and structural symmetry is a root principle of the rule of law. [...] If the framers had allowed Congress to vest final interpretive authority in state judges who might lack both competence and independence, it would be easy to circumvent this careful separation of powers. [...] Although Congress need not legislate in a given area at all, if it legislates it must respect the rule of law, by providing for coextensive federal jurisdiction (at least on appeal)».

di *jurisdiction stripping* non potrebbe essere utilizzato per precludere la giurisdizione della Corte Suprema in materia costituzionale²⁰.

Tuttavia, tra le varie posizioni dottrinali, la concettualizzazione del Professor Henry Hart, sostenuta a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso e considerata quella più *tradizionale*, resta sostanzialmente predominante. L'autore, sulla base dell'intreccio delle disposizioni costituzionali di cui all'*Ordain and Estabilsh Clause* e all'*Exceptions Clause of Art. III*, nonché della giurisprudenza in materia, fornisce la classica ricostruzione in tema di *jurisdiction stripping*, che non rinviene nelle due disposizioni costituzionali significativi limiti a tale potere del Congresso. Non a caso Hart ha finito per affermare che la funzione di garante ultimo dei diritti costituzionali va riconosciuta in capo non alla Corte Suprema né alla giurisdizione federale bensì alle corti statali, che nella generalità dei casi – ma come appena detto, non sempre – risultano beneficiarie delle sottrazioni di giurisdizione che il Congresso abbia disposto a discapito delle prime²¹. Lo stesso Hart, per la verità, ha attenuato l'ampiezza dei poteri riconosciuti al Congresso, sostenendo che il *jurisdiction stripping* non potrebbe spingersi fino a mettere in pericolo le funzioni essenziali della Corte Suprema²².

²⁰ È la tesi di R. H. FALLON, JR., D. J. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harvard Law Review*, n. 104-8/1991, p. 1778 s., e di L. G. SAGER, *The Supreme Court, 1980 Term – Foreword: Constitutional Limitations on Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of Federal Courts*, in *Harvard Law Review*, n. 95/1981, p. 65, secondo cui un ricorso illimitato a forme di *jurisdiction stripping* è «inconsistent with the constitutional commitment to a radically independent federal judiciary».

²¹ H. M. HART, JR., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, in *Harvard Law Review*, n. 66-8/1953, p. 1401, che, riferendosi alle corti statali, affermava: «In the scheme of the Constitution, they are the primary guarantors of constitutional rights, and in many cases they may be the ultimate ones». Si tratta di una tesi le cui radici possono essere rintracciate nel saggio n. 82 di A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist Papers*, New York, 2006 (1787), p. 536, in cui Alexander Hamilton ammette che le «State courts would have a concurrent jurisdiction [con le corti federali] in all cases arising under the laws of the Union where it was not expressly prohibited».

²² H. M. HART, JR., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts*, cit., p. 1362 ss., secondo cui, poiché il potere del Congresso con riferimento alla giurisdizione della Corte Suprema si fonda sulla *Exceptions Clause*, «'exception' implies some residuum of jurisdiction» (p. 1364). Nello stesso senso L. G. RATNER, *Congressional Power Over the Appellate Jurisdiction of the Supreme Court*, in *Pennsylvania Law Review*, n. 109-2/1960, p. 157 ss., che, ritenendo costi-

Del resto, non sono mancate opinioni volte a sostenere una lettura ancor più lata del potere congressuale di *jurisdiction stripping*. È questa, ad esempio, la tesi del Prof. Black, il quale utilizza proprio un argomento desumibile da una certa interpretazione della dottrina della separazione dei poteri, sulla base della quale il potere congressuale di *jurisdiction stripping* andrebbe fatto rientrare tra i *cheks* del Congresso nei confronti del potere giudiziario e dunque dovrebbe poter essere inserita facilmente all'interno del complessivo sistema dei *checks and balances*. L'autorevole opinione, muovendo – va sottolineato – da una considerazione che lega i rapporti tra Congresso e Giudiziario al sistema democratico, secondo dunque quello schema che inserisce il potere giudiziario quale uno degli attori del processo democratico all'interno del meccanismo dei *checks and balances*, può infatti finire per definire la capacità del Congresso di controllare la giurisdizione delle corti federali nientemeno che come «the rock on which rests the legitimacy of the judicial work in a democracy»²³.

Quanto al profilo storico, esso rivela immediatamente come in effetti le proposte di *jurisdiction stripping* si ricollegano alla difformità di indirizzo politico tra le Corti e gli organi degli altri due poteri. In effetti, proposte di legge volte a sottrarre quote di giurisdizione alle Corti federali sono state spesso introdotte nel Congresso degli Stati Uniti a partire fin dall'inizio del XIX Secolo²⁴. Esse, anche in tempi più recenti, sono state avanzate da membri del Congresso generalmente in occasione di pronunciamenti della Corte Suprema su questioni alquanto dibattute nell'arena politica, quando essi si ritenevano in profondo disaccordo con le soluzioni offerte dai giudici. In questi casi, infatti, i membri del Congresso hanno di sovente proposto progetti di legge volti ad esclude-

tuzionalmente obbligatorio garantire la “*essential function*” della Corte Suprema, suggerisce di dare a tale locuzione un significato più esteso. *Contra* invece H. WECHSLER, *The Courts and the Constitution*, cit., p. 1005 s., e M. H. REDISH, *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, II ed., Charlottesville (VA), 1990, p. 24 ss. Dubbioso, infine, G. GUNTHER, *Congressional Power to Curtail Federal Court Jurisdiction: An Opinionated Guide to the Ongoing Debate*, in *Stanford Law Review*, n. 36-4/1984, p. 920.

²³ C. L. BLACK, JR., *The Presidency and Congress*, in *Washington and Lee Law Review*, n. 32-4/1975, p. 846.

²⁴ Esse sono documentate nella ricostruzione di G. GUNTHER, *Congressional Power to Curtail Federal Court Jurisdiction*, cit., p. 895 ss., e in quella di R. H. FALLON, JR., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, in *Virginia Law Review*, n. 96-5/2010, p.1063.

re la giurisdizione del giudiziario federale proprio in quelle materie con la speranza che le corti statali avrebbero poi ignorato quei precedenti sgraditi introdotti nella giurisprudenza federale. Per fare qualche esempio significativo, che illustra come il meccanismo di *jurisdiction stripping* possa essere effettivamente inserito nel sistema democratico americano, iniziative di tal fatta si sono verificate dopo la sentenza *Roe v. Wade*²⁵, che ha riconosciuto una protezione costituzionale al diritto all'aborto, o dopo i pronunciamenti in materia di *school busing*, che avevano avuto lo scopo di attuare il processo di desegregazione razziale, o, ancora, a seguito di quelli che hanno escluso le preghiere nelle scuole pubbliche, considerate dalla Corte in contrasto con l'*Establishment Clause*, per citare solo i casi più clamorosi²⁶.

Tali proposte, tuttavia, solo raramente hanno avuto seguito legislativo. In particolare, prima dell'amministrazione del Presidente George W. Bush, secondo alcuni autori non ne sarebbero state più approvate di significative dagli anni Trenta²⁷. Un caso clamoroso di *jurisdiction stripping* era stato invece condotto in porto nel 1869, durante la Ricostruzione che

²⁵ 410 U.S. 113 (1973).

²⁶ Per i riferimenti ai progetti di legge di *jurisdiction stripping* presentati in occasione delle pronunce citate ed in altre ancora, si veda M. J. KATZ, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping: The Imperial President Meets the Imperial Court*, in *Constitutional Commentary*, n. 25-3/2009, p. 379 ss., in particolare le note 8, 9 e 10.

²⁷ R. H. FALLON, JR., D. J. MELTZER, D. L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, V ed., New York, 2003, p. 322. M. J. KATZ, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping*, cit., p. 383 s., note 24 e 25, invece, pur dando atto che non si tratta di un caso di sottrazione *tout court* della giurisdizione dal sistema delle corti federali, bensì di creazione di una giurisdizione federale speciale inferiore, sembra rinvenire un caso successivo agli anni Trenta nell'*Emergency Price Control Act* del 1942, che venne valutato dalla Corte Suprema nei casi *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944) e *Lockerty v. Phillips*, 319 U.S. 182 (1943). Inoltre sono previsti casi di almeno parziale *jurisdiction stripping* in materia di *habeas corpus* nell'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA) del 1996 (Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214) e nell'*Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRIRA) dello stesso anno (Pub. L. No. 104-208, div. C, 110 Stat. 3009-546), che dunque sono precedenti all'amministrazione del Presidente Bush Jr. La Corte Suprema, impiegando l'*avoidance doctrine* (per cui si veda *infra*), era però riuscita a ritenere costituzionalmente ammissibili entrambe le ipotesi di sottrazione di giurisdizione, nelle sentenze *Felker v. Turpin, Warden*, 518 U.S. 651 (1996), e *Immigration and Naturalization Service v. St Cyr.*, 533 U.S. 289 (2001). Sul punto, si veda P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 77-2/2010, p. 611 ss.

seguiva la Guerra Civile, quando il Congresso sospese la giurisdizione della Corte Suprema in materia di *habeas corpus*. In quel momento pendeva presso la Corte Suprema il ricorso di William McCardle, ex sergente dell'esercito confederale, che era detenuto da un comando militare dopo la pubblicazione di alcuni vivaci articoli contro i provvedimenti adottati dagli Stati Uniti per attuare il progetto di Ricostruzione. Poiché il Congresso a maggioranza repubblicana e dunque anti-confederale temeva che la Corte Suprema potesse assumere una posizione invece filo-confederale, le sottrasse la giurisdizione prima che il caso fosse deciso. La Corte, dal canto suo, in *Ex parte McCardle*²⁸, ritenne che l'intervento del Congresso fosse consentito dall'*Exceptions Clause of Art. III*, mostrando di non avere eccessive preoccupazioni rispetto al potere congressuale di *jurisdiction stripping*.

Questo atteggiamento, fu mantenuto anche nella giurisprudenza successiva. Basti considerare che, con riferimento ai casi di *jurisdiction stripping* a discapito delle corti federali inferiori, almeno prima del 2008, il Congresso non aveva incontrato alcuna limitazione significativa. Lo stesso dicasi, inoltre, in relazione alle leggi introduttive di preclusioni alla giurisdizione federale di appello della Corte Suprema, che, sempre fino al 2008, non erano mai state colpite da alcuna dichiarazione di incostituzionalità da parte di quest'ultima²⁹. Il massimo di scrupolo verso l'impiego del potere congressuale di *jurisdiction stripping* era stato manifestato dalla Corte Suprema con il ricorso all'*avoidance doctrine*, che suggerisce alla Corte di scegliere, tra quelle possibili, un'interpretazione che eviti di affrontare l'eventuale problema di costituzionalità³⁰. Con ciò, in effetti, essa comunque manifestava la consapevolezza che la sottrazione di sfere

²⁸ 74 U.S. 506 (1868). Per un commento della sentenza, vedi W. W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Ex Parte McCardle*, in *Arizona Law Review*, n. 15/1973, p. 229 ss.

²⁹ M. J. KATZ, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping*, cit., p. 377 ss., soprattutto note da 47 a 52.

³⁰ Si vedano *Immigration and Naturalization Service v. St Cyr*, 533 U.S. 289, 299 s. e 314 (2001), e *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592, 603 (1988). In quest'ultimo caso, in particolare, la Corte afferma che «serious constitutional question [...] would arise if a federal statute were construed to deny any judicial forum for a colorable constitutional claim». Sul punto si veda M. J. KATZ, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping*, cit., p. 377 ss., soprattutto note da 47 a 52, e L. G. SAGER, *The Supreme Court, 1980 Term*, cit., p. 20, per il quale la Corte, «for its part, has generally tried to avoid or soften confrontations with the national legislature».

giurisdizionali alle corti federali *ex art. III* può far sorgere problematiche in termini di tutela dei diritti.

1.2. L'inusitato attivismo dei poteri politici dopo l'11 settembre e la reazione del potere giudiziario.

Rispetto a questo quadro generale, in cui la modesta reattività della Corte Suprema faceva da contraltare ad un uso equilibrato e comunque marginale, da parte del Congresso, delle ampie facoltà di *jurisdiction stripping* ad esso riconosciute dalla Costituzione, negli anni recenti si deve registrare una notevole deviazione³¹. Tale svolta può essere messa in relazione alla politica antiterrorismo perseguita durante l'amministrazione del Presidente Bush Jr, che, per via delle incessanti richieste di concentrazione di potere nelle sue mani, si è meritata l'appellativo di presidenza imperiale³². Tra gli atti che giustificano un simile appellativo è da includere il *Military Commission Act* (MCA) del 2006³³. Questo provvedimento legislativo, tra

³¹ Secondo R. H. FALLON, JR., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, cit., p. 1046, con riguardo alla politica dell'amministrazione Bush in materia di *jurisdiction stripping*, afferma «The Military Commissions Act ("MCA"), adopted in 2006, marked a deviation from the historical norm».

³² Tra gli altri si veda C. SAVAGE, *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, New York, 2007, e J. M. BALKIN, *Constitutional Hardball and Constitutional Crises*, in *Quinnipiac Law Review*, n. 26/2008, p. 583: «President Bush pushed hard for an increase in presidential power, greater secrecy, and limited accountability for the Executive, arguing that these changes were necessary to fight the global war on terror». Le accuse all'amministrazione sono talora anche andate oltre: J. J. PAUST, *Beyond the Law: The Bush Administration's Unlawful Responses in the "War" On Terror*, New York, 2007, imputa al Presidente Bush di aver adottato comportamenti tecnicamente criminali nel perseguimento della cosiddetta *war on terror*.

³³ Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006) (10,18, 28, e 42 U.S.C.), come seccesivamente emendato dal Military Commissions Act (MCA), 28 U.S.C.A. § 2241(e) (Supp. 2007), dispone che «No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination». La disposizione stabilisce inoltre che «no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider any other action against the United States or its agents relating to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of confinement of an alien who is or was detained by the United States and

l'altro, disponeva un intervento di *jurisdiction stripping* a discapito delle corti federali con riguardo alla giurisdizione in materia di *habeas corpus* per i detenuti stranieri considerati *enemy combatants*. Questi, pertanto, secondo l'impostazione dell'MCA, avrebbero potuto essere detenuti a tempo indeterminato, potenzialmente fino alla fine della *war on terror*, senza che su tali detenzioni potesse essere svolto alcun controllo giurisdizionale³⁴.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, tuttavia, giudicò costituzionalmente illegittimo il provvedimento con la sentenza *Boumediene v. Bush* del 2008, che vale la pena ricostruire in sintesi³⁵.

Boumediene era uno di cinque algerini arrestati in Bosnia dalle autorità di quel Paese nell'ottobre del 2001 per essere sospettati di progettare un attacco terroristico contro la locale ambasciata americana. Poiché la Corte Suprema della Bosnia ne aveva ordinato il rilascio vista la carenza di prove a loro carico, essi vennero presi in custodia dalle truppe americane, trasferiti a Guantanamo Bay ed ivi detenuti senza essere sottoposti a processo e senza nemmeno essere formalmente accusati³⁶.

La sentenza *Boumediene* è giudicata da Ronald Dworkin «one of the most important Supreme Court decisions in recent years»³⁷. E ciò non soltanto perché ha costituito un ostacolo particolarmente rilevante nel perseguimento della *war on terror* come concepita dall'amministrazione

has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination».

³⁴ Military Commissions Act (MCA), Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006). Il provvedimento legislativo è l'apice di un'articolata dialettica tra Corte e Congresso, che prende le mosse dalla sentenza *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), in cui la Corte riconobbe ai detenuti stranieri di Guantanamo l'*habeas corpus* sulla base della disposizione legislativa che regola in generale la materia nell'ordinamento americano, ossia 28 U.S.C. Section 2241. Il Congresso approvò dunque il *Detainee Treatment Act* (DTA), che modificò la *Section 2241* in modo di derogarvi esplicitamente e dunque di privare del diritto in parola i detenuti all'estero qualificati come *enemy combatants*. Ma la Corte Suprema, a sua volta rispose al Congresso con la sentenza *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), che negava l'applicazione retroattiva di tale modifica legislativa. Solo allora il Congresso approvò il MCA del 2006, che, senza più alcun dubbio sospendeva anche con effetto retroattivo la garanzia dell'*habeas corpus* per i cittadini stranieri detenuti dall'amministrazione come *enemy combatants*.

³⁵ 553 U.S. 723 (2008).

³⁶ R. DWORKIN, *Why It Was a Great Victory*, in *The New York Review Books*, n. 55-13/2008, p. 18 ss.

³⁷ R. DWORKIN, *Why It Was a Great Victory*, cit., p. 18.

Bush. In effetti, dopo la sentenza *United States v. Klein* del 1871³⁸, si tratta anche del primo caso in cui la Corte Suprema afferma esplicitamente l'illegittimità costituzionale di un provvedimento di *jurisdiction stripping*. La sentenza non si fonda invero sull'Art. III, che – come abbiamo visto – conferisce la funzione giurisdizionale ad un corpo giudiziario federale protetto da garanzie di indipendenza, bensì su una diversa disposizione. Si tratta della cosiddetta *Suspension Clause*³⁹, che è specificamente dedicata alla sospensione del diritto all'*habeas corpus*. Cionondimeno, *Boumediene* resta di fondamentale importanza anche nella configurazione del potere congressuale di *jurisdiction stripping*, con l'ovvia precisazione che la sua portata non può essere meccanicamente estesa agli altri casi di *jurisdiction stripping*, almeno quando non ineriscano alla materia dell'*habeas corpus*.

Al di là delle specifiche considerazioni in materia di *Suspension Clause*⁴⁰, l'*opinion* di maggioranza redatta dal giudice Kennedy dichiara l'illegittimità costituzionale del *jurisdiction stripping* in questione sulla base di una premessa molto utile per un approfondimento delle riflessioni svolte in questa sede. La dottrina della separazione dei poteri – sostiene il giudice Kennedy – è diretta a tutelare le libertà individuali contro la ti-

³⁸ 80 U.S. 128 (1871). Si tratta di un caso relativo agli espropri subiti dai cittadini del Sud durante la Guerra Civile. Tra di essi coloro che erano rimasti fedeli all'Unione avevano titolo per ottenere la restituzione dei propri beni. Tuttavia, con riferimento ad alcune ipotesi, il Congresso aveva negato la giurisdizione tanto della competente *Court of Claims* quanto della Corte Suprema (Act of July 12, 1870, ch. 251, 16 Stat. 230, 235). La Corte Suprema, in una sentenza non particolarmente chiara nella sua argomentazione, ignorò la disposizione legislativa. Sulla vicenda e sulla valutazione della sentenza, si veda R. H. FALLON, JR., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, cit., p. 1078 ss.

³⁹ U.S. Const, Art. I, Sec. 9, Cl. 2: «The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it».

⁴⁰ L'*opinion* del giudice Kennedy è assai articolata. Del resto la rilevanza del caso meritava un'attenzione particolare. Pertanto, l'argomentazione che giustifica la conclusione considera tutta una serie di questioni che qui si trascurano in quanto non pertinenti al profilo della presente trattazione. Si tratta delle tematiche connesse alla già menzionata *Suspension Clause*, all'applicabilità dell'*habeas corpus* con riferimento allo *status* di straniero del detenuto, all'ubicazione all'estero del luogo di detenzione, alla natura della sovranità esercitata dagli Stati Uniti sul territorio cubano di Guantanamo Bay, e all'adeguatezza dei procedimenti alternativi all'*habeas corpus* predisposti dal DTA.

rannia⁴¹. Pertanto, essa richiede che il potere giudiziario possa controllare la legalità degli atti con cui l'esecutivo dispone la detenzione di soggetti, anche se stranieri e anche se detenuti al di fuori degli Stati Uniti⁴². Così – prosegue Kennedy – non possono essere legislativo ed esecutivo a stabilire i propri limiti, perché altrimenti si realizzerebbe un sistema in cui agli organi dei due poteri politici sarebbe riconosciuta la facoltà di attivare o disattivare la Costituzione a piacere⁴³. Infatti, l'interpretazione delle disposizioni costituzionali – la Corte si riferisce in particolare a quelle sull'*habeas corpus* – non può essere soggetta alla manipolazione di coloro i cui poteri quelle stesse disposizioni intendono limitare⁴⁴.

A ben vedere, si tratta di una interpretazione che muove dalla stessa prospettiva da cui procedeva, con esiti opposti, quella poca' anzi citata del Prof. Black⁴⁵. In entrambe le prospettazioni la separazione dei poteri è interpretata enfatizzando il meccanismo dei pesi e dei contrappesi. Sol tanto che nella ricostruzione di Black il potere congressuale di *jurisdiction stripping* è interpretato come un *check* del legislativo sul giudiziario. Viceversa, nella ricostruzione di Kennedy, è lo stesso potere giudiziario

⁴¹ Si tenga conto in particolare, 553 U.S. 723 (2008), di tale passaggio: «The Framers' inherent distrust of governmental power was the driving force behind the constitutional plan that allocated powers among three independent branches. This design serves not only to make Government accountable but also to secure individual liberty». Il passaggio è poi rafforzato dal rinvio all'ampia giurisprudenza precedente nello stesso senso. In particolare sono richiamate: *Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 756 (1996), laddove rileva che «Even before the birth of this country, separation of powers was known to be a defense against tyranny»; *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579, 635 (1952), nella celeberrima concurring del giudice Jackson, in cui si sostiene che «the Constitution diffuses power the better to secure liberty»; *Clinton v. City of New York*, 524 U. S. 417, 450 (1998) nella *concurring* dello stesso Kennedy, il quale aveva già argomentato che «Liberty is always at stake when one or more of the branches seek to transgress the separation of powers».

⁴² *Boumediene*, 553 U.S. 723 (2008): «the Judiciary will have a time-tested device, the writ, to maintain the “delicate balance of governance” that is itself the surest safeguard of liberty». Il concetto è spiegato dal giudice Kennedy in questi termini: «Because the Constitution's separation-of-powers structure [...] protects persons as well as citizens, foreign nationals who have the privilege of litigating in our courts can seek to enforce separation-of-powers principles».

⁴³ *Boumediene*, 553 U.S. 723 (2008), secondo cui una diversa interpretazione implicherebbe necessariamente che «the political branches have the power to switch the Constitution on and off at will».

⁴⁴ *Boumediene*, 553 U.S. 723 (2008), dove si afferma che la Costituzione «must not be subject to manipulation by those whose power it is designed to restrain».

⁴⁵ Si veda *supra*, in questo §.

nell'applicazione della legge e della Costituzione ad essere inteso, complessivamente, quale *check* sui poteri politici.

Il punto del dissidio – come si vede – è dunque rappresentato dalla individuazione del potere cui compete l'interpretazione della legge ed in particolare della Costituzione. Infatti, assumere una interpretazione simile a quella offerta da Black – afferma il giudice Kennedy – «would permit a striking anomaly in our tripartite system of government, leading to a regime in which Congress and the President, not this Court, say “what the law is”»⁴⁶. Non a caso, Kennedy, a sostegno della sua tesi cita la sentenza *Marbury v. Madison*⁴⁷, che afferma il potere di *judicial review* della Corte Suprema. Ciò non deve stupire: che senso avrebbe, d'altro canto, stabilire il *judicial review* delle leggi se poi il legislatore fosse libero di sottrarsi togliendo di mezzo il giudice (federale) di cui temesse il giudizio avverso? La risposta di Kennedy è dunque chiara: spetta alla Corte l'ultima parola in materia di interpretazione costituzionale, con ciò rivendicando che in questo campo esiste una *judicial supremacy*, secondo una dottrina che viene spesso ricondotta nelle sue origini proprio a *Marbury v. Madison* ma la cui attualità è fortemente contrastata – come vedremo nel prossimo capitolo – da una parte consistente e crescente della dottrina americana⁴⁸.

Un'ultima annotazione rileva in questo discorso con riguardo a *Boumediene*. Come è stato osservato dalla dottrina americana, la Corte ha normalmente utilizzato il principio della separazione dei poteri con lo scopo di delineare la competenza nei conflitti tra gli altri due *Depar-*

⁴⁶ Sembra utile riportare integralmente il passaggio di *Boumediene*, 553 U.S. 723 (2008): «Even when the United States act outside its borders, its powers are not “absolute and unlimited” but are subject “to such restrictions as are expressed in the Constitution” [...la citazione è da *Murphy v. Ramsey*, 114 U.S. 15, 44 (1885)]. Abstaining from questions involving formal sovereignty and territorial governance is one thing. To hold the political branches have the power to switch the Constitution on or off at will is quite another. The former position reflects this Court's recognition that certain matters requiring political judgments are best left to the political branches. The latter would permit a striking anomaly in our tripartite system of government, leading to a regime in which Congress and the President, not this Court, say “what the law is”». Tale ultima citazione è la celeberrima espressione contenuta in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803).

⁴⁷ Nota l'identità di argomenti tra *Marbury* e *Boumediene* M. J. KATZ, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping*, cit., p. 397 s.

⁴⁸ Per la dottrina della *judicial supremacy*, che generalmente si contrappone all'opposto orientamento detto dipartimentalista, si veda *infra*, § 2.III.3.3.

tments in casi nei quali la giurisdizione della Corte Suprema stessa con riguardo alla controversia era indiscussa. In *Boumediene*, invece, per la prima volta la Corte utilizza la dottrina della separazione dei poteri per affermare la giurisdizione sua e del potere giudiziario federale in generale, contrastando una opposta decisione assunta in accordo dai due poteri politici. La Corte fa ciò proprio con lo scopo di realizzare la finalità sostanziale cui la dottrina della separazione dei poteri è diretta, ossia quella di tutelare dall'arbitrio dei poteri politici le libertà costituzionalmente stabilite applicando imparzialmente la legge e la Costituzione. In questo modo si rende evidente – come ha notato Fallon⁴⁹ – che tale pronuncia, particolarmente audace nella difesa dell'autonomia del potere giudiziario, si ricollega ad un'interpretazione della separazione dei poteri che enfatizza non soltanto la dimensione dei *checks and balances* ma anche quella del *rule of law*, che fin dal capitolo precedente abbiamo individuato come la matrice più utile al fine di costruire una più stretta divisione tra organi dei poteri politici e potere giudiziario.

In conclusione, si può osservare che le più recenti vicende inerenti all'uso del potere congressuale di *jurisdiction stripping* rivelano alcuni sviluppi interessanti. Il legislatore aveva infatti abbandonato il tradizionale *self restraint* impiegato nell'adozione di provvedimenti di tal fatta, nonostante la Costituzione apparisse particolarmente permissiva in ordine a questa facoltà del Congresso (almeno sulla base di un'interpretazione letterale). A ciò ha però corrisposto un maggior attivismo della Corte Su-

⁴⁹ Sul punto si veda R. H. FALLON, JR., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, cit., p. 1062 s., il quale afferma che la Corte Suprema fa derivare il proprio ruolo di necessario interprete autoritativo della Costituzione dalle due dottrine della *separation of power* e del *rule of law*. Per Fallon essa infatti afferma «the idea that the separation of powers and the rule of law require authoritative exposition of the Constitution by the federal judiciary as a whole or the Supreme Court in particular». In realtà il *rule of law* non è mai citata – quantomeno esplicitamente – in *Boumediene*, fatta eccezione per i caustici *dissentings* del presidente Roberts e del giudice Scalia. Con riguardo all'opinione di maggioranza, il primo si domanda, 553 U.S. 723 (2008): «So who has won? [...] Not the rule of law, unless by that is meant the rule of lawyers, who will now arguably have a greater role than military and intelligence officials in shaping policy for alien enemy combatants. And certainly not the American people, who today lose a bit more control over the conduct of this Nation's foreign policy to unelected, politically unaccountable judges». Il secondo invece chiosava, 553 U.S. 723 (2008): «It is a sad day for the rule of law when such an important constitutional precedent is discarded without an *apologia*, much less an apology».

prema⁵⁰, la quale, sulla base di una lettura più stringente della separazione dei poteri, ha potuto affermare che le *political branches* non possono liberarsi del controllo giurisdizionale sui loro atti manipolando la giurisdizione stessa. Come anticipato, in effetti è dubbio che si possa attribuire portata generale a tale pronunciamento della Corte Suprema, giacché esso è limitato all'ambito della garanzia dell'*habeas corpus*. Esso, tuttavia, resta pur sempre fondato su di una premessa passibile di lettura estensiva, come dimostra il fatto che non mancano, nella dottrina americana, voci favorevoli a riconoscere la portata generale di *Boumediene*⁵¹. Se l'indirizzo fosse confermato ed esteso nelle sue conseguenze, gli ampi poteri di *jurisdiction stripping* riconosciuti al Congresso dalla dottrina tradizionale, ne risulterebbero assai ridimensionati. All'opposto, il filone giurisprudenziale che afferma la *judicial supremacy* risulterebbe rafforzato da una lettura più rigida dell'attribuzione alle corti federali del potere di dire *what the law is*. Conseguentemente, la tutela giurisdizionale dei diritti non potrebbe più essere costretta ad accontentarsi della giurisdizione statale, dovendo viceversa poter sempre contare sui giudici federali, i quali, come si è detto, risultano maggiormente garantiti sul piano della loro indipendenza e separazione dai poteri politici.

⁵⁰ Si tratta della tesi sostenuta convincentemente da M. J. KATZ, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping*, cit., p. 420 s.: «it may well have appeared to the Boumediene Court that Congress simply was not up to the task of counterbalancing an imperious executive. Thus, the Court may have decided to take that role upon itself. [...] The Court may have been responding to a sense that the President was out of control and that Congress was not likely to stand up to him. Perhaps this was a time for action, rather than avoidance. The idea of one acting as a rubber stamp for another, as often seems to happen in the war on terror, would seem problematic – perhaps problematic enough to warrant the third branch in stepping up to serve as a check to the other two».

⁵¹ M M. J. KATZ, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping*, cit., p. 395: «Boumediene was a habeas case. Though habeas-stripping may conceptually be understood as a subset of jurisdiction-stripping, the Court did not characterize the case as a jurisdiction-stripping case. Rather, the Court addressed the case as a habeas case. However, [...] the principles the Court used to decide Boumediene effectively provide answers to the jurisdiction-stripping debate». Vedi anche S. I. VLADECK, *Federal Courts, Practice & Procedure*, cit., p. 2107 ss.

2. Funzioni giurisdizionali attratte nell'orbita dell'esecutivo.

Si potrebbe immaginare che la *Vesting Clause* dell'Art. III della Costituzione americana, nell'assegnare il potere giudiziario degli Stati Uniti alla Corte Suprema e alle Corti inferiori create dal Congresso, imponga a quest'ultimo di attribuire a tale complesso di corti ogni caso o controversia che si intenda elevare dalla giurisdizione statale a quella federale. Solo sulla base di una simile interpretazione sarebbe possibile garantire che l'acquisizione alla giurisdizione federale di casi e controversie precedentemente rientranti nelle giurisdizioni statali avvenga a favore di un corpo giudiziario dotato delle garanzie di indipendenza che caratterizzano appunto le cosiddette *Art. III Courts*.

Tale lettura dell'art. III non è tuttavia seguita – almeno se assunta in una versione rigorosa – né dalla dottrina dominante⁵² né dalla giurisprudenza della Corte Suprema⁵³, e del resto essa non trova attuazione neppure in diritto positivo.

Il Congresso, infatti, ha talora istituito tribunali, anziché nell'esercizio della specifica competenza assegnatagli dalla *Establish and Ordain Clause* di cui all'Art. III, esercitando la propria competenza legislativa generale ai sensi della *Vesting Clause* dell'Art. I⁵⁴. Per questa ragione, i tribunali così creati, pur svolgendo funzioni generalmente considerate di natura giurisdizionale, sono sprovvisti delle garanzie di indipendenza, che l'art. III prevede come garanzie inderogabili per le corti istituite ai suoi sensi. Essi, salvo che la legge istitutiva preveda diversamente, possono essere costituiti dunque da giudici con un mandato che deve essere periodicamente rinnovato dagli organi politici (generalmente dal Presidente o da

⁵² Sul punto, si vedano: P. M. BATOR, *The Constitution as Architecture: Legislative and Administrative Courts Under Article III*, in *Indiana Law Journal*, n. 65-2/1990, p. 235, che sostiene che l'interpretazione letterale proposta dell'Art. III semplicemente «utterly failed to withstand the test of time»; R. H. FALLON, JR., *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, in *Harvard Law Review*, n. 101-5/1988, p. 917, il quale a sua volta ritiene che tale interpretazione letterale sia «virtually unthinkable». In generale, in proposito, si veda anche R. H. FALLON, JR., D. J. MELTZER, D. L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, cit., p. 377 ss.

⁵³ Si veda in proposito *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833, 847 (1986), laddove si afferma che non trova «conclusory reference to the language of Article III» l'eventuale esistenza di un diritto a che la protezione giurisdizionale sia fornita da un giudice garantito nella propria indipendenza.

⁵⁴ Per la quale si veda *supra*, in apertura del § 2.III.1.

un organo dell'esecutivo a questi in vario modo subordinato) e il loro salario è suscettibile di essere ridotto dagli stessi (in linea di massima dal Congresso). Generalmente, a questi organi viene dato il nome di *administrative tribunals*, quando si vuole evidenziare il legame con l'esecutivo, nel quale sono normalmente inseriti, oppure di *legislative courts*, quando si voglia invece porre in rilievo che essi vengono istituiti sulla base della competenza legislativa generale riconosciuta al Congresso.

2.1. Le diverse tipologie di organi esterni al potere giudiziario investiti di funzioni giurisdizionali: *administrative tribunals*, *legislative courts* e *adjudicative agencies*.

Da un punto di vista storico, si può osservare che l'istituzione di questo tipo di tribunali al di fuori dello spettro dell'Art. III e delle sue garanzie ha origini risalenti. Già il primo Congresso degli Stati Uniti conferì funzioni considerate giurisdizionali al Dipartimento del Tesoro. Era il caso di talune controversie relative ai benefici riservati ai veterani⁵⁵ o a certi prelievi doganali⁵⁶. Tali deroghe alla giurisdizione ordinaria – per usare con qualche ampiezza di significato un'espressione del diritto italiano che utilizzo qui per alludere alle *Art. III Courts* – venivano giustificate sulla base della *public rights doctrine*, secondo cui alcune controversie attinenti alla riscossione delle entrate statali ed al versamento di fondi pubblici a favore di privati non devono necessariamente essere composte davanti ad organi giurisdizionali. Proprio sulla base di tale dottrina, nel 1855 venne istituita la *Court of Claims*, competente per alcune pretese pecuniarie che, prima della sua istituzione, venivano fatte valere addirittura direttamente davanti al Congresso. Benché i suoi giudici godessero per previsione legislativa di *life tenure*, la natura di *non Art. III Court* della *Court of Claims* fu riconosciuta dalla Corte Suprema nel caso *Williams v. United States*⁵⁷, in cui essa confermò la decisione assunta dal Congresso di ridurre i salari dei componenti di quella Corte. Nel 1953 una legge del Con-

⁵⁵ Si veda l'*Act of Sept. 29, 1789*, ch. 24, I Stat. 95

⁵⁶ Si vedano l'*Act of July 20, 1789*, ch. 5, I Stat. 29, e l'*Act of Sept. 1, 1789*, ch. 2, I Stat. 55.

⁵⁷ 289 U.S. 553 (1933).

gresso elevò la *Court of Claims* ad *Art. III Court*⁵⁸, con ciò riconoscendo ai suoi componenti le garanzie costituzionali dell'inamovibilità e dell'irriducibilità del salario. Tuttavia nel 1982 essa fu sostituita dalla *United States Claims Court*, che fu nuovamente fatta rientrare nella categoria delle *Art. I Courts*⁵⁹, e come tale privata delle garanzie costituzionali in parola. Tra le numerose altre corti aventi questa natura, esemplificate nella Tab. 6, vale poi la pena ricordare, per l'ampiezza della giurisdizione che le è stata conferita, la *United States Tax Court* che, sempre in applicazione della *public rights doctrine*, il Congresso ha istituito come *Administrative Tribunal*⁶⁰.

Si deve tuttavia precisare che in questi casi il Congresso ha generalmente previsto la possibilità di impugnare le decisioni assunte da tali tribunali, sprovvisti delle garanzie di cui all'art. III, mediante l'appello ad una corte fornita di tali garanzie⁶¹. In questo modo ai soggetti coinvolti in casi e controversie devoluti ad un tribunale non sufficientemente indipendente e separato dagli organi politici veniva garantito un diritto d'appello a giudici maggiormente garantiti.

Tale appellabilità ad *Art. III Courts* non è però storicamente prevista con riguardo ad un'altra giurisdizione estranea tradizionalmente allo spettro garantista dell'Art. III. Alludo ai tribunali militari, integralmente composti da ufficiali delle forze armate, che furono già istituiti dal primo Congresso come *non Art. III Courts*⁶². Sulla base del modello fornito dall'esperienza britannica, del resto, i militari erano assoggettati a tale specifica giurisdizione, senza possibilità di accesso alle corti civili⁶³. Quanto all'appellabilità delle decisioni assunte dai tribunali militari, il Congresso non predispose, fino al 1984⁶⁴, nemmeno un sistema di revisione efficace affidato alla giurisdizione militare, essendo invece il Presi

⁵⁸ La *Court of Claims* venne elevata ad *Art. III Court* dall'*Act of July 28, 1953*, Pub. L. No. 83-158, 67 Stat. 226. Tale qualificazione è stata poi confermata dalla Corte Suprema nella sentenza *Glidden Company v. Zdanok*, 370 U.S. 530 (1962).

⁵⁹ La riforma fu approvata con l'*Act of Apr. 2, 1982*, Pub. L. No. 97-164, 96 Stat. 27, codificato come 28 U.S.C. § 171-177 (1982).

⁶⁰ L'istituzione è avvenuta con la legge 26 U.S.C. § 7441 (1982).

⁶¹ In proposito si veda R. H. FALLON, JR., *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, cit., p. 922.

⁶² Si veda D. A. SCHLUETER, *The Court-Martial: An Historical Survey*, in *Military Law Review*, n. 87/1980, p. 150.

⁶³ J. E. PFANDER, *Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States*, in *Harvard Law Review*, n. 118-2/2004, p. 715 ss.

⁶⁴ Si tratta del *Military Justice Act* del 1983.

Tab. 6 Non Art. III Courts e impugnabilità

Art. I Courts		Art. IV Courts	
Courts Martial	Adjudicative Agencies		
Armed Services Board of Contract Appeals	Social Security Administration's Office of Disability Adjudication and Review	Territorial Courts	
United States Court of Appeals for the Armed Forces	Federal Mine Safety and Health Review Commission	appellabilità prevista dalla legge	
Guantanamo Milit. Comm.	Federal Labor Relations Authority	DC Courts:	
	Commodity Futures Trading Commission	DC Court of Appeals	
	Federal Trade Commission	Superior Court of DC	
	Federal Maritime Commission	appellabilità prevista dalla legge	
	Legislative Courts		
	United States Court of Federal Claims		
	United States Postal Service Board of Contract Appeals		
	United States Merit Systems Protection Board		
	United States Tax Court		
	United States bankruptcy courts		
	Board of Patent Appeals and Interferences		
	United States Court of Appeals for Veterans Claims		
	Trademark Trial and Appeal Board		
	Civilian Board of Contract Appeals		
Appellabilità alle Art. III Courts			
(District Courts, Court of international Trade, Courts of Appeal, Supreme Court)			
	private rights		public rights
	costituzionali	legislativi	
generalmente esclusa	Sempre appellabili	Appellabilità limitata	Appellabilità Non garantita
↑↑↑			
Legenda: La prima riga indica le due diverse fonti costituzionali utilizzate dal Congresso per l'istituzioni di non Art. III Courts. Nelle prime due colonne sono indicate le tre categorie di Art. I Courts. Nella III colonna sono indicate le Art. IV Courts, tra le quali, per affinità sono aggiunte quelle del District of Columbia (DC). Le ultime due righe indicano in quali casi è garantito un ricorso a Art. III Courts contro decisioni di non Art. III Courts.			

dente degli Stati Uniti, quale *Commander in Chief*⁶⁵, ad avere l'ultima parola⁶⁶. Anche dopo la riforma del 1984, tuttavia, l'appellabilità alla Corte Suprema delle decisioni dei tribunali militari è molto limitata, essendo pienamente garantita alla parte militare nei soli casi in cui sia comminata la pena di morte⁶⁷.

⁶⁵ Secondo la qualifica che gli è attribuita dalla U.S. Const., Art. II, Sec. 2, Cl. 1: «The President shall be commander in chief of the Army and Navy of the United States, and of the militia of the several states, when called into the actual service of the United States».

⁶⁶ J. E. PFANDER, *Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States*, cit., p. 717.

⁶⁷ Si veda in proposito il *Title 28 dello United States Code*, § 1259, rubricato *Court Of Appeals For The Armed Forces; Certiorari*. Quanto alla dottrina, si rinvia nuovamente a J. E. PFANDER, *Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States*, cit., p. 667.

È inoltre molto risalente nella storia degli Stati Uniti, l'istituzione di *non Art. III Courts* nei territori federali, ossia quei territori soggetti al controllo della Federazione ma non ancora eretti a Stato o comunque non appartenenti ad alcuno degli Stati della federazione. Tali tribunali, definiti in genere *Territorial Courts*, ebbero naturalmente maggiore diffusione durante la fase storica di espansione geografica degli Stati Uniti d'America. Ancora oggi, sebbene in numero inferiore, essi continuano a operare nei *territories* attualmente restanti⁶⁸ come *Art. IV Courts* – l'art. IV della Costituzione americana è spesso indicato con l'appellativo di *Territorial Clause*⁶⁹ – dal momento che il Congresso li ha istituiti sulla base della specifica competenza legislativa riconosciutagli da questa disposizione.

Rientrano in una categoria affine le corti presenti all'interno del *District of Columbia*, nonostante esse, sulla base dello specifico regime territoriale del distretto della capitale che è direttamente assoggettato all'amministrazione del Congresso dall'Art. I, Sec. 8⁷⁰, vengano considerate istituite dal Congresso proprio sulla base di quella disposizione e non già ai sensi dell'Art. IV. In ogni caso, anche le corti del *District of Columbia*, al pari delle *Territorial Courts* propriamente dette, sono istituite senza le garanzie di cui all'Art. III della Costituzione e dunque, sotto questo profilo, sono assimilabili alle corti statali. La Corte Suprema, nella sentenza *Palmore v. United States*⁷¹, ne ha confermato la compatibilità con la Costituzione⁷².

Un'ulteriore categoria di organi giudicanti ai quali non sono estese le garanzie di cui all'Art. III è costituita dalle agenzie amministrative che il Congresso istituisce, sempre ai sensi dell'Art. I della Costituzione, e alle quali generalmente assegna funzioni di regolamentazione e di implementazione normativa. Ad esse, tuttavia, talvolta attribuisce anche funzioni giurisdizionali o para-giurisdizionali, motivo per il quale sono talora

⁶⁸ Tra i territori restanti vanno annoverati Guam, le Isole Vergini e le Marianne Settentrionali.

⁶⁹ U.S. Const., Art. IV, Sec. 3, Cl. 2: «The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States».

⁷⁰ U.S. Const., Art. I, Sec. 8: «The Congress shall have power [...] to exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District (not exceeding ten Miles square) as may, by Cession of particular States, and the Acceptance of Congress, become the Seat of the Government of the United States».

⁷¹ 411 U.S. 389 (1973).

⁷² Sebbene con il dissenso del Giudice Douglas, 411 U.S. 389, 410 (1973).

indicate con l'espressione di *adjudicative agencies* con lo scopo di distinguerle dalle agenzie prive di competenze giurisdizionali⁷³.

Come risulta dalla Tab. 6, esiste dunque ad oggi nell'ordinamento degli Stati Uniti un articolato complesso di organi dotati di funzioni giurisdizionali che sono inseriti per lo più nell'apparato esecutivo e risultano sprovvisti delle garanzie di indipendenza e separatezza dai poteri politici assicurate dalla Costituzione esclusivamente a favore del potere giudiziario federale.

2.2. La dottrina e la giurisprudenza americane di fronte alle deroghe alla giurisdizione delle corti federali.

La Corte Suprema, rispetto alla compatibilità costituzionale dei Tribunali *non Art. III*, ha adottato una giurisprudenza altalenante che è interessante riassumere.

Quanto ai tribunali istituiti sulla base della *public rights doctrine*, in *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Company*⁷⁴, un caso risalente al 1856, la Corte aveva affermato che esistono materie inerenti all'esercizio di *public rights*, nelle quali il Congresso può discrezionalmente limitare il controllo giurisdizionale delle corti⁷⁵. In questi ambiti materiali, pertanto, il Congresso può trattenere a sé il potere di decidere, può delegarlo a funzionari pubblici inseriti nell'esecutivo ovvero devolverlo agli organi propriamente giurisdizionali istituiti ai sensi dell'Art. III. Il principio veniva poi chiaramente esplicitato nella sentenza *Ex parte Bakelite Corporation* del 1929: «Congress may reserve to itself the power to decide, may delegate that power to executive officers, or may commit it to judicial tribunals»⁷⁶. Le materie nelle quali la dottrina dei *public*

⁷³ Quale primo esempio di agenzia è generalmente indicata la *Interstate Commerce Commission* istituita già nel 1887, le cui decisioni erano comunque sottoposte alla giurisdizione di giudici protetti dalle garanzie di cui all'Art. III. Il sistema delle Agenzie si sviluppò notevolmente con la progressiva affermazione dello stato amministrativo, in particolare a seguito delle riforme del *New Deal* rooseveltiano.

⁷⁴ 59 U.S. 272 (1856).

⁷⁵ 59 U.S. 272, 284 (1856): «there are matters, involving public rights, which may be presented in such form that the judicial power is capable of acting on them, and which are susceptible of judicial determination, but which congress may or may not bring within the cognizance of the courts of the United States, as it may deem proper».

⁷⁶ 279 U.S. 438, 451 (1929).

rights può trovare più facile campo di attuazione risultano invero assai vaste, come reso manifesto dall'esemplificazione contenuta nella sentenza *Crowell* del 1932: «interstate and foreign commerce, taxation, immigration, the public lands, public health, the facilities of the post office, pensions, and payments to veterans»⁷⁷.

Riguardo invece i tribunali territoriali, il caso *American Insurance Company v. Canter*⁷⁸, nel quale la Corte Suprema, per mezzo di una *opinion* del Chief Justice Marshall del 1828, che sarà successivamente molto criticata⁷⁹, affermava – sul punto invero sbrigativamente – che il Congresso, nell'istituire corti nei territori da esso dipendenti, non è vincolato ai requisiti dell'Art. III, poiché l'Art. IV della Costituzione conferisce agli Stati Uniti pieno potere di governo sui territori senza i vincoli che debbono essere rispettati con riguardo alla Federazione⁸⁰. La Corte, dunque, fin da subito ammetteva che sfuggono alle garanzie dell'Art. III le *Territorial Courts*, per ciò anche dette – come già riferito – *Art. IV Courts*.

Similmente, la Corte Suprema ha fatto salve anche le competenze giurisdizionali delle corti marziali. In *Dynes v. Hoover*⁸¹, un caso della metà dell'Ottocento, essa aveva affermato il potere del Congresso di istituire tribunali militari al di fuori dell'Art. III⁸², anche se successiva-

⁷⁷ *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 51 (1932).

⁷⁸ 26 U.S. 511 (1828).

⁷⁹ M. H. REDISH, *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, Indianapolis (IN), 1980, p. 36 ss., sostiene che l'*opinion*, con riguardo alla non applicabilità dell'Art. III, non è sufficientemente argomentata. C. A. WRIGHT, *The Law of Federal Courts*, IV ed., St. Paul (MN), 1983, p. 41 ss., mette in luce alcune interessanti contraddizioni.

⁸⁰ 26 U.S. 511, 546 (1828).

⁸¹ 61 U.S. 65, 79 (1857).

⁸² 61 U.S. 65, 78 s. (1857): «Among the powers conferred upon Congress by the 8th section of the first article of the Constitution, are the following: 'to provide and maintain a navy;' 'to make rules for the government of the land and naval forces.' And the 8th amendment, which requires a presentment of a grand jury in cases of capital or otherwise infamous crime, expressly excepts from its operation 'cases arising in the land or naval forces.' And by the 2nd section of the 2nd article of the Constitution it is declared that 'The President shall be commander-in-chief of the army and navy of the United States, and of the militia of the several States when called into the actual service of the United States.' These provisions show that Congress has the power to provide for the trial and punishment of military and naval offences in the manner then and now practiced by civilized nations; and that the power to do so is given without any connection between it and the 3rd article of the Constitution defining the judicial power of the United States».

mente la Corte ha cercato di restringere la possibile estensione di questa facoltà. Nel 1955, in *United States ex rel. Toth v. Quarles*⁸³, il giudice Black ha escluso che la giurisdizione militare possa applicarsi ai veterani che abbiano lasciato l'esercito, poiché per essi non avrebbe senso derogare al diritto di giovare di un giudice pienamente indipendente. Nella sua opinione, Black sottolinea infatti che l'attribuzione di sfere giurisdizionali a tali tribunali militari deve essere contenuta, proprio perché i giudici delle corti marziali non godono della garanzia della *life tenure*, sono nominati e rimossi dai comandi militari e, infine, non godono nemmeno della protezione del salario⁸⁴.

Con riguardo alle competenze giurisdizionali delle agenzie amministrative (*adjudicative agencies*) il *leading case* è costituito da *Crowell v. Benson*, un caso del 1932⁸⁵. L'opinione della Corte muove dalla *public rights doctrine*, cui hoggià accennato, che isolava alcune materie inerenti la provvista e l'impiego di risorse pubbliche, per distinguere la categoria dei *public rights*, correlati a quelle stesse materie, dai restanti *private rights*⁸⁶. Si è già rilevato, inoltre, che la tutela dei *public rights* non richiederebbe necessariamente il ricorso alla giurisdizione di Art. III Courts. Nel caso *Crowell v. Benson* non si trattava però di *public rights*, dato che tra le parti della controversia non compariva una parte pubblica. La Corte, tuttavia, nemmeno in questo caso ritenne costituzionalmente illegittima l'attribuzione della risoluzione della controversia ad un organo amministrativo. Essa infatti asseriva che a tali organi poteva essere affidata una giurisdizione estesa anche ai *private rights* purché, come nel ca-

⁸³ 350 U.S. 11, 17 (1955).

⁸⁴ 350 U.S. 11, 17 (1955): «the Constitution does not provide life tenure for those performing judicial functions in military trials. They are appointed by military commanders and may be removed at will. Nor does the Constitution protect their salaries as it does judicial salaries».

⁸⁵ 285 U.S. 22 (1932).

⁸⁶ La *public rights doctrine* era stata inizialmente stabilita in *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. 272, 284 (1856): «[W]e do not consider congress can either withdraw from judicial cognizance any matter which, from its nature, is the subject of a suit at the common law, or in equity, or admiralty; nor, on the other hand, can it bring under the judicial power a matter which, from its nature, is not a subject for judicial determination. At the same time there are matters, involving public rights, which may be presented in such form that the judicial power is capable of acting on them, and which are susceptible of judicial determination, but which congress may or may not bring within the cognizance of the courts of the United States, as it may deem proper».

so in parola, rispetto alle relative decisioni fosse assicurata una possibilità di revisione presso una *Art. III Court*. Tuttavia, la Corte Suprema riteneva tollerabile limitare la cognizione in appello della corte cui devolvere il controllo purché si garantisse che le sue pronunce mantenessero gli attributi essenziali di una decisione giurisdizionale. Con ciò la Corte ammetteva, ad esempio, che, quanto alle risultanze di fatto raccolte dell'*adjudicative agency*, la Corte *ex Art. III* competente per la revisione della relativa decisione avrebbe potuto essere limitata ad una valutazione nella correttezza e legalità della raccolta delle prove, senza potersi ingerire in un'attività istruttoria vera e propria⁸⁷.

In tempi più recenti, la Corte Suprema ha poi cercato di razionalizzare la sua giurisprudenza con l'intento di restringere il ricorso alle *non Art. III Courts*. Così, con la sentenza *Northern Pipeline* del 1982⁸⁸ è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il *Bankruptcy Act* del 1978⁸⁹ che assegnava le funzioni giurisdizionali in materia fallimentare alle *Bankruptcy Courts*. Queste corti erano istituite grosso modo in ogni distretto e composte da giudici nominati dal Presidente con l'*advice and consent* del Senato per un mandato di quattordici anni. I giudici ad esse assegnate mancavano dunque della garanzia della *life tenure*, ragion per cui non potevano essere considerate *Art. III Courts*. Tali giudici, inoltre, potevano essere rimossi per incompetenza, cattiva condotta, negligenza o disabilità fisica o psichica dal competente *Judicial Council*⁹⁰ e il loro salario non era irriducibile⁹¹. La Corte, nella *plurality opinion*⁹² del Giudice Bren-

⁸⁷ Si veda *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 52 (1932), laddove si consente di privare la Corte *ex Art. III* del potere di trascurare la ricostruzione dei dati proposta dall'agenzia quando «they are properly based upon evidence, in the absence of errors of law», cosicché «the parties have no right to demand that the court shall re-determine the facts thus found».

⁸⁸ *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50, 63 ss. (1982). In proposito si veda K. C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, II ed., vol. V, San Diego (CA), 1984, p. 443, e M. H. REDISH, *Legislative Courts, Administrative Agencies and the Northern Pipeline Decision*, in *Duke Law Journal*, n. 2/1983, p. 214 ss.

⁸⁹ In proposito si vedano I. R. KAUFMAN, *Chilling Judicial Independence*, in *The Yale Law Journal*, n. 88/1979, p. 713, e la nota di L. M. FINLEY, *Article III Limits on Article I Courts: The Constitutionality of the Bankruptcy Court and the 1979 Magistrate Act*, in *Columbia Law Review*, n. 80/1980, p. 583 ss.

⁹⁰ Per i *Judicial Councils*, si veda oltre, § 2.III.4.

⁹¹ 458 U.S. 50, 53 (1982).

⁹² Un pronunciamento giudiziario prende il nome di *plurality opinion* quando la maggioranza della Corte si accorda sull'esito ma non sulle motivazioni che lo reg-

nan, muove dall'analisi di due ragioni poste a fondamento dell'autonomia del potere giudiziario. La prima, che del resto è comune alle ragioni di indipendenza degli altri due poteri, si richiama al meccanismo ed al significato dei *checks and balances*, introdotto dai Padri fondatori. Costoro, ricorda Brennan, hanno introdotto un sistema di tre distinti poteri, in cui le reciproche interferenze sono dirette a consentire che ciascun potere non si espanda a spese di un altro⁹³. La seconda, che invece è riferibile, nello specifico, all'indipendenza del solo potere giudiziario, viene individuata nell'esigenza di garantire l'imparzialità della giurisdizione⁹⁴. Tale imparzialità sembra in questo caso definita in termini assai lati, persino come estraneità del potere giudiziario al sistema politico. La Corte, infatti, afferma che le garanzie costituzionali dell'inaffidabilità e dell'irriducibilità del salario sono dirette ad assicurare l'indipendenza del giudice dalle forze politiche, come presupposto della propria legittimazione popolare⁹⁵. A tal proposito, oltre a citare il saggio numero 78 del *Federalista*, la Corte richiama il non lontano precedente di *United States v. Will*, in cui essa aveva già affermato l'esistenza di un diritto a vedersi decisa una controversia da un giudiziario sottratto al controllo degli altri due poteri⁹⁶. Sulla base di tali presupposti, la Corte Suprema affermava pertanto un principio di carattere generale, che ora desumeva dall'Art. III della Costituzione sulla base del quale ricavare l'attribuzione di ogni

gono. Queste ultime, dunque, non risultano supportate dalla maggioranza dei giudici che compongono quella Corte.

⁹³ «To ensure against [...] tyranny, the Framers provided that the Federal Government would consist of three distinct Branches, each to exercise one of the governmental powers recognized by the Framers as inherently distinct. "The Framers regarded the checks and balances that they had built into the tripartite Federal Government as a self-executing safeguard against the encroachment or aggrandizement of one branch at the expense of the other"». Tale ultima citazione si riferisce alla sentenza *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 122 (1976).

⁹⁴ 458 U.S. 50, 58 (1982): «The Federal Judiciary was therefore designed by the Framers to stand independent of the Executive and Legislature – to maintain the checks and balances of the constitutional structure, and also to guarantee that the process of adjudication itself remained impartial».

⁹⁵ La Corte, 458 U.S. 50, 59, nota 10 (1982), con riferimento alle garanzie di cui all'Art. III afferma infatti: «The independence from political forces that they guarantee helps to promote public confidence in judicial determinations».

⁹⁶ *United States v. Will*, 449 U.S. 200, 217 s. (1980): «A Judiciary free from control by the Executive and Legislature is essential if there is a right to have claims decided by judges who are free from potential domination by other branches of government».

funzione giurisdizionale a corti i cui componenti siano circondati dalle garanzie della *life tenure* e della irriducibilità del salario⁹⁷. Essa, inoltre, rivendicava, come proprio ruolo, quello di identificare l'oggetto dell'attività giurisdizionale da affidare alle corti ex Art. III. Secondo la sentenza, infatti, stabilire se una questione possa essere assegnata ad altro dipartimento o debba essere risolta dalle corti federali è esercizio di interpretazione costituzionale e «is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution»⁹⁸.

È interessante annotare, a margine di questa sentenza, che al fine di tutelare con maggior determinazione il principio della esclusiva attribuzione delle funzioni giurisdizionali alle corti dotate delle garanzie di indipendenza stabilite dall'Art. III, la Corte Suprema ricorre ad un argomento che, ancorché inserita in un contesto che richiama il meccanismo dei *checks and balances*, muove da un presupposto che mi pare più affine all'altra matrice della separazione dei poteri, quella che si richiama al *rule of law*, svolgendo un ragionamento che mi sembra del tutto analogo a quello svolto dai critici della sua giurisprudenza permissiva degli incarichi extragiudiziari dei giudici⁹⁹. La Corte prende le mosse infatti dall'idea che la legittimazione del giudiziario riposi sulla neutralità dei giudici rispetto alle forze politiche, che in ciò sta il significato della separazione dei poteri e che a ciò le garanzie di indipendenza sono finalizzate, per concludere che l'interpretazione delle legge e della Costituzione spetta in via definitiva solo a Corti dotate di quelle garanzie, in ciò nuovamente rivendicata la *judicial supremacy* nel campo dell'interpretazione del diritto.

La innovativa rivendicazione in favore dell'attribuzione alle corti ex Art. III dell'intera funzione giurisdizionale, contenuta in *Northern Pipeline*, doveva tuttavia fare i conti con la precedente giurisprudenza,

⁹⁷ *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50, 60 (1982): «In sum, our Constitution unambiguously enunciates a fundamental principle [...] the 'judicial Power of the United States' must be reposed in an independent Judiciary. It commands that the independence of the Judiciary be jealously guarded, and it provides clear institutional protections for that independence».

⁹⁸ Riporto il passo integrale, 458 U.S. 50, 62 (1982): «[d]eciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution». A sostegno della tesi la sentenza richiama *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962).

⁹⁹ In proposito, si veda *supra*, al termine del § 2.II.5.

invece – come visto – assai generosa nell'accogliere l'istituzione di *non Art. III Courts*. Per questa ragione, la Corte Suprema si è trovata in qualche modo costretta a introdurre, rispetto al nuovo principio, alcune eccezioni¹⁰⁰. Tali eccezioni sono individuate analiticamente dalla stessa Corte Suprema nelle *Territorial Courts*¹⁰¹, nei tribunali militari¹⁰² e, infine, nelle *legislative courts* e nelle *adjudicative agencies* cui possono essere assegnati compiti giurisdizionali in connessione con la *public rights doctrine*¹⁰³, la cui capacità derogatoria rispetto al generale principio di assegnazione delle funzioni giurisdizionali alle *Art. III Courts* viene innovativamente individuato proprio nella dottrina della separazione dei poteri¹⁰⁴. Complessivamente, afferma poi la Corte, le deroghe così individuate rispetto al principio di generale attribuzione di ogni funzione giurisdizionale alle Corti *ex Art. III* risultano tollerabili, per la semplice ragione che realizzerebbero ipotesi così eccezionali da non mettere in pericolo il principio costituzionale di separazione dei poteri¹⁰⁵. Nella giustificazione del-

¹⁰⁰ 458 U.S. 50, 64 (1982): «the literal command of Art. III, assigning the judicial power of the United States to courts insulated from Legislative or Executive interference, must be interpreted in light of the historical context in which the Constitution was written».

¹⁰¹ 458 U.S. 50, 64 s. (1982): «This exception from the general prescription of Art. III dates from the earliest days of the Republic, when it was perceived that the Framers intended that as to certain geographical areas, in which no State operated as sovereign, Congress was to exercise the general powers of government. For example, in *American Ins. Co. v. Canter*, 1 Pet. 511 (1828), the Court observed that Art. IV bestowed upon Congress alone a complete power of government over territories not within the States that constituted the United States». Ad esse, 458 U.S. 50, 65 (1982), la Corte associa le corti del District of Columbia.

¹⁰² 458 U.S. 50, 66 (1982): «The situation in these cases strongly resembles the situation with respect to territorial courts: it too involves a constitutional grant of power that has been historically understood as giving the political Branches of Government extraordinary control over the precise subject matter at issue».

¹⁰³ 458 U.S. 50, 67 (1982).

¹⁰⁴ Il fondamento della *public rights doctrine* era tradizionalmente rinvenuto nel principio di *sovereign immunity*. Sul punto, si veda *Ex parte Bakelite Corporation*, 279 U.S. 438, 452 (1929). In *Northern Pipeline*, 458 U.S. 50, 67 (1982), la Corte individua un fondamento supplementare nella dottrina della separazione dei poteri: «the public-rights doctrine also draws upon the principle of separation of powers, and a historical understanding that certain prerogatives were reserved to the political Branches of Government».

¹⁰⁵ 458 U.S. 50, 64 (1982): «the grant of power to the Legislative and Executive Branches was historically and constitutionally so exceptional that the congressional assertion of a power to create legislative courts was consistent with, rather than

le deroghe, dunque, la Corte torna ad un approccio che si inserisce esclusivamente nel paradigma dei *checks and balances*: poiché tali eccezioni sono tutto sommato marginali, esse non impediscono al giudiziario di svolgere la sua parte nel gioco dei pesi e contrappesi. Naturalmente, sulla base dell'altra matrice della separazione dei poteri, il *rule of law*, deroghe siffatte risultano invece difficilmente tollerabili.

Alle eccezioni già indicate, inoltre, andava poi aggiunta un'altra, di diversa natura, che è stata già considerata in precedenza, trattando della sentenza *Crowell v. Benson*, e che è relativa agli organi amministrativi incaricati di svolgere funzioni ausiliarie rispetto a quelle svolte dagli organi giurisdizionali in materia di *private rights*. In questo campo, la Corte aveva stabilito che a tali organi amministrativi potessero essere attribuiti poteri definitivi rispetto ad una controversia limitatamente all'accertamento delle risultanze di fatto che fossero adeguatamente supportate da un punto di vista probatorio¹⁰⁶. In *Northern Pipeline* la Corte si adopera nel tentativo di limitare gli effetti di questa sua precedente giurisprudenza, introducendo un'ulteriore differenziazione tra i *private rights*, che venivano distinti in *private rights* di natura costituzionale (categoria cui ascrivere anche quelli radicati nella *common law*) e in *private rights* creati dal Congresso. Sulla base di questo inedito distinguo, la Corte Suprema giungeva ad affermare che le "aperture" a vantaggio delle *agencies* affermate nella precedente pronuncia *Crowell v. Benson* sul terreno del *factfinding* possono trovare applicazione solo per i *private rights* del secondo tipo, mentre per i primi, ossia per i *private rights* costituzionali, non è possibile alcuna limitazione della piena cognizione da parte di giudici *ex Art. III*¹⁰⁷.

threatening to, the constitutional mandate of separation of powers». Il concetto è ripetuto in 458 U.S. 50, 70, nota 25 (1982), che risponde alle critiche contenute nella *dissenting opinion* del giudice White: «When these three exceptional grants are properly constrained, they do not threaten the Framers' vision of an independent Federal Judiciary. What clearly remains subject to Art. III are all private adjudications in federal courts».

¹⁰⁶ 458 U.S. 50, 78 s. (1982): «this Court has sustained the use of adjunct factfinders even in the adjudication of constitutional rights so long as those adjuncts were subject to sufficient control by an Art. III district court».

¹⁰⁷ L'esito in concreto di tale complessa giurisprudenza è riassunto in 458 U.S. 50, 70 s., nota 25 (1982): «What clearly remains subject to Art. III are all private adjudications in federal courts within the States – matters from their nature subject to "a suit at common law or in equity or admiralty" – and all criminal matters, with the narrow exception of military crimes».

Ancora una volta, la giustificazione della deroga veniva rinvenuta sul terreno della separazione dei poteri nella sua dimensione di *cheks and balances*, tralasciando ogni altra considerazione relativa all'applicazione imparziale della legge nei casi di *legislative private rights*¹⁰⁸.

In *Northern Pipeline*, la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva avuto l'ambizione di sistematizzare la materia delle deroghe alla giurisdizione del giudiziario federale attraverso un *categorical approach*, per usare l'espressione impiegata da Paul Bator¹⁰⁹. Essa aveva infatti affermato il principio dell'attribuzione al giudiziario di tutte le funzioni giurisdizionali, salve eccezioni enumerate. Il principio richiamava la tecnica della rigida separazione tra potere giudiziario e gli altri poteri sulla base dell'esigenza di salvaguardare l'imparziale applicazione del diritto. Le eccezioni, invece trovavano fondamento sul piano storico nella loro tradizionale esistenza, che veniva tollerata in quanto non capace di scalfire il sistema dei *checks and balances*.

Nonostante le sue ambizioni sistematiche, *Northern Pipeline* si reggeva però su una *plurality opinion*. Pertanto, quanto alla motivazione, essa si sorreggeva sul consenso di una mera minoranza della Corte Suprema. Non può stupire, dunque, che essa non abbia retto alla prova del tempo¹¹⁰. In effetti, la Corte Suprema è andata successivamente avvicinandosi alla tesi sostenuta, proprio in *Northern Pipeline*, nella *dissenting* del giudice White, che, al fine di individuare i casi in cui consentire deroghe alla giurisdizione dei giudici ex Art. III, all'approccio

¹⁰⁸ Si veda il seguente passo, 458 U.S. 50, 83 s. (1982): «The constitutional system of checks and balances is designed to guard against “encroachment or aggrandizement” [*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 122 (1976)] by Congress at the expense of the other branches of government. [...] But when Congress creates a statutory right, it clearly has the discretion, in defining that right, to create presumptions, or assign burdens of proof, or prescribe remedies; it may also provide that persons seeking to vindicate that right must do so before particularized tribunals created to perform the specialized adjudicative tasks related to that right.[...] Such provisions do, in a sense, affect the exercise of judicial power, but they are also incidental to Congress' power to define the right that it has created. No comparable justification exists, however, when the right being adjudicated is not of congressional creation. In such a situation, substantial inroads into functions that have traditionally been performed by the Judiciary cannot be characterized merely as incidental extensions of Congress' power to define rights that it has created. Rather, such inroads suggest unwarranted encroachments upon the judicial power of the United States, which our Constitution reserves for Art. III courts».

¹⁰⁹ P. M. BATOR, *The Constitution as Architecture*, cit., p. 234 s.

¹¹⁰ P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 605.

categorico seguito nella *plurality*, aveva preferito il ricorso alle tecniche del bilanciamento da impiegarsi volta a volta tra i diversi valori costituzionali in gioco¹¹¹. A questa tesi si ispireranno le successive sentenze *Thomas v. Union Carbide*¹¹² e, soprattutto, *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*¹¹³.

In *Thomas v. Union Carbide*, il giudice O'Connor scrisse per la Corte un'opinione che salvava l'attribuzione a un'agenzia della competenza di risolvere alcune controversie relative ai risarcimenti connessi con il procedimento di registrazione amministrativa di pesticidi. Rispetto alle risultanze di fatto determinate dall'agenzia amministrativa, la giurisdizione delle corti federali non era completa¹¹⁴. Il giudice O'Connor riteneva impossibile un'interpretazione rigida dell'Art. III e ammetteva che la giurisprudenza della Corte non era univoca in materia, avendo accettato numerose eccezioni al principio di esclusiva attribuzione alle Corti federali di ogni competenza giurisdizionale¹¹⁵. Ciononostante, al fine di risolvere il caso, la O'Connor muoveva dalla stessa premessa della doppia funzione dell'Art. III già emersa nella *plurality* di *Northern Pipeline*. Tale funzione era individuata infatti non solo nel fine di garantire il ruolo del giudiziario nel sistema dei *checks and balances*, ma anche in quello di assicurare l'imparzialità nell'applicazione del diritto¹¹⁶. Nondimeno, la natu-

¹¹¹ 458 U.S. 50, 92 ss. (1982)

¹¹² *Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co.*, 473 U.S. 568, 586 ss. (1985).

¹¹³ 478 U.S. 833 (1986).

¹¹⁴ 473 U.S. 568, 574 (1985): «The arbitrator's decision is subject to judicial review only for [...] fraud, misrepresentation, or other misconduct».

¹¹⁵ Si veda in proposito 473 U.S. 568, 583 (1985): «An absolute construction of Article III is not possible in this area of "frequently arcane distinctions and confusing precedents." [la citazione è dalla *concurring nel judgment* di *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50, 90 (1982)] "[N]either this Court nor Congress has read the Constitution as requiring every federal question arising under the federal law . . . to be tried in an Art. III court before a judge enjoying life tenure and protection against salary reduction." [... la citazione qui è tratta da *Palmore v. United States*, 411 U.S. 389, 407 (1973)] Instead, the Court has long recognized that Congress is not barred from acting pursuant to its powers under Article I to vest decisionmaking authority in tribunals that lack the attributes of Article III courts».

¹¹⁶ Si veda 473 U.S. 568, 583 (1985), dove l'Art. III è considerato funzionale allo scopo di garantire «the role of the independent judiciary within the constitutional scheme of tripartite government and assure impartial adjudication in federal courts».

ra di *public rights* di creazione congressuale del diritto in questione¹¹⁷, e le buone motivazioni del legislatore¹¹⁸ inducono però la Corte ad escludere che nel caso alla sua cognizione il ruolo complessivo del giudiziario nel sistema delle tre *equal branches of government* potesse risultare messo in pericolo¹¹⁹. Secondo la Corte, dunque, il sistema dei *checks and balances* non veniva scalfito da tale attribuzione di funzioni giurisdizionali ad un'agenzia. L'opinione, tuttavia, non si curava di giustificare tale sottrazione di giurisdizione in relazione all'altro principio ricondotto alla previsione delle garanzie di cui all'Art. III vorrebbe tutelare, ossia quello della garanzia di un giudizio imparziale ad opera di giudici indipendenti.

In *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, si discuteva della compatibilità con l'Art. III di una previsione contenuta nel *Commodity Futures Trading Act*, che assegnava ad un'apposita agenzia amministrativa non solo le controversie relative ai *public rights* o ai *legislative rights* connessi a quella disciplina ma anche – invero col consenso delle parti – eventuali domande riconvenzionali relative a diritti radicati nella *common law*. L'opinione della Corte, redatta anche in questo caso dal giudice O'Connor, dava nuovamente atto della sostanziale contraddittorietà della precedente giurisprudenza in materia¹²⁰, ripeteva che la soluzione della controversia non poteva essere desunta dalla lettera dell'Art. III e muoveva dalla consueta ricostruzione della duplice funzione di quella disposizione¹²¹: la salvaguardia dell'autonomia del potere giudiziario

¹¹⁷ 473 U.S. 568, 589 (1985): «the right created by FIFRA is not a purely “private” right, but bears many of the characteristics of a “public” right».

¹¹⁸ 473 U.S. 568, 589 (1985): lo schema utilizzato dal Congresso nell'attribuzione di tali funzioni di *factfinding* all'agenzia realizza secondo la Corte «a pragmatic solution to the difficult problem of spreading the costs of generating adequate information regarding the safety, health, and environmental impact of a potentially dangerous product». La Corte, 473 U.S. 568, 590 (1985), citando *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 46 (1932), conclude sul punto: «“To hold otherwise would be to defeat the obvious purpose of the legislation to furnish a prompt, continuous, expert and inexpensive method for dealing with a class of questions of fact which are peculiarly suited to examination and determination by an administrative agency specially assigned to that task”».

¹¹⁹ 473 U.S. 568, 590 (1985), esclude che «this system threatens the independent role of the Judiciary in our constitutional scheme».

¹²⁰ 478 U.S. 833, 847 (1986), ove si ammette che «our precedents in this area do not admit of easy synthesis».

¹²¹ 478 U.S. 833, 847 (1986): «the resolution of claims such as Schor's cannot turn on conclusory reference to the language of Article III. [...] Rather, the constitutionality of a given congressional delegation of adjudicative functions to a non-

nel sistema dei *checks and balances* da un lato e la tutela dell'imparzialità nell'applicazione del diritto dall'altro¹²².

Tale seconda funzione dell'Art. III, piuttosto che fungere da principio strutturale (come invece la prima), si limita a garantire alle parti¹²³ che la soluzione della controversia sia assunta da un'autorità indipendente ed imparziale¹²⁴. Da ciò la Corte desumeva che non si tratti di un diritto assoluto¹²⁵, sicché, nel caso in esame, la natura volontaria del trasferimento dell'azione riconvenzionale all'*adjudicative agency* poteva considerarsi giustificabile.

Quanto alla prima delle due funzioni, ossia quella di preservare dalla tirannia attraverso un meccanismo di *checks and balances*, O'Connor ribadisce la posizione funzionalista¹²⁶ che già aveva assunto in *Thomas v. Union Carbide*, secondo la quale si tratta di considerare se la deroga alla giurisdizione del giudiziario federale sia sufficientemente consistente da mettere in pericolo la sua funzione di riequilibrio nel sistema dei pesi e contrappesi¹²⁷. Tale approccio consentiva di enfatizzare la marginalità delle azioni trasferite da un organo giurisdizionale ad uno amministrati-

Article III body must be assessed by reference to the purposes underlying the requirements of Article III».

¹²² Si veda 478 U.S. 833, 848 (1986), dove, come già accaduto in *Northern Pipeline*, la Corte ricostruisce la duplice funzione della disposizione costituzionale: «Article III, 1, serves both to protect “the role of the independent judiciary within the constitutional scheme of tripartite government,” [... la citazione si riferisce a *Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co.*, 473 U.S. 568, 583 (1985)] and to safeguard litigants’ “right to have claims decided before judges who are free from potential domination by other branches of government”». Tale ultima citazione si riferisce invece a *United States v. Will*, 449 U.S. 200, 218 (1980).

¹²³ Tale funzione di imparzialità, infatti, secondo 478 U.S. 833, 848 (1986), «serves to protect primarily personal, rather than structural, interests»

¹²⁴ Si veda 478 U.S. 833, 848 (1986), che richiama la necessità «of an independent and impartial adjudication by the federal judiciary of matters within the judicial power of the United States».

¹²⁵ L'esigenza di assicurare una simile protezione, infatti, non conferisce di per sé alle parti, 478 U.S. 833, 848 (1986), «an absolute right to the plenary consideration of every nature of claim by an Article III court».

¹²⁶ Quanto alla contrapposizione tra interpretazione funzionalista ed interpretazione formalista della dottrina della separazione dei poteri, si veda *supra*, § 2.I.3.

¹²⁷ 478 U.S. 833, 851 (1986): «In determining the extent to which a given congressional decision to authorize the adjudication of Article III business in a non-Article III tribunal impermissibly threatens the institutional integrity of the Judicial Branch, the Court has declined to adopt formalistic and unbending rules».

vo, la loro volontarietà¹²⁸ e la ragionevolezza degli obiettivi perseguiti dal Congresso con tale operazione¹²⁹. Conseguentemente la Corte valutava come minimale l'incidenza prodotta dall'atto legislativo sul potere giudiziario¹³⁰, escludeva un'invasione del legislativo nel campo del giudiziario¹³¹ e dunque negava la violazione del principio costituzionale della separazione dei poteri¹³².

Come si vede, e come viene puntualmente rilevato nella *dissenting opinion*, si tratta di un approccio che, di fatto, del principio della separazione dei poteri considera esclusivamente la dimensione dell'equilibrio tra i diversi *departments*. Sulla base di tale preferenza, è riservato alla Corte il compito di verificare volta a volta se la deviazione dal modello di cui all'Art. III rappresenta una minaccia consistente al potere giudiziario. In questo modo, però, il principio della generale attribuzioni delle funzioni giurisdizionali alle Corti ex Art. III (salvo eccezioni) che era stato costruito in *Northern Pipeline*, risulta travolto da un approccio più elastico che, in definitiva, trascurando il nesso tra separazione del giudiziario dagli altri poteri ed applicazione imparziale del diritto, consente di giustificare più agevolmente le possibili deroghe alla giurisdizione federale¹³³.

¹²⁸ 478 U.S. 833, 855 (1986): «the decision to invoke this forum [l'agenzia amministrativa] is left entirely to the parties and the power of the federal judiciary to take jurisdiction of these matters is unaffected. In such circumstances, separation of powers concerns are diminished». Tuttavia la sentenza mette le mani avanti onde evitare futuri abusi di tale riconoscimento: «This is not to say, of course, that if Congress created a phalanx of non-Article III tribunals equipped to handle the entire business of the Article III courts without any Article III supervision or control and without evidence of valid and specific legislative necessities, the fact that the parties had the election to proceed in their forum of choice would necessarily save the scheme from constitutional attack».

¹²⁹ 478 U.S. 833, 855 (1986): «Congress intended to create an inexpensive and expeditious alternative forum through which customers could enforce the provisions of the CEA against professional brokers».

¹³⁰ La Corte infatti valutava che in questo caso, 478 U.S. 833, 856 (1986), «the magnitude of any intrusion on the Judicial Branch can only be termed de minimis».

¹³¹ Si veda 478 U.S. 833, 856 (1986), laddove afferma che l'assetto legislativo in parola «raises no question of the aggrandizement of congressional power at the expense of a coordinate branch».

¹³² I giudici di maggioranza, 478 U.S. 833, 857 (1986), così concludono infatti: «no genuine threat to those principles [...] is present in this litigation».

¹³³ Si veda in proposito la *dissenting* del giudice Brennan, condivisa dal giudice Marshall, redattore della precedente *Northern Pipeline*. Essa, 478 U.S. 833, 860 (1986), muove da una visione più stringente della separazione dei poteri in cui, citando *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 629 (1935), si

Quanto alla dottrina che si è occupata di *administrative tribunals* e *adjudicative agencies*, essa si è talora rivelata molto critica verso la giurisprudenza altalenante della Corte Suprema, non mostrandosi soddisfatta né del *categorical approach* seguito in *Northern Pipeline* né del più pragmatico *balancing approach* assunto in *Schor*. Più in generale, molte voci della dottrina americana sono apparse scettiche rispetto alle deroghe alla giurisdizione federale in favore di giudici *non Art. III*. Alcuni suoi esponenti, hanno auspicato l'adozione di una interpretazione letterale dell'Art. III, capace di contenere l'attribuzione di funzioni giurisdizionali ad organi sprovvisti delle garanzie richieste da quella disposizione¹³⁴.

I più, però, hanno sostenuto la compatibilità costituzionale di tali deroghe alla giurisdizione dei giudici di cui all'Art. III, purché ad essi sia garantito di poter intervenire effettuando una revisione in appello delle decisioni assunte da organi sforniti delle garanzie costituzionali, secondo quella che viene definita *appellate review theory*¹³⁵. Secondo la tesi e-

sottolinea che «The fundamental necessity of maintaining each of the three general departments of government entirely free from the control or coercive influence, direct or indirect, of either of the others, has often been stressed and is hardly open to serious question». Si aggiunge inoltre, 478 U.S. 833, 860 (1986), che, come già era sottolineato in una *dissenting* di *United States v. Raddatz*, 447 U.S. 667, 704 (1980), cui la citazione si riferisce, nell'Art. III della Costituzione può essere riscontrata anche una funzione di tutela delle minoranze: «Article III's salary and tenure provisions promote impartial adjudication by placing the judicial power of the United States "in a body of judges insulated from majoritarian pressures and thus able to enforce [federal law] without fear of reprisal or public rebuke."». In conclusione, sulla base di una stretta adesione a *Northern Pipeline*, Brennan avrebbe ritenuto il provvedimento in questione illegittimo per incompatibilità con l'Art. III, in quanto esorbitante dalle eccezioni tradizionalmente riconosciute al principio di generale attribuzione al potere giudiziario delle funzioni giurisdizionali.

¹³⁴ Si vedano: D. P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801-1835*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 49/1982, p. 719; G. LAWSON, *Territorial Governments and the Limits of Formalism*, in *California Law Review*, n. 78-4/1990, p. 878 ss.; M. H. REDISH, *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, II ed., Charlottesville (VA), 1990, p. 53 ss.; S. G. CALABRESI, K. H. RHODES, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in *Harvard Law Review*, n. 105-6/1992, p. 1189.

¹³⁵ Si vedano: R. H. FALLON, JR., *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, cit., p. 915 ss.; M. H. REDISH, *Legislative Courts, Administrative Agencies, and the Northern Pipeline Decision*, cit., p. 226 ss.; R. B. SAPHIRE, M. E. SOLIMINE, *Shoring Up Article III: Legislative Court Doctrine in the Post CFTC v. Schor Era*, in *Boston University Law Review*, n. 68/1988, p. 88 e 138 s. Simile nelle conseguenze, ancorché sostituisca alla richiesta di revisione in appello quella della

sposta dal Prof. Fallon, la quale può considerarsi dominante in questo campo, il Congresso sarebbe generalmente autorizzato ad affidare funzioni sostanzialmente giurisdizionali ad organi non provvisti delle garanzie di cui all'Art. III, a condizione che, almeno con riguardo alle questioni di diritto, sia riservata ad un'Art. III Court la parola definitiva sulla controversia¹³⁶. Agenzie, corti legislative e corti territoriali, sulla base di tale teoria, potrebbero conservare un ruolo rilevante in materia di ricostruzione dei fatti e, rispetto a tali risultanze, le Corti federali sarebbero chiamate a mantenere un approccio sostanzialmente deferente¹³⁷. A detta dei suoi sostenitori, da un lato, si potrebbe così evitare il ricorso a parametri non sempre chiari, quale la distinzione tra *public* e *cosntitutional* o *legislative private rights*¹³⁸, e, dall'altro, sarebbe possibile far coesistere le istanze garantistiche di cui all'Art. III con i benefici in termini di efficienza, esperienza e flessibilità derivanti dall'attribuzione di tali controverse a *non Art. III Courts*¹³⁹.

Naturalmente, il dibattito relativo alle *non Art. III Courts* è strettamente collegato a quello riguardante il *jurisdiction stripping*. Da questo punto di vista, la dottrina ha evidenziato che la creazione di corti legislative sarebbe ancor più dubbia, sul piano costituzionale, dello stesso *jurisdiction stripping*¹⁴⁰. Col primo fenomeno, infatti, il Congresso incide-

necessaria inferiorità delle corti *non Art. III*, mi pare la proposta di J. E. PFANDER, *Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States*, cit., p. 643 ss. *Contra*, si veda J. RESNIK, "Uncle Sam Modernizes His Justice": *Inventing the Federal District Courts of the Twentieth Century for the District of Columbia and the Nation*, in *Georgetown Law Journal*, n. 90/2002, p. 668 s., che teme la trasformazione delle *Art. III Courts* in organi di revisione di decisioni assunte in principio da *non Art. III Courts*, e M. H. REDISH, *Legislative Courts, Administrative Agencies, and the Northern Pipeline Decision*, cit., p. 226.

¹³⁶ R. H. FALLON, JR., *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, cit., p. 933 ss.

¹³⁷ Criticano tale richiesta di deferenza delle Corti federali nei confronti di quelle *non Art. III*, in quanto capace di frustrare i valori di cui all'Art. III, R. H. FALLON, JR., D. J. MELTZER, D. L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, V ed., New York, 2003, p. 372.

¹³⁸ R. H. FALLON, JR., *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, cit., p. 963 ss.

¹³⁹ R. H. FALLON, *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, cit., p. 933 ss.

¹⁴⁰ S. G. CALABRESI, K. H. RHODES, *The Structural Constitution*, cit., p. 1172: «Congress's power to create legislative courts is more formidable than its jurisdiction-stripping power. When Congress creates a legislative court, it in effect transfers

rebbe sulla separazione dei poteri attraendo nella sfera delle sue attribuzioni, in qualche misura, il controllo di competenze assegnate costituzionalmente ad un altro dipartimento (il giudiziario), mentre nel caso della *jurisdiction stripping*, si tratterebbe soltanto di un trasferimento di competenze interno al potere giudiziario, ossia dalle corti federali alle corti statali. Non bisogna tuttavia dimenticare, come già sottolineato, che il *jurisdiction stripping* non sempre comporta il passaggio alle corti statali di sfere giurisdizionali sottratte a quelle federali, potendosi talora verificare l'ipotesi di veri e propri vuoti di giurisdizione¹⁴¹. Inoltre, anche quando il *jurisdiction stripping* opera a vantaggio degli organi giudiziari statali, si pone ugualmente un problema di indipendenza del nuovo giudice, dal momento che questi ultimi generalmente non godono né della *life tenure* né della garanzia del salario, risultando in sostanza dotati di garanzie persino minori di quelle che circondano alcune agenzie indipendenti federali rispetto al sistema politico federale¹⁴². Se pertanto i giudici statali sono indipendenti dal Congresso federale essi lo sono assai meno dai sistemi politici statali, motivo per il quale altri autori – come si è già osservato nel paragrafo precedente – hanno utilizzato la dottrina della separazione dei poteri in senso inverso, con lo scopo prioritario di delimitare il ricorso congressuale al *jurisdiction stripping* piuttosto che quello alle corti amministrative¹⁴³.

the judicial power of the United States to judges who enjoy uncertain tenure and salary and therefore lack independence from Congress. In contrast, state courts are more independent because Congress has no power to affect the selection, confirmation, promotion, tenure, or salaries of particular state judges. [...] Thus, when Congress uses its jurisdiction-stripping power, it merely changes the locus of decision from a constitutionally independent Article III court to a court that is independent because it is the creature of a quasi-sovereign state». E più oltre, a p. 1174: «Congress's jurisdiction-stripping power is less great than its powers to create legislative courts and independent agencies or officers, which allow Congress potentially to violate the separation of powers».

¹⁴¹ Vedi *supra*, § 2.III.1.1.

¹⁴² M. H. REDISH, L. C. MARSHALL, *Adjudicatory Independence and the Value of Procedural Due Process*, in *The Yale Law Journal*, n. 95/1986, p. 496: «Unlike article III federal judges, most state court judges do not enjoy salary and tenure protection. Rather, they are appointed or elected for fixed terms, and are subject to legislative control».

¹⁴³ A. R. AMAR, *A Neo-Federalist View of Article III: Separating the Two Tiers of Federal Jurisdiction*, in *Boston University Law Review*, n. 65/1985, p. 251 ss.

2.3. Il ricorso ad organi dell'esecutivo per l'esercizio di funzioni giurisdizionali come strumento della *war on terror*.

Una svolta rispetto alla creazione di *non Art. III Courts*, così come era accaduto con riguardo al fenomeno affine del *jurisdiction stripping*¹⁴⁴, si è registrata con l'inaugurazione delle politiche antiterrorismo dell'amministrazione Bush Jr.

Prima dei noti eventi del *September 11*, i soggetti sospettati di terrorismo nei confronti degli Stati Uniti erano processati nelle corti federali civili¹⁴⁵. Allo stesso tempo, i soggetti catturati durante conflitti armati erano trattati come prigionieri di guerra e dunque assoggettati alle garanzie stabilite dalle Convenzioni di Ginevra¹⁴⁶. Sulla base delle politiche inaugurate nel contesto della *war on terror*, tale doppio binario risultava inapplicabile. Da un lato, lo *status* di prigioniero di guerra era negato a coloro che venivano catturati sui più diversi scenari dove tale guerra *sui generis* si svolgeva. Dall'altro, costoro potevano essere detenuti senza processo né accuse di fronte ad una corte federale. In particolare, a costoro non veniva nemmeno riconosciuto il diritto di mettere in discussione il proprio peculiare *status* di *enemy combatants*¹⁴⁷ di fronte al competente tribunale individuato in base alle convenzioni di Ginevra e alle leggi di guerra¹⁴⁸.

Alcuni di questi prigionieri cominciarono però a ricorrere alle corti federali civili¹⁴⁹ americane per mettere in discussione la propria detenzione, richiedendo in particolare la protezione dell'*habeas corpus*.

La Corte Suprema, in *Rasul v. Bush*, dichiarò, in contrasto con l'Amministrazione, che anche a costoro era garantito l'*habeas corpus*¹⁵⁰. Poiché la Corte riteneva che tale diritto fosse riconosciuto loro dalla legislazione federale, non si dovette interrogare se esso avesse anche un fondamento costituzionale.

Nello stesso giorno, la Corte Suprema decideva anche *Hamdi v. Rumsfeld*¹⁵¹. *Hamdi* era stato catturato dalle forze armate statunitensi su

¹⁴⁴ Si veda *supra*, § 2.III.1.2.

¹⁴⁵ P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 617.

¹⁴⁶ P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 618.

¹⁴⁷ Per il quale, si veda *supra*, § 3.1.

¹⁴⁸ P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 618.

¹⁴⁹ Qui l'espressione "civili" è utilizzata per distinguerle dalle corti militari.

¹⁵⁰ 542 U.S. 466 (2004).

¹⁵¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 510 (2004).

un campo di battaglia in Afghanistan ma, in quanto cittadino americano, non era detenuto a Guantanamo bensì in una nave al largo del South Carolina. La Corte Suprema, sulla base delle leggi di guerra e dell'*Authorization for Use of Military Force* (AUMF)¹⁵², che all'indomani dell'attacco terroristico dell'11 settembre aveva autorizzato il Presidente all'uso della forza, ritenne che l'amministrazione poteva tenere in detenzione anche cittadini americani coinvolti in ostilità contro le forze armate statunitensi. La sentenza, inoltre, non richiedeva che la legittimità di tale detenzione fosse sottoposta a un controllo giurisdizionale, come sostenuto invece nella *dissenting* del giudice Scalia. Secondo quest'ultimo, col quale concordava anche il giudice Stevens, l'amministrazione avrebbe dovuto prontamente muovere un'accusa nei confronti di *Hamdi* oppure rilasciarlo¹⁵³. L'opinione di maggioranza, però, affermava che era sufficiente riconoscere al detenuto «a fair opportunity to rebut the Government's factual assertions before a neutral decisionmaker», più avanti definito come «an impartial adjudicator»¹⁵⁴. Essa inoltre specificava esplicitamente che tale processo si sarebbe potuto svolgere presso «an appropriately authorized and properly constituted military tribunal»¹⁵⁵. La sentenza sembrava dunque sollecitare la costituzione di organi giudicanti *non Art. III*, ossia di tribunali incardinati nell'amministrazione che, per quanto non indipendenti, potessero fornire quantomeno un *forum* in cui discutere le decisioni dell'amministrazione stessa con riguardo allo *status* di *enemy combatant*.

Poiché la decisione in *Hamdi* non richiedeva un controllo propriamente giurisdizionale, ma pur tuttavia, almeno per i cittadini americani, il controllo da parte di un'istanza neutrale e poiché *Rasul* affermava che la legislazione statunitense garantiva l'*habeas corpus* anche agli stranieri, si

¹⁵² L'*Authorization for Use of Military Force* (AUMF) § 2 (a), Pub L No 107-40, 115 Stat 224, 224, autorizzava il Presidente all'uso di «all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11 [...] in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations, or persons».

¹⁵³ 542 U.S. 507, 563 ss. (2004)

¹⁵⁴ 542 U.S. 507, 533 (2004). L'*opinion* stabilisce inoltre che l'«enemy combatant must receive notice of the factual basis for his classification», ancorché riconosca che «the Constitution would not be offended by a presumption in favor of the Government's evidence, so long as that presumption remained a rebuttable one and fair opportunity for rebuttal were provided».

¹⁵⁵ 542 U.S. 507, 533 (2004).

apripa per l'amministrazione Bush l'opportunità di risolvere il duplice problema attivando corti *non Art. III*. Così, dapprima con atti dell'amministrazione, vennero istituiti i *Combatant Status Review Tribunals* (CSRT), composti di tre ufficiali – definiti neutrali – delle forze armate, di fronte ai quali i detenuti erano difesi non da un procuratore civile ma da un militare con il compito di fungere da rappresentante personale del detenuto e di assisterlo durante il processo¹⁵⁶. L'esiguità delle garanzie riconosciute aveva naturalmente attirato le critiche della dottrina¹⁵⁷. A tali nuovi organi, sempre con atto amministrativo, vennero poi affiancati degli *Administrative Review Board* (ARB), a loro volta formati di tre militari, col compito di valutare annualmente la persistenza delle esigenze che giustificavano la detenzione. Le garanzie riservate ai detenuti di fronte a tali autorità erano, se possibile, ancora inferiori: il loro assistente poteva accedere alle sole informazioni a supporto della detenzione non classificate come riservate dall'Amministrazione e non era loro consentito di chiedere l'audizione di testimoni¹⁵⁸.

Tali organismi amministrativi con funzioni para-giurisdizionali ricevettero copertura legislativa dal Congresso con l'approvazione nel dicembre 2005 del *Detainee Treatment Act* (DTA), che confermava il loro ruolo con riguardo al controllo dello *status* di *enemy combatant* ed affidava loro anche le richieste di *habeas corpus*, per le quali la Corte Suprema si era limitata a rinvenire un fondamento puramente legislativo in *Rasul*¹⁵⁹. Le decisioni assunte da tali organi – senza che fosse chiaro se tra di esse andassero incluse anche quelle relative alle richieste di *habeas corpus*, ciò che avrebbe costituito un caso di *jurisdiction stripping* – venivano riconosciute appellabili di fronte alla Corte d'appello del *District of Columbia*, ossia a una corte assistita dalle garanzie dell'Art. III. Ad essa veniva però attribuita una giurisdizione limitata a verificare solo se le decisioni di tali commissioni militari fossero conformi alle regole stabilite dall'Amministrazione nonché, nella misura in cui fossero applicabili, alla legge ed alla Costituzione degli Stati Uniti¹⁶⁰.

¹⁵⁶ P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 620 s.

¹⁵⁷ R. H. FALLON, JR., D. J. MELTZER, *Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror*, in *Harvard Law Review*, n. 120/2007, p. 2063.

¹⁵⁸ P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 621.

¹⁵⁹ P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 622.

¹⁶⁰ DTA § 1005 (e) (2) (C), 119 Stat., 2742, che richiede una valutazione di compatibilità «with the standards and procedures specified by the Secretary of Defense» e, nella misura in cui «the Constitution and laws of the United States are ap-

Nella successiva *Hamdan v. Rumsfeld*¹⁶¹ la Corte interpretò la riforma legislativa come se non fosse retroattiva e dunque confermò che i casi di *habeas corpus* già pendenti dovessero rientrare nella piena giurisdizione federale. È per questa ragione che, nel settembre 2006, il Congresso approvò il *Military Commissions Act* (MCA), volto a sottrarre esplicitamente alle Corti federali ogni giurisdizione sull'*habeas corpus* degli *enemy combatant* detenuti a Guantanamo.

A questo punto, però, interveniva la già citata sentenza *Boumediene*, in cui la Corte Suprema, innovando la propria giurisprudenza, dichiarava illegittimo il *jurisdiction stripping* così operato¹⁶². Ma la pronuncia in questione si rivela innovativa altresì con specifico riguardo al rapporto tra Art. III e non Art. III Courts. Anche su questo terreno, infatti, la pronuncia *Boumediene* opera una svolta netta, soprattutto se confrontata con *Hamdi*, che pure l'aveva preceduta soltanto di poco, e che sembrava non solo consentire ma persino suggerire il ricorso a forme di *adjudication* assegnate a organi non giurisdizionali. E, in effetti, il sistema di garanzie giurisdizionali predisposto dal legislatore, consistente nella sottoposizione delle decisioni assunte dalle corti militari al controllo giurisdizionale della Corte d'Appello del Distretto di Columbia, poteva apparire astrattamente compatibile con gli standard richiesti dalla stessa Suprema Corte in *Hamdi*. La soluzione prescelta dal Congresso poteva oltretutto essere considerata conforme all'*appellate theory* che la dottrina americana considerava generalmente come la pietra angolare sulla quale costruire le deroghe all'Art. III. Non è un caso che queste considerazioni siano messe in luce nella *dissenting* del *Chief Justice* Roberts, il quale aggiungeva che in ogni caso il meccanismo disposto dal Congresso lasciava un certo spazio per eventuali correzioni in via interpretativa, che la Corte avrebbe ben potuto sfruttare per salvare la costituzionalità della legge¹⁶³.

Nell'opinione del giudice Kennedy, invece, la procedura adottata per le Commissioni militari non è considerata sufficientemente garantista,

plicable, whether the use of such standards and procedures [...] is consistent with the Constitution and laws of the United States».

¹⁶¹ 548 US 557 (2006).

¹⁶² Si veda *supra*, § 3.1.

¹⁶³ 553 U.S. 723 (2008): «Hamdi concluded that American citizens detained as enemy combatants are entitled to only limited process, and that much of that process could be supplied by a military tribunal, with review to follow in an Article III court. That is precisely the system we have here. It is adequate to vindicate whatever due process rights petitioners may have».

mentre il ruolo assegnato dalla disciplina legislativa alla Corte d'Appello del *District of Columbia* viene reputato eccessivamente limitato, in particolare sul terreno del *factfinding*. Quanto alla prima considerazione, le Commissioni militari non sono reputate in questa ipotesi sufficienti a sostituire la giurisdizione federale perché rivelano eccessive limitazioni alla difesa del detenuto¹⁶⁴. Quanto alla seconda considerazione, nell'opinione di maggioranza si mette in luce che il ruolo della Corte d'Appello è ulteriormente limitato rispetto a quello già costretto del tribunale militare¹⁶⁵, con la conseguenza che la procedura messa in atto non può rappresentare un adeguato sostituto dell'*habeas corpus*, almeno per come garantito dalle corti federali¹⁶⁶.

Secondo *Boumediene*¹⁶⁷, dunque, il ricorso a *non Art. III Courts* da parte del Congresso risulta più ristretto rispetto alla giurisprudenza precedente. In particolare, occorre che presso la *non Art. III Court* eventualmente stabilita siano assicurate le garanzie tipiche di una procedura giurisdizionale, benché esse non siano esplicitamente dettagliate dalla Corte Suprema. Inoltre, la carenza delle garanzie procedurali non può essere compensata dalla previsione di una competenza d'appello riservata alla giurisdizione delle corti federali, almeno finché la cognizione di tali corti non sia sostanzialmente piena e non limitata alla sola legittimità degli accertamenti assunti in sede amministrativa. In altre parole, l'*appellate theory* può consentire deroghe all'Art. III solo quando all'organo giudiziario federale adito in appello sia consentita una revisio-

¹⁶⁴ Il Giudice Kennedy, 553 U.S. 723 (2008), rileva infatti troppi «constraints upon the detainee's ability to rebut the factual basis for the Government's assertion that he is an enemy combatant [...], the detainee has limited means to find or present evidence to challenge the Government's case against him [...], he does not have the assistance of counsel and may not be aware of the most critical allegations that the Government relied upon to order his detention».

¹⁶⁵ Il ruolo della Corte d'Appello, 553 U.S. 723 (2008), deve infatti limitarsi «to reviewing whether the CSRT followed the "standards and procedures" issued by the Department of Defense and assessing whether those "standards and procedures" are lawful». Secondo Kennedy, inoltre, non è nemmeno possibile interpretare «the statute to allow what is also constitutionally required in this context: an opportunity for the detainee to present relevant exculpatory evidence that was not made part of the record in the earlier proceedings», 553 U.S. 723 (2008).

¹⁶⁶ Tale procedura, 553 U.S. 723 (2008), «is an insufficient replacement for the factual review these detainees are entitled to receive through habeas corpus».

¹⁶⁷ Vale anche in questo contesto (vedi *supra*, § 3.1) l'avvertenza che *Boumediene*, essendo un caso inerente all'*habeas corpus*, potrebbe rivelarsi di non meccanica estensibilità generale.

ne completa delle decisioni assunte dalle *non Art. III Courts*; una revisione, cioè, che, almeno in campo penale, sia estesa alle questioni di fatto poste a fondamento delle pretese dell'esecutivo.

In conclusione, sembra potersi affermare che la “stretta” giurisprudenziale attuata dalla Suprema Corte in *Boumediene* serva anche da monito per l'Amministrazione, che viene così invitata a non abusare più della facoltà di ricorrere a corti *non Art. III*¹⁶⁸. *Boumediene* è tuttavia un caso in qualche modo speciale: la maggioranza che ha assunto la decisione è di soli cinque giudici, il precedente è ancora troppo recente e le critiche della minoranza piuttosto affilate. La sentenza, in ogni caso, più che fondarsi su una riflessione attinente alla separazione dei poteri si basa sul riconoscimento del diritto di un detenuto ad avere la propria posizione controllata da un giudice sufficientemente indipendente, ossia sufficientemente sganciato dal controllo dell'esecutivo. D'altro canto, come si è già avuto modo di osservare analizzando gli altri casi descritti nel presente paragrafo ed in quello precedente, le maggiori difficoltà incontrate dalla Corte Suprema nella giustificazione delle diverse deroghe alla giurisdizione federale non sono mai state rappresentate dalla dottrina della separazione dei poteri quando considerata nella sua funzione di garantire la posizione del potere giudiziario nel funzionamento del meccanismo dei *checks and balances*. Viceversa, la giurisprudenza cui si è fatto riferimento ha rivelato che i maggiori ostacoli al trasferimento di sfere di giurisdizione alle *non Art. III Courts* provengono proprio dal principio che richiede la separazione del potere giudiziario da quello politico, muovendo dall'esigenza dell'applicazione imparziale della legge, che – come già detto – è una manifestazione dell'ideale del *rule of law*.

3. Funzioni normative esercitate da organi incardinati nel potere giudiziario: *rules of procedure and evidence* e *sentencing guidelines*.

Il tema dell'esercizio di funzioni normative da parte del potere giudiziario è stato sollevato nell'ordinamento americano soprattutto con ri-

¹⁶⁸ Si veda P. A. DILLER, *Habeas and (Non-)Delegation*, cit., p. 631, secondo cui *Boumediene* rivelerebbe in capo alla Corte Suprema una «hostility toward delegating away the habeas function to anything other than a court and perhaps even anything but an Article III court».

guardo all'attribuzione a quella *branch of government* della potestà di stabilire le *Rules for civil, criminal e appellate procedure* nonché delle *Rules of Evidence*. Più recentemente, esso è stato riproposto anche con riguardo all'attribuzione del compito di stabilire *guidelines* vincolanti per i giudici in materia di irrogazione delle pene.

L'attribuzione della produzione delle regole di procedura alle corti corrisponde ad una lunga tradizione di *common law* nell'ordinamento inglese¹⁶⁹, poi ripresa nell'ordinamento statunitense fin dal *Judiciary Act* del 1789 che riconobbe tale attribuzione a tutte le corti federali¹⁷⁰.

Il riconoscimento, in capo alle corti, del potere di dettare disposizioni generali ed astratte implica naturalmente notevoli criticità rispetto alla dottrina della separazione dei poteri. Si tratta, infatti, di assegnare una funzione normativa al potere giudiziario, sottraendola agli organi legislativi. In questo modo, peraltro, un potere politicamente irresponsabile, quale è quello giudiziario, si vede riconosciuta una funzione che inevitabilmente richiede sempre, almeno in certa misura, l'assunzione di decisioni che richiedono di esercitare una discrezionalità politica¹⁷¹. Una prima via per giustificare tale deviazione potrebbe essere quella di ritenere che l'assegnazione alle corti delle funzioni normative in questione sia imposta dall'esigenza di tutelarne l'autonomia e l'indipendenza. Sulla base di tale presupposto, si potrebbe sostenere che l'adozione delle regole di procedura rappresenti dunque un potere implicito, racchiuso in quello giudiziario e finalizzato a garantirlo da possibili invasioni da parte di quello legislativo¹⁷². Nell'ordinamento statunitense, tuttavia, la dottrina

¹⁶⁹ G. G. TYLER, *The Origin of the Rule-Making Power and its Exercise by Legislatures*, in *Annual Report of the American Bar Association*, n. 61/1936, p. 532 ss.

¹⁷⁰ Il *Judiciary Act* del 1789, ch. 20, § 17, 1 Stat. 73, 83, riconobbe alle corti federali il potere «to make and establish all necessary rules for the orderly conducting business in the [...] courts, providing such rules are not repugnant to the laws of the United States». Per l'evoluzione legislativa in materia si veda R. U. WHITTEN, *Separation of Powers Restrictions on Judicial Rulemaking: A Case Study of Federal Rule 4*, in *Maine Law Review*, n. 4-40/1988, p. 50 ss., in particolare la nota 45.

¹⁷¹ Secondo R. U. WHITTEN, *Separation of Powers Restrictions on Judicial Rulemaking*, cit., p. 58, l'esercizio delle funzioni normative in materia di procedura riconosciute ai giudici «involves policy decisions by the Court without legislative guidance».

¹⁷² Hanno sostenuto che il potere delle corti di stabilire regole di procedura sia un *inherent power* delle stesse, come sarebbe desumibile dalla tradizione di *common law*, R. POUND, *The Rule-Making Power of the Courts*, in *American Bar Association*

maggioritaria e soprattutto la giurisprudenza¹⁷³ non hanno mai impostato il dibattito in questi termini¹⁷⁴. Viceversa, il tema delle funzioni normative riconosciute alle Corti è sempre stato affrontato come un problema di delega di potere legislativo da parte del Congresso a favore delle corti federali stesse¹⁷⁵.

Già nel 1825, nella sentenza *Wayman v. Southard*, il Giudice Marshall adotta questo schema concettuale secondo cui è indubbio che le regole di procedura rientrino nella competenza legislativa del Congresso¹⁷⁶,

Journal, n. 12/1926, p. 600 s., e J. H. WIGMORE, *All Legislative Rules For Judiciary Procedure are Void Constitutionally*, in *Illinois Law Review*, n. 23/1928, p. 277 s.

¹⁷³ Invero, la Corte non si è mai trovata nelle condizioni di dover “prendere di petto” la questione, viste le deleghe che lo stesso Congresso ha sempre riconosciuto in materia al potere giudiziario federale. Cionondimeno, è stata registrata una sorta di ricercata incompletezza dell’analisi della Corte Suprema contenuta nelle diverse *opinions* espresse in materia. Secondo R. U. WHITTEN, *Separation of Powers Restrictions on Judicial Rulemaking*, cit., p. 45, «The Court’s analysis of rule validity has largely ignored constitutional limitations on judicial rulemaking that may exist under the separation of powers doctrine». Per S. B. BURBANK, *The Rules Enabling Act of 1934*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 130/1982, p. 1115, «The Supreme Court has never satisfactorily explained – indeed it has hardly discussed – the place of court rulemaking in our constitutional framework. The early cases [...] in which the sources and limits of the rulemaking power were treated, set a pattern of ambiguity that has not been departed from».

¹⁷⁴ Si veda M. BLASIE, *Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, in *New York University Annual Survey of American Law*, n. 66-3/2011, p. 612 ss.

¹⁷⁵ Il ricorso alla *nondelegation doctrine* finisce infatti per stemperare le ragioni del potenziale conflitto del fenomeno in parola con il principio della separazione dei poteri, come rileva R. U. WHITTEN, *Separation of Powers Restrictions on Judicial Rulemaking*, cit., p. 59: «differences between interpretive and legislative processes will not result in a separation of powers violation when supervisory rules are created under the delegation». In effetti, «the delegation itself represents the judgment of a coequal branch of government that judicial rulemaking does not usurp its prerogatives». In proposito, si veda *infra*, in questo § e nel § 4.1.1

¹⁷⁶ Secondo l’opinione della Corte, *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1, 22 (1825), in riferimento alla materia della procedura delle Corti federali, sorge «no doubt whatever is entertained on the power of Congress over the subject». Il punto è poi ribadito in *Livingston v. Story*, 34 U.S. 632, 656 (1835): «that the power to ordain and establish [federal courts], carries with it the power to prescribe and regulate the modes of proceeding in such courts, admits of as little doubt». E, più recentemente, anche in *Hanna v. Plumer*, 380 U.S. 460, 471 s. (1965), e *Willy v. Coastal Corporation*, 503 U.S. 131, 136 (1992).

il quale può tuttavia delegarla alle corti stesse¹⁷⁷. La Corte accetta che a ciascuna delle tre *branches of government* spetti una e una sola delle tre tradizionali funzioni in cui si manifesta il potere pubblico¹⁷⁸. Ma subito viene precisato che il potere legislativo può delegare alcune sue funzioni agli altri¹⁷⁹. Dieci anni dopo la Corte mantenne lo stesso principio in *Bears v. Haughton*¹⁸⁰, salvando la delega alle corti del compito di stabilire regole di procedura contenuta nei *Process Acts* del 1789. Ancor più chiaramente, nella sua *dissenting opinion* in *Myers v. United States*, il celebrato giudice Brandeis aveva modo di spiegare che la dottrina della separazione dei poteri «left to each [Branch the] power to exercise, in some respects, functions in their nature executive, legislative and judicial»¹⁸¹.

Successivamente, il *Rules Enabling Act* (REA) del 1934 assegnava alla Corte Suprema il potere di dettare le regole di procedura e quelle relative alle prove da applicarsi in tutte le corti federali¹⁸². Di fatto, oggi, tali regole sono predisposte non tanto dalla Corte Suprema quanto piuttosto dalla *Judicial Conference of the United States*¹⁸³ ed entrano in vigore salvo che il Congresso, cui devono essere notificate, ponga il veto. Prima di sottoporre le sue proposte, la *Judicial Conference* le elabora ricorrendo ai propri comitati interni, composti non solo di giudici ma anche di professionisti e membri dell'accademia, e attraverso un procedimento che prevede l'assunzione di pareri e raccomandazioni di tecnici, giudici di ogni ordine e grado, organizzazioni professionali, agenzie, professori ed avvocati (si tratta di svariate migliaia di soggetti cui le proposte vengono inviate almeno sei mesi prima della loro formulazione ufficiale). Una volta formulata, la proposta della *Judicial Conference* (che peraltro resta una proposta "informale", in quanto non prevista dalla legge) viene trasmessa alla Corte Suprema, la quale a sua volta può modificarla, rigettarla, e-

¹⁷⁷ 23 U.S. 1, 42 (1825): «It will not be contended that Congress can delegate to the Courts, or to any other tribunals, powers which are strictly and exclusively legislative».

¹⁷⁸ 23 U.S. 1, 46 (1825): «The difference between the departments undoubtedly is, that the legislature makes, the executive executes, and the judiciary construes the law».

¹⁷⁹ 23 U.S. 1, 46 (1825): «but the maker of the law may commit something to the discretion of the other departments».

¹⁸⁰ 34 U.S. 329, 360 (1835).

¹⁸¹ 272 U.S. 52, 291 (1926).

¹⁸² Si veda il *Rules Enabling Act* del 1934, ch. 651, 48 Stat. 1064, per cui la Corte Suprema «shall have the power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases».

¹⁸³ Per la quale vedi *infra*, § 3.5.

mendarla o decidere di non darvi corso¹⁸⁴. Alla fine di tale procedimento, l'eventuale intervento del Congresso – che non è semplice, giacché l'esercizio del suo potere di veto rispetto alla proposta della Corte richiede l'accordo delle due Camere e la rinuncia al veto da parte del Presidente – è nel complesso infrequente e non particolarmente incisivo¹⁸⁵. Esso comunque attesta ulteriormente che siamo in presenza dell'esercizio di un potere legislativo o comunque materialmente normativo da parte di organi giurisdizionali¹⁸⁶.

Con riferimento al REA, la Corte Suprema, nella sentenza *Sibbach*, un caso del 1941¹⁸⁷, manteneva lo stesso schema concettuale che

¹⁸⁴ Sul punto si vedano: M. BLASIE, *Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, cit., p. 596 ss.; C. T. STRUVE, *The Paradox of Delegation: Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*, *University of Pennsylvania Law Review*, n. 150-4/2002, p. 1099 ss.; S. B. BURBANK, *Ignorance and Procedural Law Reform: A Call for a Moratorium*, in *Brooklyn Law Review*, n. 59/1993, p. 843.

¹⁸⁵ K. N. MOORE, *The Supreme Court's Role in Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*, in *Hastings Law Journal*, n. 44/1993, p. 1054 ss.

¹⁸⁶ J. B. WEINSTEIN, *Reform of Court Rule-Making Procedures*, Columbus (OH), 1977, p. 3 s., osserva: «Court rules have much the form and effect of legislative enactment. Until repealed or modified they control all litigation encompassed within their ambit. Like legislative enactments, they are subject to interpretation and to a declaration of invalidity when they are in conflict with legislation or constitutions». L'autore precisa poi (p. 4 s.) alcune caratteristiche delle funzioni in questione tali da escludere che queste ultime possano essere considerate di natura giudiziaria: «Rule-making by federal courts represents a reversal of usual adjudicative patterns. In most instances a court acts in controversies based upon particular facts on a case-by-case basis, leaving subsequent decisions to synthesize general substantive and procedural rules. At the level of national federal rule-making, the Supreme Court lays down general standards applicable to all future cases without the aid of individual fact situations and argument. The Court does not have before it interested parties with a motive for presenting the case fully, as it does in litigation meeting constitutional justiciability requirements. In rule-making the Court makes legislative Pronouncements [...] a departure from the usual instance where congressional legislation is measured and interpreted by the courts in the light of constitutional and other requirements». Si veda anche R. U. WHITTEN, *Separation of Powers Restrictions on Judicial Rulemaking*, cit., p. 50 ss., che, a p. 57, con riguardo alle competenze in parola, nota: «Adjudication is essentially retrospective, while rulemaking, like legislation, is prospective».

¹⁸⁷ La Corte afferma in *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 9 s. (1941): «Congress has undoubted power to regulate the practice and procedure of federal courts [...] and may exercise that power by delegating to this or other federal courts authority to make rules not inconsistent with the statutes or Constitution of the United States».

aveva già adottato nella giurisprudenza precedente all'intervento del Congresso e che può sintetizzarsi come segue: trattandosi di esercizio di funzione legislativa, siamo certamente di fronte a una competenza che appartiene al Congresso, ma quest'ultimo può delegarne l'esercizio. Più recentemente, in *Supreme Court of Virginia v. Consumers Union, Inc.*¹⁸⁸ del 1980 la Corte Suprema, ancorché incidentalmente e con riferimento – come risulta dal nome delle parti della causa – ad una corte statale (la Corte Suprema della Virginia), riaffermava la possibilità per le corti di esercitare potere legislativo. In questo caso infatti la pronuncia stabiliva che i componenti di una corte possono godere delle immunità riconosciute al legislativo quando la corte esercita una competenza legislativa, ossia, per esempio, quando detti codici etici o altre discipline riguardanti le attività degli avvocati. Lo schema della delega di potere legislativo del Congresso alle corti sarebbe poi stato confermato anche nella giurisprudenza successiva¹⁸⁹.

Ma l'opinione più esaustiva sul punto è probabilmente quella contenuta in *Mistretta*, caso che si è già richiamato in relazione agli incarichi extragiudiziari dei giudici¹⁹⁰. In questo caso, la Corte Suprema, alla fine degli anni Ottanta, doveva pronunciarsi in relazione alla legittimità costituzionale del *Sentencing Reform Act* del 1984, per mezzo del quale il Congresso dava vita ad una agenzia indipendente che collocava nel *Judicial Branch*¹⁹¹ ed alla quale affidava, in modo permanente, il compito di formulare *guidelines* vincolanti per i giudici circa l'irrogazione delle pene. La Commissione nata dal *Sentencing Reform Act* è costituita di sette membri tutti nominati per un periodo di sei anni, a seguito dell'*advice*

¹⁸⁸ 446 U.S. 719, 722 ss. (1980).

¹⁸⁹ Si veda *Willy v. Coastal Corporation*, 503 U.S. 131, 136 (1992).

¹⁹⁰ Si veda *supra*, § 2.II.5.

¹⁹¹ La collocazione di tale organismo nel giudiziario è però contestabile – ed infatti è convincentemente respinta nell'opinione dissenziente del giudice Scalia – ma in questa sede la questione non è rilevante poiché l'opinione di maggioranza si fonda su questa premessa. Peraltro, una diversa collocazione della Commissione – nel legislativo, se si dà peso alla funzione, o nell'esecutivo, se si muove dal lato organico – non farebbe venir meno l'interesse del tema ai fini di questa trattazione. Solamente non sarebbe configurabile come esercizio di funzioni legislative da parte del giudiziario bensì come partecipazione di giudici a organi controllati da un altro potere ed in qualche modo subordinati al Presidente cui è affidata una funzione legislativa su delega del Congresso. La commistione tra funzioni e poteri non corrispondenti, che resterebbe nondimeno evidente, andrebbe dunque affrontata in diversa sede ossia, come in effetti ho scelto di fare, per taluni profili, nel § 2.II.5.

and consent del Senato, dal Presidente e da questi rimovibili per cause specifiche. Almeno tre dei membri della Commissione devono essere giudici, che il Presidente sceglie all'interno di una lista di sei nominativi fornitagli dalla *Judicial Conference of the United States*.

L'opinione di maggioranza muove senz'altro da una versione funzionalista della dottrina della separazione dei poteri, che rivendica l'insussistenza di incompatibilità tra funzione nomopoietiche e organi giurisdizionali: per la Corte la sua stessa giurisprudenza indica che non esistono ragioni per ritenere che il giudiziario non possa svolgere funzioni normative¹⁹². In questo caso, secondo la Corte, la produzione di regole attinenti al *sentencing* concerne una funzione normativa che in principio va riconosciuta al Congresso¹⁹³. Ma ciò non esclude che questi possa delegarla ad altri. Infatti, l'opinione di maggioranza risolve il caso applicando la *nondelegation doctrine* che in linea di principio impedisce al Congresso di delegare alle altre *branches of government* il proprio potere legislativo¹⁹⁴, ma a ciò si consente una deroga quando la delega fissi un

¹⁹² *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 386 (1989): «That judicial rule-making, at least with respect to some subjects, falls within this twilight area [in cui funzioni giurisdizionali e legislative si mischiano] is no longer an issue for dispute. None of our cases indicate that rulemaking per se is a function that may not be performed by an entity within the Judicial Branch, either because rulemaking is inherently nonjudicial or because it is a function exclusively committed to the Executive Branch».

¹⁹³ Secondo la Corte, 488 U.S. 361, 388 (1989), il Congresso ha, infatti, trasferito il potere normativo in questione al giudiziario «Pursuant to this power to delegate rulemaking authority to the Judicial Branch».

¹⁹⁴ Come già affermato in *Field v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892), secondo cui: «That Congress cannot delegate legislative power to the President is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution». Anche in *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 406 (1928), con la quale la Corte respinge i dubbi di costituzionalità del § 312 (a) del *Tariff Act* del 1922, che attribuiva al Presidente il potere di modificare alcune tariffe fissate per legge, si afferma: «it is a breach of the National fundamental law if Congress gives up its legislative power and transfers it to the President, or to the Judicial branch». D'altro canto, il principio era già affermato da uno dei classici del pensiero liberale, secondo cui «[t]he power of the legislative being derived from the people by a positive voluntary grant and institution, can be no other, than what the positive grant conveyed, which being only to make laws, and not to make legislators, the legislative can have no power to transfer their authority of making laws, and place it in other hands» (J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, ed. a cura di R. H. COX, Arlington Heights (IL), 1982, p. 87).

intelligible principle, cui il suo destinatario debba conformarsi¹⁹⁵. Questo standard era stato rispettato dal Congresso nel caso in questione¹⁹⁶.

Il caso è dunque risolto sulla base della *nondelegation doctrine*. Essa, in origine, era nata fondamentalmente avendo riguardo alle deleghe legislative a favore dell'esecutivo ma tale origine non ha impedito alla Corte di farne un impiego più generalizzato, estendendola anche a un caso in cui il beneficiario della delega non era l'esecutivo bensì il giudiziario. Anche da ciò si può trarre una prova indiretta della preminenza del meccanismo dei *checks and balances* nell'uso della dottrina della separazione dei poteri in questo come in altri casi. Mi pare, infatti, che, solo muovendo da tale presupposto, gli strumenti utilizzati per risolvere la ripartizione di potere e competenze tra legislativo ed esecutivo possano essere utilizzati, indifferentemente, anche per risolvere le questioni attinenti alla protezione dei confini del giudiziario a fronte dell'espansione delle altre due *branches of government*. Del resto, muovendo invece dall'idea dell'applicazione imparziale del diritto, la specificità del potere giudiziario comporta che i suoi confini con gli altri poteri risultino ben più rigidi.

E, in effetti, la Corte si scontra con questo scoglio quando, sempre in *Mistretta*, affronta la compatibilità dell'assegnazione delle funzioni normative collegate al *sentencing* con la disposizione costituzionale che affida alla cognizione delle corti solo *Cases and Controversies*¹⁹⁷. La *ratio* di tale limitazione della giurisdizione delle corti federali è rinvenuta dalla *Supreme Court* nella necessità di evitare che il giudiziario sia coinvolto in sfere materiali assegnate agli altri poteri¹⁹⁸. Tale coinvolgimento è infatti

¹⁹⁵ Lo standard dell'*intelligible principle* è fissato a partire dalla sentenza *J. W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928). In altri casi, come ad esempio in *American Power & Light Co. v. Securities & Exchange Commission*, 329 U.S. 90, 105 (1946), la Corte ha subordinato la delegabilità delle funzioni legislative alla condizione che il Congresso «clearly delineates the general policy, the public agency which is to apply it, and the boundaries of this delegated authority».

¹⁹⁶ La delega al giudiziario, 488 U.S. 361, 379 (1989), non risulta, infatti, eccessiva, dal momento che «The Act sets forth more than merely an “intelligible principle” or minimal standards».

¹⁹⁷ 488 U.S. 361, 385 (1989): «According to express provision of Article III, the judicial power of the United States is limited to ‘Cases’ and ‘Controversies’». Tale riferimento era valso anche ad escludere che le corti potessero fornire *advisory opinion*, come ho riferito *supra*, nel § 2.III.5, cui rinvio anche per il testo della disposizione.

¹⁹⁸ 488 U.S. 361, 385 (1989), ove si afferma, con una citazione presa da *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 97 (1968), che la limitazione della giurisdizione delle corti a casi e controversie è rivolta «to ensure the independence of the Judicial Branch by

considerato pericoloso, perché la legittimazione del potere giudiziario federale, in generale, e della stessa Corte Suprema, in particolare, riposerebbe sul credito che viene agli stessi riconosciuto dall'opinione pubblica. Si tratta di un patrimonio di legittimazione che il giudiziario costruirebbe sulla sua indipendenza e persino sulla stessa apparenza di indipendenza ed imparzialità rispetto alle parti politiche¹⁹⁹. Lo stesso principio, per cui la funzione giurisdizionale assegnata ai giudici implica il distacco di questi dalle *political branches*, era in effetti già stato affermato poco tempo prima nella pronuncia *Morrison v. Olson*, che pertanto veniva richiamata in *Mistretta*²⁰⁰, per ribadire che l'assegnazione di compiti amministrativi o normativi alle Corti ne metteva a repentaglio tale estraneità al sistema politico, fonte della sua legittimazione²⁰¹. Come si vede, si tratta degli argomenti che giustificano la separazione del potere giudiziario dai poteri politici sulla base dello schema alternativo rispetto a quello dei *checks and balances*, a partire dalla impostazione del tema della legittimazione stessa del potere giudiziario.

La Corte però se la cava affermando che il principio di non assegnazione di funzioni non giurisdizionali al potere giudiziario è passibile di deroghe, che siano compatibili con la «central mission of the Judiciary»²⁰². Poiché in questo caso si tratta di funzioni normative connesse

precluding debilitating entanglements between the Judiciary and the two political Branches, and prevent the Judiciary from encroaching into areas reserved for the other Branches by extending judicial power to matters beyond those disputes 'traditionally thought to be capable of resolution through the judicial process'».

¹⁹⁹ 488 U.S. 361, 407 (1989): «legitimacy of the Judicial Branch ultimately depends on its reputation for impartiality and nonpartisanship». Sul punto si veda M. BLASIE, *Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, cit., p. 632, secondo cui «important is the legitimacy of the Judicial Branch, which depends on public confidence and the appearance of impartiality».

²⁰⁰ 488 U.S. 361, 385 (1989).

²⁰¹ La Corte, infatti, in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 677 s. (1988), richiamandosi a *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 123 (1976), ribadiva che compiti esecutivi ed amministrativi «may not be imposed on judges holding office under Art. III of the Constitution.» The purpose of this limitation is to help ensure the independence of the judicial Branch and to prevent the Judiciary from encroaching into areas reserved for the other branches». Nello stesso senso, si veda anche *Musk-rat v. United States*, 219 U.S. 346, 352 (1911), per la quale «neither the legislative nor the executive branches can constitutionally assign to the judicial any duties but such as are properly judicial, and to be performed in a judicial manner».

²⁰² 488 U.S. 361, 388 (1989): «Consistent with the separation of powers, Congress may delegate to the Judicial Branch nonadjudicatory functions that do not

alle decisioni giudiziarie, la deroga al principio risulta giustificata, non minando il ruolo del potere giudiziario²⁰³.

Naturalmente, da altro punto di vista, la difesa della costituzionalità dell'attribuzione di funzioni normative al giudiziario, o per meglio dire alla Corte Suprema, fa sorgere il problema della compatibilità di tale allocazione di funzioni con la necessità di effettuare un imparziale controllo di costituzionalità anche su tale *corpus* normativo, come s'imporrebbe in qualsiasi ordinamento retto dal *rule of law* e dalla supremazia della Costituzione sulle leggi. In questi casi, infatti, il giudice chiamato al vaglio di costituzionalità non si trova in una posizione di estraneità bensì di identità rispetto al soggetto che ha creato la disposizione. Per un giurista italiano o europeo la questione appare di particolare rilevanza, considerando la mole delle pronunce della nostra Corte Costituzionale o della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di procedura penale. Viceversa, si tratta di un problema che non ha imbarazzato la Corte Suprema americana, la quale ha persino affermato che la provenienza giudiziaria di tali disposizioni determina l'esistenza di una presunzione di validità costituzionale delle stesse²⁰⁴. Nella sua *concurring in Hanna v. Plumer*²⁰⁵ il

trench upon the prerogatives of another Branch and that are appropriate to the central mission of the Judiciary».

²⁰³ La Corte, 488 U.S. 361, 393 (1989), può infatti concludere: «We do not believe [...] that the significantly political nature of the Commission's work renders unconstitutional its placement within the Judicial Branch»; piuttosto, «In this case, the "practical consequences" of locating the Commission within the Judicial Branch pose no threat of undermining the integrity of the Judicial Branch or of expanding the powers of the Judiciary beyond constitutional bounds by uniting within the Branch the political or quasi-legislative power of the Commission with the judicial power of the courts».

²⁰⁴ Tuttavia, secondo quanto riporta P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, Princeton (N.J.), 1973, p. 241, una minoranza della Corte rimase insoddisfatta rispetto a tale soluzione; in particolare, i giudici della Corte Suprema Black e Douglas avrebbero rilevato in proposito: «Transfer of the functions to the Judicial Conference would relieve us the embarrassment of having to sit in judgment on the constitutionality of rules which we have approved and which as applied in given situations might have to be declared invalid».

²⁰⁵ *Hanna v. Plumer*, 380 U.S. 460, 476 (1965): «Since the members of the Advisory Committee, the Judicial Conference, and this Court who formulated the Federal Rules are presumably reasonable men, it follows that the integrity of the Federal Rules is absolute». Vedi anche *Burlington Northern Railroad Co. v. Woods*, 480 U.S. 1, 6 (1987): «the study and approval given each proposed Rule by the Advisory Committee, the Judicial Conference, and [the Supreme] Court, and the statutory requirement that the Rule be reported to Congress for a period of review before taking

giudice Harlan sostenne addirittura che tale allocazione del potere normativo doveva comportare una presunzione di costituzionalità delle regole così prodotte.

Quanto alla dottrina, essa ha in genere approvato l'approccio sostanzialmente elastico della Corte Suprema con riguardo all'attribuzione di funzioni normative al potere giudiziario federale²⁰⁶. Molti hanno infatti sostenuto l'esistenza di ragioni pratiche, fondamentalmente di maggior specializzazione e competenza dei giudici nei settori normativi ad essi affidati, che suggeriscono, sulla base appunto di una visione elastica della separazione dei poteri, di consentire tali interferenze funzionali del giudiziario nella legislazione²⁰⁷. Più raramente, si è tentato di giustificare tali commistioni sulla base di una lettura più rigida della separazione dei poteri. Adottata tale ottica, si è dovuto ricorrere all'*escamotage*, che avevo ipotizzato in apertura di paragrafo, di ritenere necessarie tali interferenze funzionali come indispensabili al fine di tutelare l'autonomia di ogni singolo potere: l'attribuzione di limitate e specifiche funzioni normative al giudiziario si giustificerebbe pertanto come mezzo necessario per tutelarne l'indipendenza dalle altre *branches of government*²⁰⁸. Ancor più raramente, l'attribuzione di poteri legislativi al giudiziario è stata fatta oggetto di annotazioni critiche basate sulla constatazione che essa si pone in

effect give the Rules presumptive validity under both the constitutional and statutory constraints».

²⁰⁶ Si tratta di un'opinione sostenuta da M. BLASIE, *Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, cit., p. 594 s.. Si veda anche C. A. WRIGHT, A. R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, III ed., St. Paul (MN), 2008, § 1004: «The whole history of federal judicial procedure, the submission of the Federal Rules of Civil Procedure and the amendments thereto to Congress in accordance with the Rules Enabling Act of 1934, and the decisions of the Supreme Court, all are premised on the authority of Congress to make procedural rules and to delegate that power to the Supreme Court».

²⁰⁷ J. B. WEINSTEIN, *Reform of Court Rule-Making Procedures*, cit., il quale, a p. 33, sostiene che «no one of the three branches of Government is, by the theory of the Constitution or the character of the duty, so peculiarly fitted for this work that the other two must be excluded from consideration», e, a p. 54, conclude: «The rule-making power is one of the most important examples of practical necessity dictating that a twilight area be created where activities of the separate branches merge».

²⁰⁸ M. BLASIE, *Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, cit., p. 614 ss. Ma anche lo stesso J. B. WEINSTEIN, *Reform of Court Rule-Making Procedures*, cit., p. 21, può essere citato in questo senso quando afferma che «Rule-making [...] is a crucial facet of an independent judiciary; to deprive the judiciary [of] rule-making authority is to mar its vital independence».

contraddizione con le garanzie di indipendenza relative allo *status* dei giudici. L'attribuzione di funzioni aventi natura legislativa dovrebbe infatti determinare, per i giudici che ne fossero incaricati, una forma di responsabilità politica, come tale incompatibile con le garanzie della *life tenure*, della rimuovibilità solo sulla base di una procedura di *impeachment* e della irriducibilità del salario, se non con l'esercizio della funzione giurisdizionale di per sé²⁰⁹.

Invero, tutto sommato, il tema della compatibilità di tale dislocazione delle funzioni normative con la dottrina della separazione dei poteri non ha suscitato sinora grande interesse nella dottrina americana. Ciò è probabilmente dovuto alla ragione che l'attuale sistema ha prodotto regole di procedura che sono state considerate largamente soddisfacenti e non a caso sono prese a modello negli altri ordinamenti²¹⁰.

Tale deviazione da una rigida versione della dottrina della separazione dei poteri rivela in ogni caso almeno due profili di interesse nella nostra trattazione. Da un lato essa richiama la tematica del rapporto tra principio democratico e potere giudiziario, dall'altro quella dell'attribuzione del controllo di costituzionalità ad un organo diverso da quello che ha prodotto la regola da applicare.

Da un primo punto di vista, l'armonizzazione dell'attribuzione di tali potestà normative al potere giudiziario con il principio democratico non dovrebbe risultare troppo complicata nel contesto americano. Si è sostenuto, infatti, che l'inserimento del potere giudiziario nel sistema dei *checks and balances* Oltre Atlantico è potuto avvenire proprio in virtù della speciale moderazione con cui quel principio è stato colà accolto, da un lato, e dell'attribuzione di una legittimazione democratica al giudiziario stesso, dall'altro²¹¹. Nondimeno, dalle pagine precedenti è emerso che l'opposto

²⁰⁹ È la tesi sostenuta da S. C. YEAZELL, *Judging Rules, Ruling Judges*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 61-3/1998, p. 241.

²¹⁰ S. C. YEAZELL, *Judging Rules, Ruling Judges*, cit., 229: «We conventionally and correctly observe that the Federal Rules of Civil Procedure are widely admired and imitated».

²¹¹ Tuttavia, è stato sottolineato che il problema della compatibilità tra esercizio della funzione normativa da parte delle corti e principio democratico non si può risolvere sul solo terreno della legittimazione democratica del potere giudiziario. Tale allocazione di potere normativo, del resto, sottrae funzioni al potere legislativo, rispetto alle quali questo, che dovrebbe esserne il titolare, non può più essere chiamato a rispondere. In questo senso J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), 1980, p. 131 ss., ha sostenuto che «by refusing to legislate, our legislators» sfuggono «the sort of accountability that is crucial to the

modello del giudice estraneo alla contesa politica e pertanto meglio posizionato nell'applicazione imparziale della legge carsicamente emerge anche nel contesto americano a temperamento del prevalente meccanismo dei *checks and balances*. Del resto, l'attribuzione di funzioni legislative alle corti mette queste ultime nella condizione di creare regole generali e astratte. Così facendo esse si espongono inevitabilmente sul terreno delle scelte politiche²¹², vedendosi conseguentemente spogliate della loro veste di presunta neutralità. Tra gli autori che sostengono questa tesi ed i lacerti di giurisprudenza che talora la perorano, si richiama in effetti un paradigma diverso da quello democratico, nel tentativo di reperire il fondamento della separazione del potere giudiziario. Così emerge qua e là l'idea che, ai fini della loro indipendenza e della loro legittimazione, le corti necessitano non solo di essere ma anche di apparire estranee al processo di assunzione delle decisioni politiche o almeno di quelle che si estrinsecano nella formulazione di regole generali ed astratte²¹³.

intelligible functioning of a democratic republic». Anche il giudice J. S. WRIGHT, *Review: Beyond Discretionary Justice*, in *The Yale Law Journal*, n. 81-3/1972, p. 585 s., rilevava che spesso il Congresso «passes some 'soft' statutes which throw the mess into the lap of an administrative agency [...] at the expense of democratic decisionmaking». D'altro canto, lo stesso *Chief Justice* Renquhist, sebbene in una *concurring*, aveva affermato, *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 685 (1980), che il divieto di delega di funzioni legislative da parte del Congresso «ensures to the extent consistent with orderly governmental administration that important choices of social policy are made by Congress, the branch [...] most responsive to the popular will».

²¹² Non a caso è stato sostenuto, ad esempio, che l'insieme delle *Guidelines* «reflects a sentencing philosophy», giacché determina specifici livelli di severità nell'irrogazione delle sanzioni con lo scopo di perseguire peculiari obiettivi di deterrenza e retribuzione e dunque di politica criminale (L. B. SCHWARTZ, *Options in Constructing a Sentencing System: Sentencing Guidelines Under Legislative or Judicial Hegemony*, in *Virginia Law Review*, n. 67-4/1981, p. 641).

²¹³ W. E. ACKERMAN, *Comment: Separation of Powers and Judicial Service on Presidential Commissions*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 53-3/1986, p. 1017, afferma: «not only must a judge in fact be independent and impartial in resolving disputes, but the public must also perceive this to be the case». E nella stessa pagina aggiunge: «A court's effectiveness in applying the law to the parties depends on its public image as a fair and neutral arbiter». H. T. RUBIN, *The Courts: Fulcrum of the Justice System*, II ed., New York, 1984, p. 3, sostiene che le Corti hanno come scopo non solo quello racchiuso nell'espressione "do justice" ma anche in quello riassunto nella formula "to appear to do justice". Si veda anche L. G. ESAYIAN, *Separation of Powers: The Federal Sentencing Commission: Unconstitutional Delegation and Threat to Judicial Impartiality?*, in *The Journal of Criminal Law and*

Da un secondo punto di vista, tale esercizio di funzioni normative in materia di procedura da parte di organi giudicanti, ne inficia la neutralità (ed in questo caso la stessa terzietà) con specifico riferimento alla loro funzione di *judicial review* delle leggi: qualora la Corte Suprema fosse chiamata a valutare la legittimità costituzionale delle *guidelines* o – ancor più problematicamente – delle regole di procedura da essa stessa emanate²¹⁴, non si potrebbe forse intravedere quella fusione tra legislativo e giudiziario già condannata da Montesquieu e Madison con il celeberrimo motto per cui «Were the power of judging joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary controul»²¹⁵?

4. Funzioni amministrative di autorganizzazione in capo al potere giudiziario: la *Judicial Conference* e l'*Administrative Office*.

L'attività amministrativa che inerisce al giudiziario presenta caratteri peculiari, non tanto perché essa differisca in sé dalle altre attività amministrative, quanto piuttosto perché, svolgendosi nelle immediatezze di quella giurisdizionale, si presta a divenire uno strumento per condizionare l'attività dei giudici. Di qui l'importanza dell'allocazione di tali funzioni amministrative sotto il controllo delle corti, proprio al fine di impedire le indebite interferenze nella sfera del potere giudiziario che si potrebbero produrre qualora esse fossero invece affidate agli organi dell'esecutivo. Le soluzioni adottate dall'ordinamento americano su questo terreno sono particolarmente interessanti e originali, ancorché non siano state studiate a fondo dalla dottrina, con la vistosa eccezione del voluminoso studio di Peter Graham Fish, ormai risalente (fu dato alle stam-

Criminology, n. 80-4/1990, p. 967: «Judicial independence is threatened by giving judges a stake in nonjudicial activities».

²¹⁴ Si veda in proposito K. N. MOORE, cit., p. 1072. Vedi anche W. E. ACKERMAN, *Comment: Separation of Powers and Judicial Service on Presidential Commissions*, cit., p. 1011: «Judicial service on presidential commissions may threaten judicial impartiality because it could bias a judge in favor of viewpoints that he or his colleagues promoted as members of a commission». Nello stesso senso L. G. ESAYIAN, *Separation of Powers*, cit., p. 963 ss.

²¹⁵ Si veda il saggio n. 47 in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist with Letters of "Brutus"*, ed. a cura di T. BALL, Cambridge (U.K.), 2003 (1787), p. 236, in cui Madison richiama letteralmente Montesquieu.

pe nel 1973), al quale questo paragrafo si rifà largamente, apportando i dovuti aggiornamenti²¹⁶.

Secondo Fish, sulla base del *Judiciary Act* del 1789, l'amministrazione giudiziaria era improntata ai valori dell'indipendenza, del decentramento e dell'individualismo²¹⁷. In sostanza, quanto alle attività amministrative collegate con l'esercizio della funzione giurisdizionale, ogni giudice risultava indipendente non solo dal Congresso e dal Presidente ma anche dalle altre corti e dagli altri giudici²¹⁸. Così Frankfurter e Landis potevano affermare che il Congresso aveva creato «a hierachical system of courts, not of judges»²¹⁹. Quanto, in particolare, alle Corti di distretto, che generalmente erano composte da un solo giudice, esse provvedevano autonomamente alla propria gestione, compresa la nomina del personale amministrativo e di quello assegnato a sovrintendere alle procedure fallimentari²²⁰. La dottrina della separazione dei poteri doveva aver giocato un ruolo nell'assestarsi di questo assetto: per utilizzare le parole di Fish, «The separation of powers doctrine could conceivably have provided the federal courts with a rationale for developing inherent plenary power over their own [...] administration»²²¹.

Parallelamente allo sviluppo decentrato delle corti, si assistette ad un accrescimento del ruolo giocato dal Dipartimento della Giustizia, la struttura amministrativa del governo federale investita della materia con a capo l'*Attorney General*. Quest'ultimo fin dalle origini degli Stati Uniti guidava l'esercizio dell'azione penale attraverso suoi funzionari, gli

²¹⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit. L'Autore, quanto alla fase iniziale dello sviluppo del sistema giudiziario statunitense, si rifà alla fondamentale opera del 1928 di Frankfurter e Landis (F. FRANKFURTER, J. M. LANDIS, *The Business of the Supreme Court: A Study in the Federal Judicial System*, New York, 1928).

²¹⁷ Vedi anche, negli stessi termini, H. WOOD, JR., *Judiciary Reform: Recent Improvements in Federal Judicial Administration*, in *The American University Law Review*, vol. 44/1995, p. 1559 s.

²¹⁸ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 3 ss. e specialmente p. 7.

²¹⁹ F. FRANKFURTER, J. M. LANDIS, *The Business of the Supreme Court*, cit., p. 218. Ciò non toglie, però, che informalmente i giudici della Corte Suprema potessero effettuare pressioni sui giudici inferiori in materia di amministrazione giudiziaria specie quando sedevano come membri delle corti di circuito. Per queste ultime, non essendo corti permanenti, non ha senso domandarsi delle funzioni amministrative.

²²⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 12.

²²¹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 21.

*United States Attorneys*²²². Ad esso inoltre, fin dal *Judiciary Act* del 1789, fanno capo gli *United States Marshals*, funzionari assegnati alle corti in ogni distretto ma nominati dal Presidente con l'*advice and consent* del Senato. Il loro mandato durava quattro anni ed erano incaricati di varie funzioni di amministrazione delle corti, oltre a quelle di garantire la sicurezza dei giudici e delle corti stesse e soprattutto di presiedere all'attività di esecuzione delle sentenze e degli altri provvedimenti giudiziari²²³. Viceversa, venivano (come vengono anche oggi) nominati dai giudici²²⁴ i *clerks*, cui erano demandate altre funzioni amministrative, come la gestione dei registri giudiziari e, in generale, tutte le funzioni di amministrazione più strettamente legate all'attività giurisdizionale dei giudici²²⁵. A fianco di queste due categorie principali di funzionari ve ne erano altre: i *bailiffs* venivano nominati dai *marshals* con l'approvazione dei giudici per svolgere compiti loro assegnati dagli uni o dagli altri; i *criers*, nominati dalle corti, con funzioni legate al cerimoniale; i *messengers*, impiegati dei giudici con compiti di assistenza personale; i *probation officers*, che, pur nominati dalle corti, ricadevano sotto il controllo del *Department of Justice* e soprintendevano le attività di sorveglianza dei condannati non (più) sottoposti a detenzione; i *bankruptcy referees*, che, nominati per due anni dai giudici, avevano larga autonomia amministrativa, compresa la possibilità di decidere le proprie tariffe ed assumere proprio personale per la gestione dei beni e della procedure fallimentari²²⁶.

Tutto questo personale decentrato era in contatto con il *Department of Justice*: la sua *Division of Supplies* provvedeva per le forniture dei beni necessari al funzionamento delle corti e dei loro uffici; la *Division of Accounts* dell'*Office of the General Agent* sovrintendeva alla gestione finanziaria; un'altra struttura di quest'ultimo ufficio, la *Division*

²²² A. LANGEUTTIG, *The Department of Justice of the United States*, Baltimora (MD), 1927, p. 75 ss.

²²³ A. LANGEUTTIG, *The Department of Justice of the United States*, cit., p. 82 ss.

²²⁴ Sul punto dell'attribuzione alle single corti del potere di nomina e dell'eventualità che ad esso acceda anche un potere di revoca *ad libitum*, si veda il risalente ma interessante caso *In Re Hennen*, 38 U.S. 230 (1839).

²²⁵ H. P. CHANDLER, *Some Major Advances in the Federal Judicial System, 1922-1947*, in *Federal Rules Decisions*, n. 31/1963, p. 455.

²²⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 92.

of *Examiners*²²⁷, si occupava degli ispettori che, nominati dall'*Attorney General*, visitavano le diverse corti col fine di ispezionare gli uffici giudiziari ed il relativo personale²²⁸. Proprio l'attività investigativa dimostrò l'esistenza di una pervasiva corruzione dentro gli uffici giudiziari, che dopo la I Guerra Mondiale indusse il *Department of Justice* a introdurre riforme complessivamente improntate ad un maggior accentramento dell'amministrazione delle corti: maggior controllo centrale, creazione di un sistema di salari in sostituzione del pagamento attraverso le tariffe giudiziarie, fissazione di parametri professionali per le assunzioni²²⁹. Tali riforme non furono accolte particolarmente bene dai giudici che, specie con riguardo alle nomine, temevano che esse realizzassero un attacco dell'*Attorney General* rispetto alla tradizionale autonomia di cui storicamente avevano goduto²³⁰.

Con l'affermarsi della *Progressive Era*, tra la fine dell'Ottocento e le prime due decadi del Novecento, non solo crebbe la struttura amministrativa ed il controllo federale del *Department of Justice*, ma lo stesso assetto delle funzioni amministrative del giudiziario, ancora sostanzialmente decentrate, non sfuggì alle richieste di maggior efficienza che si facevano sentire per ogni settore dell'amministrazione pubblica.

La riforma dell'amministrazione giudiziaria si affermò dapprima a livello statale. Nel 1913 in Wisconsin venne istituito un Consiglio giudiziario centrale, composto di un certo numero di giudici statali, con il compito di favorire un'equa distribuzione dei carichi tra le diverse corti, di incrementare l'efficienza nelle attività di amministrazione del personale e degli uffici e di favorire lo scambio di informazioni in modo da migliorare la gestione delle corti dello Stato. Tale riforma fungerà da modello per altri stati e anche per l'assetto federale²³¹.

A livello federale, con l'*Act of October 13, 1913*, una delicata funzione di amministrazione dei giudici venne assegnata al *Chief Justice*. Poiché il Secondo Circuito, quello che contiene lo Stato di New York,

²²⁷ Durante gli anni del *Chief Justice* Taft, l'*Attorney General* Wickersham stabilì un *Bureau of Investigation* che portò alla luce un vasto sistema di corruzione tra i funzionari delle corti: P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 94.

²²⁸ A. LANGELOTTIG, *The Department of Justice of the United States*, cit., p. 28 ss.

²²⁹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 96 ss.

²³⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 96.

²³¹ W. F. WILLOUGHBY, *Principles of Judicial Administration*, Washington (D.C.), 1929, p. 264 ss.

aveva carichi di lavoro eccessivi mentre altri circuiti presentavano viceversa un eccesso di giudici rispetto ai carichi, il Congresso affidò al *Chief Justice* il compito di inviare giudici di distretto dagli altri circuiti al secondo circuito, su richiesta del *senior circuit judge* di quest'ultimo²³². È da notare che, trattandosi della materia sensibile dei trasferimenti (ancorché temporanei), la corrispondente funzione venne assegnata dal Congresso al *Chief Justice* e non al Presidente degli Stati Uniti, in palese omaggio al principio della separazione del potere giudiziario. È evidente però che, se la soluzione realizzava quella che noi chiamiamo indipendenza esterna, essa prestava il fianco a critiche sul terreno dell'indipendenza interna, poiché produceva una qualche forma di subordinazione dei giudici di distretto a favore del Presidente della Corte Suprema.

Le esperienze statali di accentramento dell'amministrazione giudiziaria e quelle a livello federale relative ai distaccamenti dei giudici, che davano maggior peso al *Chief Justice* e ai *Senior Circuit Judges* di ogni circuito, stanno alla base della innovativa proposta di riforma che, attorno agli anni Venti del Novecento, fu avanzata dal *Chief Justice* Taft, già Presidente degli Stati Uniti. La proposta mirava a creare una conferenza convocata annualmente dal *Chief Justice* e composta dei *Senior Circuit Judges* di ogni circuito, cui affidare il compito di favorire lo scambio di informazioni tra i diversi circuiti²³³ ed alcuni compiti di coordinamento amministrativo tra le corti nonché in materia di distaccamenti dei giudici. Un punto controverso nelle discussioni preliminari all'adozione della nuova legislazione fu quello relativo alla partecipazione alla conferenza dell'*Attorney General*, ossia dell'equivalente americano di un ministro della giustizia, previsione che venne attaccata da un senatore come «a monstrous proposition»²³⁴. La riforma fu infine approvata come *Act of September 14, 1922*, e istituì la *Conference of Senior Circuit Judges*, di cui non faceva parte l'*Attorney General*, che tuttavia poteva partecipare ai lavori con lo scopo di mettere a disposizione le informazioni in possesso del Dipartimento da lui guidato²³⁵.

²³² P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 15. Successivamente, p. 30, si aggiunse la necessità che il distacco del giudice fosse supportato anche dal consenso del *senior circuit judge* del circuito di appartenenza.

²³³ J. SCOTT, *Article III En Banc: The Judicial Conference as an Advisory Intercircuit Court of Appeals*, in *The Yale Law Journal*, n. 116-7/2007, p. 1625 ss.

²³⁴ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 33.

²³⁵ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 32 ss.

La prima riunione della Conferenza si tenne nel dicembre del 1922²³⁶, era presieduta dal *Chief Justice*, che ne convocava le riunioni e ne fissava l'ordine del giorno²³⁷. Fin dall'inizio essa si attribuì la competenza di invitare ai suoi lavori altri giudici ovvero esperti su singole questioni anche estranei al giudiziario e si organizzò al suo interno articolandosi in diversi comitati, generalmente non permanenti ma costituiti *ad hoc*. I comitati erano composti da membri selezionati dal *Chief Justice*, ai quali era affidato il compito di svolgere ricerche e inchieste e di formulare proposte da sottoporre al *plenum*²³⁸. Nel 1938 la Conferenza estese formalmente la partecipazione ai comitati a giudici d'appello e di distretto²³⁹. I lavori della Conferenza ricevevano la pubblicità che il *Chief Justice* reputava di dar loro, trasmettendo alla stampa le risoluzioni della Conferenza, che venivano distinte a seconda che fossero indirizzate alle Corti, al Congresso o ai singoli giudici di distretto²⁴⁰. La Conferenza, inoltre, sponsorizzò convegni ed altre iniziative, anche organizzate dalle associazioni degli avvocati e specialmente quelle dell'*American Law Institute*, che divenne la sede nella quale il *Chief Justice* prese ad esporre annualmente un discorso sullo stato del potere giudiziario, con evidente analogia con l'annuale discorso presidenziale sullo stato dell'Unione²⁴¹.

Quanto al ruolo dell'*Attorney General*, egli in genere riferiva i dati raccolti presso le singole corti dal Dipartimento della Giustizia circa le pendenze giudiziarie, con particolare attenzione per quelle penali, allo scopo di ottenerne un quadro generale. Egli però riportava anche le lamentele più diverse che gli erano state riferite dai procuratori presso le corti specialmente con riguardo alla condotta dei giudici rispetto alle aspettative di maggiore o minore severità nell'irrogazione delle pene. Per converso i giudici, allora come ora, rivolgevano all'*Attorney General* le loro richieste di incremento dell'organico giudiziario o del personale

²³⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 40.

²³⁷ H. P. CHANDLER, *Some Major Advances in the Federal Judicial System, 1922-1947*, cit., p. 331, nota 3.

²³⁸ *The Federal Judicial Council*, in *Texas Law Review*, n. 2/1924, p. 459. I membri dei comitati potevano a loro volta estendere ad esterni la partecipazione ai lavori dei comitati cui appartenevano.

²³⁹ Il *Committee on District Court Rules* venne composto di soli giudici delle corti inferiori. P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 45.

²⁴⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 49.

²⁴¹ Spesso questa è stata ed è ancora l'occasione per rivendicare incrementi di organico necessari per far fronte ai carichi di lavoro sempre crescenti. P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 49 s.

amministrativo o relative a maggiori dotazioni finanziarie da parte del Congresso o a maggiore attenzione da parte del Dipartimento in riferimento all'edilizia giudiziaria²⁴².

L'*Attorney General* non veniva però considerato dalla Conferenza come la controparte del giudiziario, bensì come l'intermediario tra il giudiziario e il Congresso, cui spetta il potere di allocazione delle finanze federali e di determinare l'organico dei giudici²⁴³. E si deve riconoscere che, in linea di massima, l'*Attorney General* si è sempre prodigato in tale ruolo di "sponsor" delle corti e dei giudici presso il Congresso²⁴⁴.

La Conferenza divenne altresì il luogo in cui ciascun *senior circuit judge* faceva il punto circa l'amministrazione della giustizia nel proprio circuito, anche con riferimento a specifici giudici le cui *performances* non apparissero adeguate o comunque costituissero un problema per le corti.

Fin dall'inizio le conferenze svolsero anche, seppure in termini invero molto blandi e nel silenzio della legge, funzioni disciplinari nei confronti dei giudici inferiori, soprattutto con riguardo alla speditezza dei procedimenti, consentendo al *Senior Circuit Judge* del distretto di intervenire sul giudice nei cui confronti la Conferenza avesse manifestato ragioni di insoddisfazione²⁴⁵. Anche se il richiamo consiste, in definitiva, in una lettera formale contenente l'invito a rimuovere i comportamenti criticati, ciò è bastato al Presidente Taft per affermare che il nuovo meccanismo aveva inserito «all the district judges within a mild disciplinary circle»²⁴⁶.

La Conferenza assunse un ruolo rilevante nel processo di distacco di giudici dai circuiti poveri di cause a quelli sovraffollati. L'operazione era naturalmente assai delicata e si scontrava con la generale indisponibilità dei giudici al temporaneo trasferimento. Ciò provocò ricadute negative sull'efficienza dei giudici distaccati, finché il sistema fu drasticamente ridimensionato a favore di una maggiore inamovibilità dei singoli giudici federali²⁴⁷.

Nella seconda metà degli anni Trenta, il Presidente Roosevelt tornò a proporre sia un'accentuazione del ruolo del *Chief Justice* nelle decisioni attinenti il distacco dei giudici da un circuito all'altro sia, più in ge-

²⁴² P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 55 ss.

²⁴³ Quanto al potere del Congresso di determinare il numero delle *judgeships*, si veda *supra*, § 2.II.4.

²⁴⁴ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 75 ss.

²⁴⁵ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 86 ss.

²⁴⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 90.

²⁴⁷ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 58 ss.

nerale, un notevole accentramento dell'amministrazione giudiziaria a vantaggio del *Department of Justice*. Tali proposte, tuttavia, nel clima di scontro frontale che caratterizzava i rapporti tra l'amministrazione Roosevelt, fautrice dei programmi del New Deal, e il giudiziario, ad essi fortemente contrario, suscitarono molte polemiche e la strenua opposizione di quest'ultimo²⁴⁸. Esse vennero dunque rigettate proprio sul terreno della dottrina della separazione dei poteri²⁴⁹, che fu invocata per garantire al giudiziario il controllo delle attività amministrative connesse all'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Così, nonostante il Dipartimento avesse svolto senza grossi problemi simili attività fin dal 1870, si giunse a sostenere apertamente che «any influence over judicial administration by the department for prosecution is an odious usurpation»²⁵⁰, perché – precisò un giudice – «if an Attorney General or a Budget or Secretary of the Treasury were hostile to the courts and their independence, he could cripple their independence seriously by refusing to include necessary items for their support and equipment»²⁵¹.

Falliti i proposti riformatori di Roosevelt, un'importante riforma dell'amministrazione giudiziaria – nata stavolta da un'iniziativa della Conferenza e appoggiata dalle associazioni degli avvocati e dall'*Attorney General* – venne varata con l'*Administrative Office Act* del 1939, che istituì appunto l'*Administrative Office of the United States Courts*. A tale ufficio furono conferite le competenze amministrative che il *Department of Justice* aveva progressivamente acquisito, compreso il controllo del personale giudiziario, senza toccare le competenze delle corti in materia di nomina di tale personale. Al vertice dell'ufficio erano posti un Direttore e un suo Assistente, che sarebbe stato ribattezzato Vice Direttore nel 1959²⁵², la cui nomina veniva sottratta all'esecutivo e assegnata alla Corte Suprema. Così sganciato dal potere politico, l'*Administrative Office*

²⁴⁸ Quanto all'episodio di massimo dissidio tra il giudiziario e Roosevelt culminato nel *Court packing plan*, si veda supra, § 2.II.4.

²⁴⁹ Secondo P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 122: «in the crisis of 1937, the significance of the doctrine of the separation of governmental powers came to the fore».

²⁵⁰ H. HARLEY, *Forced Retirement of Federal Trial Judges*, in *Journal of the American Judicature Society*, n. 21-3/1937, p. 89.

²⁵¹ L'intervento è riportato da P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 122.

²⁵² Title 28 - Judiciary and Judicial Procedure, Part III - Court Officers and Employees, Chapter 41 - Administrative Office of United States Courts, § 601, Creation; Director and Deputy Director, Amendment 1959 – Pub. L. 86-370.

poteva altresì assorbire alcune competenze amministrative delle corti inferiori²⁵³, oltre che vedersi assegnato il compito di dare attuazione alle misure introdotte dalla *Judicial Conference*, fino ad allora privo di una propria struttura amministrativa.

In omaggio ad una più marcata autonomia del giudiziario, la riforma era volta a sottrarre all'esecutivo gran parte delle competenze amministrative che nel precedente processo di centralizzazione si erano accumulate nel *Department of Justice* per consegnarle non già direttamente alle Corti, come nel modello originario, bensì ad un ente amministrativo accentrato ma soggetto al solo controllo del giudiziario. Così il giudice Harlan, in una *concurring* in un caso del 1970 che aveva ad oggetto i poteri dei Consigli giudiziari sui singoli giudici²⁵⁴, poté affermare: «The major purposes of the Act were to free the federal courts from their previous reliance on the Justice Department»²⁵⁵.

La soluzione contenuta nell'*Administrative Office Act*, che era successiva al drammatico scontro tra Roosevelt e il giudiziario, fu molto apprezzata dai giudici perché sottraeva al Dipartimento della Giustizia non solo le competenze di amministrazione connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale²⁵⁶ ma anche buona parte del controllo finanziario sugli uffici giudiziari²⁵⁷. D'altro canto, la riforma sembrava recepire appieno un'altra istanza del giudiziario, il quale desiderava, parafrasando un gioco di parole inglese, un amministratore *on tap* ma non *on top*²⁵⁸, ossia a servizio ma non a capo del giudiziario, allo scopo di evitare che tale figura po-

²⁵³ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 125 ss.

²⁵⁴ Sui *Judicial Councils* ed il caso *Chandler v. Judicial Council*, 398 U.S. 74 (1970), vedi *infra*, in questo §.

²⁵⁵ *Chandler v. Judicial Council*, 398 U.S. 74, 101 (1970).

²⁵⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 130: «In the wake of the dramatic clash between the executive and judicial branches, all parties agreed on the desirability of separating judicial administration from Justice Department».

²⁵⁷ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 130: «a primary objective of both the [...] Conference [...] and [...] the [...] Bill was "to relieve the courts of Executive control over its finances"». Venne inoltre spiegato al Comitato della Camera dal giudice Groner: «It is the purpose of the administrative office bill to make the inferior Federal courts responsible for their own fiscal and administrative efficiency, and they should therefore have the power to present to the Congress without interference or elimination of items by the Executive Branch the estimates which they regard as necessary to their fiscal and administrative efficiency» (P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 131).

²⁵⁸ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 135.

tesse assumere una qualsivoglia posizione di supremazia gerarchica rispetto ai giudici, ivi inclusi quelli inferiori. Ed è per questo che la nomina dell'amministratore doveva necessariamente essere attribuita a un organo del giudiziario, come potevano essere la Corte Suprema o il *Chief Justice*, oppure di esso espressivo, come la *Judicial Conference*. Riferisce Fish che la scelta tra una di queste soluzioni non fu mai in discussione²⁵⁹, mentre fu acceso il dibattito volto a stabilire a quale dei tre organi in questione dovesse essere affidata la nomina del direttore dell'ufficio amministrativo. Nonostante il piano presentato dalla Conferenza prevedesse la nomina da parte del *Chief Justice*, il Congresso preferì optare per la Corte Suprema nel suo complesso²⁶⁰. Nel 1990, tuttavia, la disposizione venne modificata, sicché oggi il Direttore e il suo Vice vengono nominati dal *Chief Justice* dopo aver consultato la *Judicial Conference*²⁶¹.

Quanto al controllo sull'attività dell'*Administrative Office*, il Congresso lo affidò, dopo ampie discussioni, alla Conferenza dei *Senior Judges*²⁶². Come venne sottolineato dalla stampa, il provvedimento legislativo era stato scritto in modo da evitare che l'amministratore potesse porsi in un rapporto gerarchico con i giudici²⁶³.

²⁵⁹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 135.

²⁶⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 136.

²⁶¹ Title 28 - Judiciary and Judicial Procedure, Part III - Court Officers and Employees, Chapter 41 - Administrative Office of United States Courts, § 601, Creation; Director and Deputy Director, Amendment 1990 - Pub. L. 101-650. L'ultima nomina risale al 6 ottobre 2011, quando il *Chief Justice* Roberts Jr. ha nominato Direttore Thomas F. Hogan, un *Senior U.S. District Judge*, giudice federale dal 1982 e *chief judge* del District of Columbia dal 2001 al 2008. La notizia è disponibile sul sito internet della *Judicial Conference*: www.uscourts.gov.

²⁶² P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 136 ss. L'autore riporta che secondo il giudice Kimbrough Stone «control should remain unimpaired in the judiciary» e per questo doveva essere assegnato alla Conferenza, «the only existing central body representing the entire country» (p. 40). L'attribuzione dei compiti di controllo alla Conferenza, con la presenza dei *senior judges* di ogni circuito, infatti, secondo le parole del giudice Groner, avrebbe consentito all'Ufficio di essere «an agency, and not a master of the courts» (p. 40).

²⁶³ W. SHAFROTH, *New Machinery for Effective Administration of Federal Courts*, in *American Bar Association Journal*, n. 25/1939, p. 738, sottolineava che l'Ufficio non avrebbe posseduto la «authority to tell any judge what he should or should not do, nor will he have any authority to recommend to the Chief Justice of the Supreme Court in regard to the assignment or designation of judges to serve temporarily in circuits or districts other than those for which they were appointed». Il giudice Harlan, nella sua *concurring* in *Chandler v. Judicial Council*, 398 U.S. 74, 97 (1970), ricorda che «Chief Justice Groner of the Court of Appeals for the District

Le tendenze all'accentramento dell'amministrazione giudiziaria, che sarebbero poi culminate nella creazione e nel progressivo rafforzamento della Conferenza e dell'*Administrative Office*, erano state contrastate, fin dalla metà dagli anni Venti, dalla creazione di Conferenze di circuito, le *Circuit Judicial Conferences*, con cadenza annuale e composte da giudici di circuito e di distretto ed anche da avvocati invitati dai membri del giudiziario. Tali conferenze avevano, come hanno, il compito di facilitare la comunicazione tra giudici di diverso livello all'interno di un medesimo circuito e anche di fungere da tramite tra la Conferenza nazionale e i giudici inferiori, dato che le conferenze di circuito sono presiedute dal *Senior Circuit Judge*, il quale è anche membro – come detto – della Conferenza nazionale. Le *Circuit Judicial Conferences* si erano sviluppate spontaneamente e in assenza di una base legislativa, tanto che la loro liceità era stata persino messa in discussione. Così la legge del 1939 istitutiva dell'*Administrative Office* le autorizzò esplicitamente, senza però conferire loro poteri ulteriori rispetto a quelli di coordinamento e di agevolazione nella circolazione delle informazioni che già esse si erano arrogate nella prassi²⁶⁴.

La legge del 1939 creò altresì i *Circuit Councils*, composti per ogni circuito dai giudici della Corte d'Appello, cui vennero assegnate sia una serie di attribuzioni amministrative sia poteri disciplinari sui giudici inferiori. Le prime consistono ancor oggi nell'assegnazione temporanea di giudici nei distretti congestionati di lavoro o carenti di giudici e nella gestione delle assenze dei giudici distrettuali. Al fine di espletare tali funzioni amministrative, ogni *Circuit Council* nomina un *Circuit Executive* alle sue dipendenze, incaricato, tra l'altro, dell'amministrazione del personale e della gestione del *budget* e delle strutture²⁶⁵. Quanto alle funzioni disciplinari, la riforma non era particolarmente radicale giacché i giudici della Corte d'Appello, in qualità di superiori, avevano da sempre esercitato pur modeste funzioni disciplinari su quelli inferiori. Ad ogni modo, ai *Circuit Councils* non venivano assegnati poteri autoritativi e

of Columbia, who was chairman of the committee of circuit judges that participated in drafting the bill, stressed to the Senate Committee on the Judiciary that the bill would give the Director no "supervision or control over the exercise of purely judicial duties," because to grant such power to an administrative officer [...] would be to destroy the very fundamentals of our theory of government».

²⁶⁴ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 145 ss.

²⁶⁵ H. WOOD, JR., *Judiciary Reform*, cit., p. 1563.

dunque essi si affidavano al volontario adeguamento alle proprie decisioni da parte dei giudici inferiori²⁶⁶.

Sulla costituzionalità dei *Judicial Councils*, ha avuto modo di esprimersi anche la stessa Corte Suprema con una sentenza del 1970, *Chandler v. Judicial Council*²⁶⁷, in cui vengono considerati accettabili da un punto di vista costituzionale in quanto non lesivi dell'autonomia ed indipendenza dei giudici. Ciò, sebbene in quel caso il Consiglio giudiziario avesse sostanzialmente escluso un giudice dall'assegnazione di ulteriori cause, poiché si era comportato scorrettamente in casi precedenti. La Corte Suprema, nell'opinione di maggioranza, aveva considerato il provvedimento del Consiglio rientrante nei limiti di un «maximum permissible intervention consistent with the constitutional requirement of judicial independence»²⁶⁸.

Dopo il varo della legge del 1939, l'organizzazione dell'*Administrative Office* fu avviata con la nomina, da parte della Corte Suprema, del suo Direttore. In seguito a varie consultazioni e non senza manovre di lobbying da parte dei *Senior Circuit Judges*, fu scelto dalla Corte Henry P. Chandler, un avvocato di Chicago, e come suo assistente Elmore Withhurst, segretario del Presidente della Commissione Giustizia della Camera, in omaggio alla fiera opposizione di quest'ultimo nei confronti del *Court packing plan* di Roosevelt. A Chandler, nel 1958, sarebbe poi succeduto Warren Olney, che resterà in carica fino al 1967 e che era figlio di

²⁶⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 152 ss. Tuttavia, poiché il nuovo sistema attenuava il controllo dei giudici superiori su quelli inferiori, è stato affermato che «The establishment of systems such as this may be nearly as important as the constitutionally specified protections in ensuring judicial independence» (E. L. RUBIN, *Independence as a Governance Mechanism*, in S. B. BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 71).

²⁶⁷ *Chandler v. Judicial Council*, 398 U.S. 74 (1970).

²⁶⁸ *Chandler v. Judicial Council*, 398 U.S. 74, 84 (1970). I giudici Douglas e Black, però, 398 U.S. 74, 136 (1970), dissentirono: «An independent judiciary is one of this Nation's outstanding characteristics. Once a federal judge is confirmed by the Senate and takes his oath, he is independent of every other judge. [...] Under the Constitution the only leverage that can be asserted against him is impeachment [...]. Our tradition even bars political impeachments as evidenced by the highly partisan, but unsuccessful, effort to oust Justice Samuel Chase of this Court in 1805» (a proposito del caso, si veda *supra*, § 2.3). E conclusero sul punto, 398 U.S. 74, 137 (1970): «there is no power under our Constitution for one group of federal judges to censor or discipline any federal judge and no power to declare him inefficient and strip him of his power to act as a judge».

uno dei più vicini amici e *protégé* del *Chief Justice* Warren, il quale ne aveva sostanzialmente imposto la nomina.

Ai sensi della legge, una volta nominato dalla Corte Suprema, il direttore avrebbe dovuto finire sotto il controllo della Conferenza, che all'uopo aveva istituito un comitato composto da quattro dei suoi membri più influenti. In realtà i Direttori mantennero sempre un rapporto privilegiato con il *Chief Justice*. L'Ufficio fu organizzato in due divisioni: la *Division of Business Administration*, con compiti relativi all'amministrazione giudiziaria delle corti ma anche quelli relativi al funzionamento della Conferenza, e la *Division of Procedural Studies and Statistics*, incaricata della raccolta dei dati e della loro elaborazione²⁶⁹. All'inizio degli anni Quaranta, inoltre, sarebbe stata aggiunta una *Bankruptcy Division*, con le competenze relative all'amministrazione delle procedure concorsuali²⁷⁰, mentre verso la fine degli anni Cinquanta venne aggiunta anche una *Division of Personnel*, con funzione di amministrazione del personale²⁷¹.

Di particolare interesse ai nostri fini sono le competenze amministrative relative alla gestione dei condannati soggetti a pene alternative alla detenzione, che furono oggetto di contesa tra il nuovo *Administrative Office* e il *Bureau of Prisons* del *Department of Justice*, ossia tra il giudiziario e l'esecutivo²⁷². Funzionari dell'ufficio dell'*Attorney General* dovettero scomodare la dottrina della separazione dei poteri per cercare di trattenere nell'orbita dell'esecutivo tali funzioni: «The constitutional separation of powers forbade any such intention [il trasferimento all'*Administrative Office* delle funzioni relative alla *probation*], for the transfer of executive functions to the judicial branch of the Government

²⁶⁹ Nella *Division of Business Administration* trovarono posto: una *Budget and Accounting Section* cui erano assegnati i compiti di gestione finanziaria; una *Audit Section* ed un *General Accounting Office* con funzioni di controllo, rispettivamente in prima e seconda istanza, sul personale giudiziario; una *Service Section* per gli approvvigionamenti di beni e forniture. Quanto alla *Division of Procedural Studies and Statistics*, per svolgere la propria funzione di raccolta dei dati, organizzò anche un sistema di ispezioni, che non mancò di suscitare critiche da parte di taluni giudici, i quali vedevano in qualche modo controllato dall'*Administrative Office* il personale delle corti di propria nomina. P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 166 ss.

²⁷⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 180 s.

²⁷¹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 221.

²⁷² P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration: Transfer of the Federal Probation System*, in *The Western Political Quarterly*, n. 23-4/1970, p. 769 ss.

would manifestly be an invalid delegation of executive power»²⁷³. Tuttavia la *Judicial Conference* sposò la tesi del direttore dell'Ufficio amministrativo, per il quale le funzioni contese erano inscindibilmente connesse a quelle giudiziarie, con la conseguenza che nell'*Administrative Office* fu creata la *Probation Division*²⁷⁴.

Invero, non proprio tutte le competenze in materia di amministrazione del giudiziario in origine esercitate dal *Department of Justice* vennero trasferite all'*Administrative Office*. In particolare, restarono all'esecutivo alcune competenze in materia di controllo sugli uffici giudiziari e sul loro personale, sinché verso la fine degli anni Cinquanta fu lo stesso *Department of Justice* che, richiamando la dottrina della separazione dei poteri²⁷⁵, ritenne non proprie tali funzioni, che vennero offerte all'*Administrative Office*, il quale le accettò. Rimasero invece radicate presso il Dipartimento della giustizia anche alcune competenze in materia di assegnazione degli stanziamenti finanziari decisi dal Congresso²⁷⁶.

Nel complesso dunque, mentre al *Department of Justice* e all'*Attorney General* residuavano solo limitate funzioni di amministrazione giudiziaria, la gran parte dei poteri amministrativi, specifici o di coordinamento, veniva attribuita, a seconda dei casi, ai singoli giudici, ai *Chief Judges* delle corti di distretto e di circuito, alle *Judicial Conferences* di circuito, ai *Circuit Councils*, alla *Conference of the Senior Circuit Judges* e, infine, all'*Administrative Office*. Quest'ultimo in particolare, ancorché in posizione privilegiata e centrale, non poteva esercitare poteri autoritativi sui giudici, rispetto ai quali si doveva limitare a fornire raccomandazioni. L'accentramento delle funzioni di amministrazione giudiziaria era pertanto solo parziale, giacché notevoli poteri amministrativi, inclusa l'assunzione di una quota considerevole del personale giudiziario (con l'esclusione dei *marshals*), restavano saldamente sotto il controllo delle singole corti. Esse, del resto, non avevano mai cessato di considerare con sospetto e ostilità qualsiasi tentativo volto a limitare la loro tradizionale autonomia in favore dell'accentramento e della burocratizzazione

²⁷³ Riportato da P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, Princeton (N.J.), 1973, p. 178.

²⁷⁴ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 178 s.

²⁷⁵ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 184, il quale riferisce che al fine di tale trasferimento di funzioni, il Dipartimento «invoked the hoary separation of powers doctrine».

²⁷⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 182 ss.

delle funzioni amministrative in materia giudiziaria²⁷⁷. Così, ad esempio, alcuni problemi sorsero con riguardo ai *referees*, funzionari addetti – come già detto – a sovrintendere le procedure fallimentari, i quali erano nominati dai giudici. Rispetto al tentativo dell'ufficio amministrativo di accentrare a sé la gestione dei *referees*, la reazione delle corti fu così netta²⁷⁸ che dovette intervenire la Conferenza, frapponendosi tra l'*Administrative Office* e le singole Corti e assumendo in proprio alcune funzioni concernenti l'amministrazione dei *referees*.

Allo stesso modo fu rafforzata la posizione dei *Judicial Councils*, ai quali soltanto – e non già ai singoli giudici – il Direttore dell'*Administrative Office* avrebbe dovuto rivolgersi per le questioni attinenti al personale fallimentare. Qualora egli avesse riscontrato scorrettezze, queste venivano riferite alle singole corti e ai giudici che avrebbero dovuto adottare i provvedimenti necessari nei confronti del personale giudiziario. Naturalmente, quando emergevano ipotesi di reato, di ciò veniva informato il *Department of Justice* ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

In aggiunta alle funzioni di amministrazione giudiziaria, l'*Administrative Office* si è poi trovato a svolgere altresì funzioni di supporto amministrativo per la Conferenza, anzitutto presiedendo al complicato compito dell'*agenda setting*, che prevede una serie di consultazioni con i membri della Conferenza, i suoi Comitati, con *Chief Judges* o altri giudici ma che coinvolge anche le associazioni degli avvocati ed esponenti dell'accademia e persino rappresentanti della pubblica opinione e della politica. Oltre a ciò, l'*Administrative Office* formula proposte in ordine a svariati temi posti di volta in volta all'ordine del giorno²⁷⁹ ed esercita anche funzioni di intermediazione tra la Conferenza ed il Congresso. Il Direttore dell'Ufficio amministrativo può essere sentito davanti a quest'ultimo affinché i rappresentanti del legislativo siano resi edotti del-

²⁷⁷ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 193 riporta i timori di un giudice di distretto dell'Alabama che denunciava «a subtle design on the part of those who believe in buracracy or statism, which with a deadly grasp is gradually strangling and destroying the ideals of our American form of government [...and] the independence, as well as judicial functions of the District Courts, which are destined to become administrative offices».

²⁷⁸ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 184 ss. L'influente giudice Kimbrough Stone sostenne che «nothing could be more dangerous to the independence of the Judiciary than a concentration of any effective method of control in the Administrative Office or elsewhere» (riportato da P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 188).

²⁷⁹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 200 ss.

le istanze dei giudici, specialmente in materia di finanziamenti (di norma, le richieste di budget annuale illustrate dal Direttore vengono soddisfatte solo in parte), di incremento del personale e, infine, di modifica delle proposte legislative in materia giudiziaria eventualmente pendenti.

Nonostante il numero e la rilevanza delle funzioni svolte, l'organico dell'*Administrative Office*, almeno nei primi anni, non fu mai particolarmente ingente: si passò dai 91 impiegati nel 1941 ai 118 dei primi anni Cinquanta, con un incremento pari al 30% circa²⁸⁰. Ciò contribuì all'accentramento di tutte le decisioni dell'Ufficio nelle mani del Direttore. In seguito, il personale si incrementò invece notevolmente, come dimostra la Tab. 7.

Tab. 7 Personale dell'*Administrative Office*

Anno	1941	1951	1960	1978	2011
Personale AO	1	18	57	44	1000 ca

I dati sono tratti da P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, Princeton (NJ), 1973, p. 216, da D. J. MEADOR, *The Federal Judiciary and Its Future Administration*, in *Virginia Law Review*, n. 65/1979, p. 444, e dal sito internet della *Judicial Conference*, www.uscourts.gov.

A seguito della creazione dell'*Administrative Office*, anche il ruolo della Conferenza mutò: da sede fondamentalmente consultiva essa divenne un organo vitale nella di-

rezione dell'amministrazione giudiziaria²⁸¹. In particolare, in capo alla Conferenza vennero accentrate le politiche generali relative all'amministrazione del personale giudiziario. Ancorché buona parte delle assunzioni restassero in capo alle Corti, la Conferenza stabiliva infatti le griglie dei salari e gli standard per le assunzioni, così come il numero di specifiche categorie di operatori giudiziari per ciascuna corte, in modo tale che il sistema risultò maggiormente centralizzato rispetto alla tradizionale autonomia vantata dalle corti anche in tali ambiti. Le accresciute competenze produssero una maggiore frequenza delle riunioni della Conferenza che raddoppiarono, passando da una sola riunione annuale a due²⁸². Allo stesso modo, si verificò un allargamento di coloro che potevano assistere ai lavori della Conferenza. Si aggiunsero infatti il Direttore ed altri membri dell'*Administrative Office*, nonché, come conseguenza del maggior peso politico in materia di amministrazione giudiziaria, i presidenti delle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato, nonché delle associazioni degli avvocati o di altre figure professionali come i

²⁸⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 216.

²⁸¹ H. WOOD, JR., *Judiciary Reform*, cit., p. 1563.

²⁸² P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 243 s.

*referees*²⁸³. La Conferenza, inoltre, si allargò anche ai giudici di distretto, che avevano fortemente denunciato la sua scarsa rappresentatività proprio a causa dell'assenza di una loro rappresentanza. Tale assenza fu appunto colmata costituendo un apposito comitato composto di soli giudici di distretto, i cui componenti (assieme ad altri colleghi di pari rango) erano invitati a presenziare ai lavori della Conferenza²⁸⁴. Tale Comitato propose che i membri della Conferenza fossero poi formalmente aumentati in modo da accogliere un giudice di distretto per ogni circuito, eletto per un mandato di tre anni da ciascuna *Judicial Conference* di Distretto²⁸⁵. Nel 1956, la Conferenza venne poi ulteriormente allargata al *Chief Justice* della *Court of Claims*, che nel frattempo era stata trasformata in una *Art. III Court*, e, nel 1961, a quello della *Court of Customs and Patent Appeals*²⁸⁶. Nel 1966 la Conferenza contava dunque venticinque membri, contro i dodici del 1954. Le modifiche introdotte avevano fatto sì che si abbandonasse un sistema elitario largamente fondato sull'anzianità dei giudici a favore di un maggior *turn over* e di una relativamente maggiore rappresentatività, come risulta dalla Tab. 8.

Tab. 8 Turnover dei giudici nella *Judicial Conference*

Periodo	Media anni di partecipazione	Mediana anni di partecipazione	% giudici con più di 10 anni di partecipazione
1922-1956	8,0	8,8	39,2%
1957-1966	3,4	3,0	0

Fonte: P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, Princeton (NJ), 1973, p. 258

²⁸³ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 244 s.

²⁸⁴ L'allargamento della Conferenza ai giudici di distretto, peraltro, non era particolarmente ben visto dai giudici dei ranghi superiori. Il giudice Clark, per esempio, lamentò che una democratizzazione della conferenza avrebbe condotto a una «form of political organization within the judiciary which is not based on a definite line of division of thought» (P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 252).

²⁸⁵ Questa proposta divenne legge quando il Congresso approvò l'*Act of August 28, 1957*. La selezione dei giudici di distretto varia molto da circuito a circuito: in alcuni casi si tratta di vere e proprie elezioni competitive con annessa campagna elettorale e piattaforme programmatiche differenti, con voto segreto ed eventuali turni di ballottaggio; in altri circuiti si è preferito un sistema di rotazione tra i giudici, magari tra quelli con maggiore anzianità nella conferenza locale (P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 254 e p. 362 ss.).

²⁸⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 255 ss.

In un contesto così allargato e maggiormente rappresentativo dei giudici anche inferiori, il ruolo del *Chief Justice* decrebbe al punto che in diverse circostanze questi fu messo persino in minoranza, essendosi formati, in seno alla Conferenza, gruppi coordinati di giudici capaci di imporre la propria volontà²⁸⁷. Ebbero viceversa una crescita notevole il ruolo, la consistenza e il numero dei Comitati (alcuni dei quali erano temporanei o *ad hoc*, mentre altri divennero permanenti) tanto che fu necessario intervenire per ridurne la quantità²⁸⁸.

L'accresciuto peso politico della Conferenza è altresì testimoniato dall'attenzione per la sua composizione politica, che, a partire dagli anni Quaranta, da repubblicana divenne democratica²⁸⁹.

Con una legge del 1948 si diede alla *Conference of Senior Circuit Judges* il nuovo nome di *Judicial Conference of the United States*, visto che i *Senior Circuit Judges* perdevano tale appellativo per assumere quello di presidenti delle Corti d'Appello²⁹⁰. Con quella legge alla *Judicial Conference* venne attribuito formalmente il compito di trasmettere al Congresso raccomandazioni circa la legislazione in campo giudiziario. In realtà una prassi di intervento della Conferenza in materia di

²⁸⁷ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 258 ss. Nonostante ciò, il *Chief Justice* continua a svolgere importanti funzioni amministrative concernenti l'amministrazione del giudiziario, in generale, e della Corte Suprema, in particolare. Il *Chief Justice* Rehnquist ha recentemente dichiarato di impiegare «on average 20 to 25 percent of his time on administrative matters» (D. M. O'BRIAN, *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, IX ed., New York – London, 2011, p. 158).

²⁸⁸ Dei dieci Comitati residui dopo la riforma del 1955 otto erano permanenti. La Conferenza del 1968 abolì il vecchio sistema di Comitati. Il nuovo ne prevedeva di tre tipi: *General Committees*, che potevano articolarsi in *Subcommittees*, *Standing Committees*, con composizione non rappresentativa e più ridotta nel numero, e *Special Committees*, con durata normalmente di due anni e competenze *ad hoc*. La loro composizione veniva decisa dal *Chief Justice*. Talora essi preferivano il ricorso a membri della *Judicial Conference*, talora preferivano utilizzare il sistema dei comitati allo scopo di allargare ad altri giudici la partecipazione alla Conferenza. Durante Chandler come direttore dell'*Administrative Office* si affermò, su sua richiesta, la prassi di avere per ogni comitato almeno un membro della *Judicial Conference*. I *Chief Justices*, nella composizione dei comitati, tenevano anche in conto ulteriori fattori: quello geografico, la competenza, l'interesse specifico di un certo giudice per una specifica materia, l'anzianità ed il prestigio ed anche la lealtà al *Chief Justice* stesso (P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 272 ss.).

²⁸⁹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 247.

²⁹⁰ Act of June 25, 1948, Pub. L. No. 80-772, § 331, 62 Stat. 683, 902, codificato a seguito di emendamenti come 28 U.S.C. § 331 (2000).

pareri sulla legislazione si era già sviluppata in assenza di ogni precedente previsione normativa. Anzi, molto spesso testi di leggi approvati dal Congresso avevano proprio origine nella Conferenza o nei suoi Comitati²⁹¹. Sotto la sua presidenza, il *Chief Justice* Taft vedeva tale attività come connaturata al potere giudiziario²⁹². Il suo successore, *Chief Justice* Hughes, notando che viceversa essa poteva mettere in pericolo l'indipendenza del giudiziario, fu più cauto, fornendo tali pareri generalmente solo dopo aver sollecitato una formale richiesta da parte del Congresso²⁹³. Il Congresso, d'altro canto, tenne sempre in grande considerazione le opinioni espresse dalla Conferenza²⁹⁴.

Capitava di frequente, inoltre, sia che il *Chief Justice* fosse sentito dal Congresso in via formale, nella sua funzione di Presidente della Conferenza, sia che autorevoli membri del Congresso, e in particolare dei Comitati per gli affari giudiziari o per le assegnazioni dei finanziamenti pubblici, ne chiedessero l'informale audizione²⁹⁵. È del tutto evidente che, trattandosi anche del Presidente della Corte Suprema, la pressione che quest'organo era in grado di esercitare in simili contesti sulle scelte del legislativo era affatto considerevole²⁹⁶. Le politiche giudiziarie della Conferenza, peraltro, venivano generalmente supportate anche dall'*Attorney General*, che del resto partecipava alla Conferenza stessa pur essendo un esponente del sistema politico²⁹⁷. Allo stesso modo, erano spesso le associazioni degli avvocati a supportare i giudici in queste attività di lobbying²⁹⁸.

Tale funzione, che talora coinvolgeva anche settori della legislazione non direttamente riconducibili all'amministrazione del giudiziario (molto spesso si trattava semplicemente di politica penale), spingeva però la Conferenza, per usare le parole di Fisch, verso «a politically sensitive

²⁹¹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 61.

²⁹² J. SCOTT, *Article III En Banc*, cit., p. 1626. Secondo P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 62, Taft vedeva tale attività come un «inherent power of the judiciary and one warranted by the “separation of powers” doctrine».

²⁹³ J. RESNIK, *Constricting Remedies: The Rehnquist Judiciary, Congress, and Federal Power*, in *Indiana Law Journal*, n. 78/2003, p. 277.

²⁹⁴ R. A. KATZMANN, *Courts and Congress*, Washington (D.C.), 1997, p. 101: «When the Judicial Conference makes a recommendation about proposed legislation, it has special weight».

²⁹⁵ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 79 ss.

²⁹⁶ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 312 ss.

²⁹⁷ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 325 s.

²⁹⁸ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 329 ss.

penumbra area», giacché «Judges in their administrative capacity were speaking authoritatively on subjects which might later come before them in their judicial capacity»²⁹⁹. Inoltre, l'accesso al Congresso della *Judicial Conference* non ha impedito che alcuni giudici, le cui posizioni non avessero magari avuto successo proprio nella Conferenza, cerchino di far pressione anche *uti singuli* sui membri del Congresso³⁰⁰.

Nel corso del tempo la Conferenza ha finito per assumere anche funzioni paragiurisdizionali, talora fornendo le proprie soluzioni interpretative³⁰¹, ancorché non formalmente vincolanti, nei casi di dissidio tra le corti d'appello dei diversi circuiti³⁰². In questi casi, la Conferenza propone sovente al Congresso una riformulazione delle disposizioni legislative che hanno dato origine al conflitto, onde risolverlo alla radice³⁰³. Questa prassi è stata tuttavia giudicata «inconsistent with judicial precepts of independence, impartiality, and nonpartisanship, and should therefore be avoided»³⁰⁴. D'altro canto, non solo si tratta di discussioni che coinvolgono i Presidenti delle Corti d'Appello dei diversi circuiti, nei quali saranno successivamente assunte le interpretazioni in discussione nella Conferenza, ma esse avvengono anche alla presenza del *Chief Justice* della *Supreme Court*, che, in ultima istanza, potrebbe essere chiamata a decidere la questione³⁰⁵.

Uno degli ultimi tasselli della struttura dell'amministrazione del giudiziario venne introdotto nel 1966, su pressione del *Chief Justice* Warren, con l'istituzione del *Federal Judicial Center* cui vengono affidati compiti di studio, *training* e aggiornamento³⁰⁶.

²⁹⁹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 243.

³⁰⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 306.

³⁰¹ Per un caso assai risalente, del 1925, si veda P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 74.

³⁰² J. SCOTT, *Article III En Banc*, cit., p. 1625.

³⁰³ J. SCOTT, *Article III En Banc*, cit., p. 1628 ss.

³⁰⁴ J. SCOTT, *Article III En Banc*, cit., p. 1625 ss.

³⁰⁵ J. SCOTT, *Article III En Banc*, cit., p. 1633. Si tratta di un'ipotesi che si è avverata anche in un campo politicamente assai sensibile: la sentenza *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), che dichiarò incostituzionale parte del *Violence Against Women Act*, era stata preceduta da una posizione contraria alla nuova misura legislativa da parte della Conferenza, presieduta dal *Chief Justice* Rehnquist, futuro estensore dell'opinione della Corte (si veda J. RESNIK, *Constricting Remedies*, cit., p. 295 s., e J. SCOTT, *Article III En Banc*, cit., p. 1633).

³⁰⁶ Il *Judicial Center* ha anzitutto il compito di coordinare le iniziative di studio ed aggiornamento che sono sempre state spontaneamente organizzate delle confe-

Infine la struttura dell'amministrazione del giudiziario fu completata con il *Sentencing Reform Act* del 1984 che istituì la *Federal Sentencing Commission*, della quale abbiamo già discusso a proposito dell'attribuzione al giudiziario di funzioni legislative³⁰⁷.

La struttura amministrativa del giudiziario si è dunque venuta realizzando attorno ad un substrato di decentramento, indipendenza ed autonomia delle Corti, in cui elementi accentratori sono stati realizzati, in prima battuta, accentuando il ruolo del *Department of Justice*, cioè di un'articolazione del potere esecutivo e, in un secondo tempo, sottraendo a questo tali competenze per attribuirle ad un'agenzia centrale sotto il controllo del giudiziario tramite il sistema delle conferenze. Tali elementi accentratori sono stati ampiamente ridotti da riforme più recenti, che, pur non intaccando la struttura fondamentale poc'anzi descritta, sono tornate ad ampliare le competenze e le responsabilità amministrative delle singole Corti a discapito di quelle dell'*Administrative Office*, in particolare in materia di rapporti di lavoro del personale giudiziario³⁰⁸.

In definitiva, l'articolazione dell'amministrazione giudiziaria americana si realizza creando un apparato amministrativo che è distribuito tra le corti, l'*Administrative Office* e il *Judicial Center*. Il controllo su tale struttura amministrativa è invece realizzato dal sistema delle conferenze locali e nazionali. Il sistema esclude pertanto la possibilità che l'esecutivo possa esercitare forme apprezzabili di condizionamento in ordine alle funzioni amministrative in questione. La circostanza che l'*Attorney General* partecipi ai lavori delle Conferenze non inficia minimamente queste considerazioni, poiché la dialettica che si realizza per mezzo della sua partecipazione non è tra esecutivo e giudiziario, ma piuttosto tra giudiziario e Congresso. Come si è visto, infatti, l'*Attorney General*, perlomeno in questa sede, agisce sempre come sponsor del giudiziario, incaricato di

renze locali e da quella nazionale. Il *Judicial Center* era diretto da un consiglio composto dal *Chief Justice*, dal Direttore dell'*Administrative Office* e da due giudici di Corte d'Appello e tre di Distretto eletti dalla *Judicial Conference* ma non tra i suoi membri (P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 369 ss.). Successivamente il numero dei giudici eletti è stato aumentato a sette. Si veda il sito internet del Federal Judicial Center: www.fjc.gov.

³⁰⁷ Per la quale, vedi *supra*, § precedente.

³⁰⁸ Si tratta di un processo di decentramento guidato dallo stesso *Administrative Office* sotto la direzione di Ralph Mecham e del *Chief Justice* Rehnquist. H. WOOD, JR., *Judiciary Reform*, cit., p. 1557 ss. e in particolare p. 1570.

portare le istanze di quest'ultimo all'attenzione dell'interlocutore finale, che è il Congresso.

D'altro canto, emerge che i giudici, i *chief judges*, il *Chief Justice* e la *Judicial Conference*, direttamente o tramite il suo braccio amministrativo rappresentato dal Direttore dell'*Administrative Office*, agiscono con attività di lobbying e si ingeriscono nel procedimento legislativo. Come è stato affermato, «The rhetoric of judicial independence founded on the separation of powers doctrine notwithstanding, judges must look to Congress [...]. In administration as distinguished from judicial decision-making, the Third Branch is dependent on Congress and to a lesser extent on the executive»³⁰⁹. Tale articolazione delle funzioni richiede che il giudiziario sia «deeply and continuously involved in legislative politics»³¹⁰, ciò che si confà ad un giudiziario pienamente inserito come parte integrante del sistema politico³¹¹.

5. Altre funzioni esecutive assegnate al potere giudiziario.

Oltre a funzioni esecutive connesse all'amministrazione della giustizia, talora nell'ordinamento nordamericano sono state assegnate al giudiziario anche altre funzioni di tipo esecutivo o amministrativo. Tale allocazione di competenze, che rappresenta una vistosa deviazione da una visione rigida della separazione dei poteri, può comportare conseguenze pregiudizievoli per l'autonomia e l'indipendenza delle corti³¹², dal momento che i giudici vengono fatalmente coinvolti in questioni riguardanti più o meno direttamente decisioni – e, con esse, responsabilità – che implicano l'esercizio di una discrezionalità politica.

I casi di deviazioni di questo tipo, invero piuttosto isolati, cominciano con l'*Invalid Pensions Act* del 1792³¹³, che assegnava alle corti fe-

³⁰⁹ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 433.

³¹⁰ P. G. FISH, *The Politics of Federal Judicial Administration*, cit., p. 433.

³¹¹ In merito a tale conclusione si veda *supra*, in particolare il § 1.3. Sulla configurazione del giudiziario come elemento del sistema politico si veda soprattutto R. A. DAHL, *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*, Chicago, 1967, p. 155 ss.

³¹² Vedi J. SCOTT, *Article III En Banc*, cit., p. 1632: «blending administration with adjudication creates substantial dangers».

³¹³ *Act of Mar. 23, 1792*, ch. II, I Stat. 243 (in parte abrogato ed emendato dall'*Act of Feb. 28, 1793*, ch. 17, I Stat. 324).

derali di circuito la competenza circa le domande di pensione presentate dai veterani invalidi della *Revolutionary War*. Le corti federali competenti dovevano verificare i presupposti della domanda, stabilire l'importo da riconoscere e, quindi, inoltrare la domanda di pensione al Segretario per la Guerra, chiamato a deliberare in via definitiva. La validità di tale assetto di competenze venne discussa nel famoso *Hayburn's Case*³¹⁴.

In questa trattazione³¹⁵, il caso rileva come esempio di attribuzione di funzioni amministrative (ossia l'assegnazione e la quantificazione di assegni pensionistici) a organi giurisdizionali. In realtà, sulla questione non sono intervenute vere e proprie sentenze: la Corte Suprema, infatti, non fece in tempo a definire la sua posizione perché il Congresso, a seguito delle critiche a tale allocazione di funzioni mosse dalle corti di circuito, modificò *sua sponte* la disciplina introdotta. Le corti di circuito – , nelle quali comunque sedevano a quel tempo i giudici della Corte Suprema – rifiutandosi di procedere, inviarono alcune missive al Presidente Washington per denunciare l'incompatibilità dei nuovi compiti loro affidati con la separazione dei poteri così come costituzionalmente prevista³¹⁶. Nelle lettere delle Corti di circuito, la critica fondamentale consisteva nella constatazione che il sistema introdotto dal legislatore finiva

³¹⁴ 2 U.S. 409 (1792).

³¹⁵ Il caso in questione, in effetti, è usualmente letto attraverso lenti diverse. Esso può considerarsi infatti anche come un caso in cui all'esecutivo viene riservato una funzione di revisione di pronunce di organi giurisdizionali. Infine esso si presta ad essere analizzato anche come un caso in cui il giudiziario ha rifiutato di svolgere funzioni di consulenza per l'esecutivo (e pertanto, è stato ricordato quando si è affrontato il tema delle *advisory opinions*, per cui si veda *supra*, § 2.II.5.). Si vedano in particolare: *Executive Revision of Judicial Decisions*, in *Harvard Law Review*, n. 109-8/1996, p. 2020 ss.; R. H. FALLON, JR., D. J. MELTZER, D. L. SHAPIRO, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, IV ed., Westbury (N.Y.), 1996, p. 103, dove si specifica che «judicial independence requires that the Article III courts not be subject to enlistment by Congress or the Executive to act as subordinates to those two branches in the performance of their characteristic functions»; N. K. KATYAL, *Judges as Advicegivers*, in *Stanford Law Review*, n. 50-6/1998, p. 1730 ss.

³¹⁶ Le Corti di Circuito rifiutavano di svolgere un'attività extragiudiziaria in quanto la ritenevano costituzionalmente illegittima. Esse tuttavia esprimevano tale valutazione non all'interno di un pronunciamento tipicamente giurisdizionale, bensì attraverso un rapporto epistolare con il Presidente, il che, a ben guardare, consisteva a sua volta in un'attività extragiudiziaria. Sulla vicenda e la peculiarità della procedura, si veda N. K. KATYAL, *Judges As Advicegivers*, cit., p. 1730 ss., che riconduce l'anomalia alle incertezze allora ancora presenti circa le modalità di un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità.

per sottoporre le decisioni delle Corti alla revisione di un organo amministrativo. Ma, in alcune di esse, sulla base di una certa lettura della dottrina della separazione dei poteri, si affermava chiaramente l'impossibilità di assegnare funzioni esecutive al giudiziario. Una missiva inviata dall'*Eastern District*, nella cui corte sedeva anche il *Chief Justice Jay*, precisava: «neither the Legislative nor the Executive branches, can constitutionally assign to the judicial any duties, but such as are properly judicial, and to be performed in a judicial manner»³¹⁷.

Lo stesso principio verrà riaffermato per *dicta* nel 1838 in *Kendall v. United States*, ove si sostiene che è compito del Presidente occuparsi della fedele esecuzione delle leggi e che tale compito non può essere affidato alle corti³¹⁸.

Una situazione simile a quella dell'*Hayburn's Case* si ripropose poi nel 1851 in *United States v. Ferreira*³¹⁹, avente a ad oggetto disposizioni legislative che attribuivano a giudici federali il compito di stabilire l'ammontare dei risarcimenti dovuti dagli Stati Uniti per specifici danni di guerra. Tali determinazioni erano poi sottoposte alla revisione del Tesoro americano. La Corte Suprema ritenne che la funzione assegnata alle corti federali non poteva rientrare tra quelle di natura giudiziaria, avendo carattere squisitamente amministrativo, e che tali funzioni amministrative non potevano essere attribuite ai giudici quando questi operassero quali membri di una corte³²⁰.

Il caso più eclatante di funzioni amministrative assegnate ad organi giurisdizionali si verificò in occasione dell'*Ethics in Government Act* del 1978. Tale provvedimento creava un procuratore indipendente con lo scopo di rimuovere dall'esecutivo la competenza circa le investigazioni sui crimini commessi da membri di alto livello appartenenti all'esecutivo

³¹⁷ *Hayburn's Case*, 2 U.S. 409, 414 (1792). Nelle missive non si escludeva, in realtà, che tali funzioni potessero essere assegnate ai giudici non in quanto tali, bensì nella loro veste di privati cittadini. Esse venivano però considerate incompatibili con la funzione giudiziaria in sé e per sé e così si reputava che non potessero essere assegnate alle corti. Sulla compatibilità dell'attribuzione ai giudici nella loro veste di privati cittadini di incarichi extragiudiziari con il principio di separazione dei poteri, si è dedicato il § 2.5. Si veda inoltre N. K. KATYAL, *Judges As Advicegivers*, cit., p. 1730 ss.

³¹⁸ 37 U.S. 524 (1838).

³¹⁹ 54 U.S. 40 (1851).

³²⁰ Sul caso si veda E. T. LEE, *Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness*, in *Harvard Law Review*, n. 105-3/1992, p. 646 ss.

stesso. L'*Ethics in Government Act* attribuiva a una *Special Division*³²¹ della Corte d'Appello del Distretto di Columbia la nomina di tale procuratore indipendente, cui veniva assegnato il compito di investigare e di muovere accuse nei confronti di determinati membri dell'esecutivo. Alla Divisione speciale veniva altresì affidato il compito di delimitare poteri e competenze di tale organo, nonché la sua durata in carica³²². Il provvedimento era stato fortemente voluto dal Congresso a maggioranza democratica, dopo che le vicende dell'amministrazione repubblicana di Nixon e lo scandalo *Watergate* avevano dimostrato i difetti di un sistema che assegna all'esecutivo ogni funzione inquirente, anche quando si trattava di reati commessi dai suoi membri. Si trattava di una misura a tempo, che, per un certo periodo, venne prorogata ad ogni scadenza. Essa, in occasione dell'ultima reiterazione, sarebbe stata firmata proprio dal Presidente Clinton, che, per ironia della sorte, sarebbe poi divenuto la vittima più celebre di uno dei Procuratori indipendenti nominati sulla base di quel dispositivo legislativo, Kenneth Star³²³. In ogni caso, a seguito della vicenda relativa all'incriminazione del Presidente Clinton, la soluzione introdotta dall'*Ethics in Government Act* del 1978 divenne impopolare ed altresì oggetto di aspre critiche da parte della dottrina americana, parte della quale la ritenne incostituzionale proprio in quanto incompatibile con il principio di separazione dei poteri³²⁴. E così, dopo i fatti che coinvolsero il Presidente Clinton, la misura venne fatta cadere.

³²¹ Sulla base del 28 U.S.C. § 49 la Divisione Speciale era formata da tre giudici della Corte d'Appello nominati nella funzione dal *Chief Justice* per un mandato di due anni.

³²² Una descrizione dell'assetto normativo introdotto con l'*Ethics in Government Act* può essere reperita in N. BRAVIN, *Is Morrison v. Olson Still Good Law? The Court's New Appointments Clause Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, n. 98-4/1998, p. 1103 ss. La Corte elenca puntualmente le funzioni assegnate alla *Special Division* in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 680 (1988).

³²³ Il Presidente Clinton, nel promulgare la legge, affermava: «I am pleased to sign into law [...] the reauthorization of the Independent Counsel Act [...] Opponents called it a tool of partisan attack against Republican Presidents and a waste of taxpayer funds. [...] This is a good bill that I sign into law today; good for the American people and good for their confidence in our democracy» (il brano è riportato da N. BRAVIN, *Is Morrison v. Olson Still Good Law?*, cit., p. 1103).

³²⁴ Si veda N. BRAVIN, *Is Morrison v. Olson Still Good Law?*, cit., p. 1104 s., secondo cui «after twenty years in action, the Act gives pause as to whether the cure was worse than the disease», e, per una bibliografia delle posizioni critiche, p. 1106, note 18 s.; S. L. CARTER, *The Independent Counsel Mess*, in *Harvard Law Review*, n. 102/1988, p. 106.

L'*Ethics in Government Act* del 1978 finì sotto lo scrutinio della Corte Suprema nel caso *Morrison v. Olson*³²⁵. In esso la Corte muove da una valutazione della cosiddetta *Appointments Clause* che, quanto ai funzionari di rango inferiore dell'amministrazione, assegna al Congresso il potere di affidarne la nomina al Presidente, alle Corti o ai Capi dei Dipartimenti³²⁶. Se il Procuratore indipendente sia o meno un funzionario di rango inferiore non è però tema di interesse particolare nel presente discorso. Viceversa, è interessante notare che tanto per l'*opinion* di maggioranza (sette a uno, con l'astensione dal giudizio del giudice Kennedy) quanto per il *dissenting* di Scalia, le funzioni attribuite al Procuratore indipendente sono da considerarsi senz'altro esecutive³²⁷. Ciò non può stupire, visto che nell'ordinamento americano i procuratori, cui è affidato l'avvio dell'azione penale, sono pacificamente inseriti nell'ambito dell'esecutivo, ancorché il provvedimento in questione attesti che un sistema così congegnato produce conflitti di interesse quando

³²⁵ 487 U.S. 654 (1988).

³²⁶ Secondo la U.S. Const., Art. II, Sec. 2, Cl. 2, il Presidente «shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments» (enfasi aggiunta).

³²⁷ Per l'opinione di maggioranza, si vedano in particolare due brani di *Morrison v. Olson*. Nel primo, 487 U.S. 654, 671 (1988), si riconosce il «full power and independent authority to exercise all investigative and prosecutorial functions and powers of the Department of Justice», nel secondo, 487 U.S. 654, 691 (1988), si afferma: «There is no real dispute that the functions performed by the independent counsel are 'executive'». Sul punto si veda R. J. PIERCE, JR., *Morrison v. Olson, Separation of Powers, and the Structure of Government*, in *The Supreme Court Review*, 1988, p. 20, secondo cui la Corte concede che «the functions of investigation and prosecution assigned the independent counsel are "executive"». Si confronti però S. A. J. DANGEL, *Is Prosecution a Core Executive Function? Morrison v. Olson and the Framers' Intent*, in *The Yale Law Journal*, n. 99-5/1990, p. 1088: «Given the limited importance of public prosecution at the time, the Framers may have viewed the locus of the prosecutorial function as a statutory, not a constitutional, question; given the quasi-judicial nature of contemporary public prosecutors, the Framers may have continued to see this as a minor, judicial function; or, given the independence of the local public prosecutor, the Framers may have viewed criminal prosecution as an executive – not a presidential – function». Quanto al *dissenting* del giudice Scalia, egli, 487 U.S. 654, 706 (1988), con la consueta perentorietà, afferma: «Governmental investigation and prosecution of crimes is a quintessentially executive function».

si tratti di indagare esponenti di rango dell'esecutivo medesimo. In ogni caso, posto che la *Special Division* effettua la nomina del procuratore indipendente, ossia di un organo esecutivo, del quale, almeno in certa misura, stabilisce e sorveglia l'attività, si può concludere che tale attività della Corte, ossia di un giudice *ex Art. III*, sia di carattere esecutivo. Ne consegue che per entrambe le opinioni siamo di fronte ad una funzione esecutiva assegnata al giudiziario.

Nell'opinione di maggioranza si muove da un approccio elastico alla dottrina della separazione dei poteri. Sulla base di esso, la Corte non esclude che il Congresso possa autorizzare un *interbranch appointment*, ossia assegnare ad un organo di un potere la nomina di organi incardinate in un'altra *branch of government*³²⁸. Richiamando il caso *Ex parte Siebold*³²⁹, l'opinione ricorda però che tale potere del Congresso non può essere utilizzato impropriamente cioè attribuendo alle corti il compito di nominare funzionari con attribuzioni amministrative incongrue con quelle giudiziarie³³⁰. Essa, inoltre, ripercorrendo molti dei casi precedentemente citati in questo scritto, ribadisce che in linea generale «executive or administrative duties of a nonjudicial nature»³³¹ non possono essere assegnati a giudici *ex Art. III*. Ma la nomina di un procuratore e le altre funzioni esecutive assegnate alla *Special Division* non vengono considerate incongrue con le funzioni giurisdizionali svolte dalle corti³³². L'attribuzione in parola non viene infine considerata in contrasto nemmeno con l'Art. III laddove limita la competenza del potere giudiziario a *casi e con-*

³²⁸ In 487 U.S. 654, 673 (1988), la Corte afferma l'ammissibilità di una «congressional authorization of “interbranch appointments,” in which an officer of one branch is appointed by officers of another branch».

³²⁹ 100 U.S. 371, 398 (1879), che pure faceva salva l'ipotesi di *interbranch appointment* in quel caso alla cognizione della Corte: «the duty to appoint inferior officers, when required thereto by law, is a constitutional duty of the courts; and in the present case there is no such incongruity in the duty required as to excuse the courts from its performance, or to render their acts void».

³³⁰ 487 U.S. 654, 676 (1988): «Congress' decision to vest the appointment power in the courts would be improper if there was some “incongruity” between the functions normally performed by the courts and the performance of their duty to appoint».

³³¹ 487 U.S. 654, 677 (1988), che cita *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 123 (1976), ove vengono a loro volta richiamati i casi *United States v. Ferreira*, 54 U.S. 40 (1851), e *Hayburn's Case*, 2 U.S. 409 (1792).

³³² In particolare, 487 U.S. 654, 667, nota 13 (1988): «in light of judicial experience with prosecutors in criminal cases, it could be said that courts are especially well qualified to appoint prosecutors. This is not a case in which judges are given power to appoint an officer in an area in which they have no special knowledge or expertise».

troversie, ancorché la Corte – come aveva già rilevato in altri casi – ammetta che la funzione della disposizione in parola sia proprio quella di evitare che il giudiziario sia indotto ad operare in sfere materiali assegnate alla competenza degli altri poteri³³³. Con il che la Corte può concludere che l'attribuzione alla *Special Division* del compito di nominare il Procuratore indipendente e degli altri poteri connessi alla sorveglianza dell'attività di quest'ultimo non rappresentano una minaccia alla imparzialità ed alla indipendenza del potere giudiziario³³⁴.

Il *dissenting* del giudice Scalia, viceversa, muove da una visione più rigida della dottrina della separazione dei poteri. La sua posizione non procede necessariamente da un'enfasi sulla matrice della separazione dei poteri che si richiama al *rule of law*. Egli in particolare non nega affatto la provenienza democratica del giudice americano e non prospetta dunque un giudice inteso come soggetto neutrale alla contesa politica. Anzi, come si è sottolineato quando si è affrontato il caso *White* in materia di campagne elettorali dei giudici statali – caso del quale egli era stato l'estensore dell'opinione di maggioranza –, il giudice Scalia aveva proprio rivendicato l'inserimento del giudice americano all'interno del sistema democratico quale seconda faccia di una medaglia in cui la prima è rappresentata dal conferimento al giudiziario di funzioni creatrici del diritto e della *judicial review* delle leggi³³⁵. La soluzione offerta dal giudice Scalia, più restia ad accettare l'attribuzione di funzioni esecutive al giudiziario, non si giustifica dunque – almeno direttamente – con il riferimento ad un'interpretazione della dottrina della separazione dei poteri alternativa a quella che si fonda sul paradigma dei *checks and balances*. Si può invece ipotizzare che essa si spieghi con una generale propensione di Scalia a difendere i poteri presidenziali e con un approccio testualista alle questioni ermeneutiche, nonché per la visione formalista con cui approccia i problemi costituzionali di se-

³³³ In 487 U.S. 654, 678 (1988), la Corte ammette, con riferimento alla limitazione della giurisdizione del potere giudiziario federale a *cases and controversies*, che «The purpose of this limitation is to help ensure the independence of the Judicial Branch and to prevent the Judiciary from encroaching into areas reserved for the other branches».

³³⁴ Infatti, 487 U.S. 654, 683 (1988), la Corte afferma che «the Special Division's exercise of the various powers specifically granted to it under the Act poses any threat to the "impartial and independent federal adjudication of claims within the judicial power of the United States"». Qui la citazione è dal caso, di cui si è già discusso (vedi *supra*), *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833, 850 (1986).

³³⁵ A questo proposito, si veda *supra*, § 2.1.

parazione dei poteri³³⁶. Tuttavia è interessante sottolineare che anche Scalia, per argomentare il proprio ragionamento volto ad escludere l'attribuzione al giudiziario di funzioni amministrative, ancorché indirettamente, si richiama al principio del *rule of law*, che richiede l'applicazione imparziale della legge da parte di un giudice separato dai poteri che sono chiamati ad assumere le decisioni più propriamente politiche. Non a caso, egli inizia il suo ragionamento citando il testo della Costituzione del Massachusetts del 1780, che contiene una formulazione particolarmente rigida della separazione dei poteri. Come risulta dalla sua prosa stentorea, il divieto per le corti di esercitare funzioni non giurisdizionali, ossia legislative ed esecutive, è posto esplicitamente in relazione con il *rule of law*: «In the government of this Commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: The executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: The judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men»³³⁷.

³³⁶ Per la distinzione tra formalismo e funzionalismo nella dottrina americana in materia di separazione dei poteri, si veda *infra*, § 2.I.2.

³³⁷ 487 U.S. 654, 697 (1988).

Le recenti contestazioni del ruolo acquisito dal potere giudiziario nell'ordinamento nordamericano

1. *L'enfasi sulla caratura politica del giudiziario americano ed i recenti attacchi alla sua centralità.* – 2. *L'originalismo come tentativo di restrizione dell'autonomia dei giudici.* – 3. *Il dipartimentalismo e la negazione della judicial supremacy.* – 4. *La polemica contro l'attribuzione ai giudici del potere di judicial review sulle leggi.*

1. L'enfasi sulla caratura politica del giudiziario americano ed i recenti attacchi alla sua centralità.

Come denunciato nel 2007 dal Presidente dell'*American Bar Association* «corti e giudici stanno affrontando una situazione straordinariamente ostile sul piano politico»¹. Il sottotitolo di un articolo della stessa associazione del 2005 recitava: «*The Least Dangerous Branch has become the Most Vilified Branch*»². Il prof. Burbank, nel 2007, introduceva una conferenza sull'indipendenza del giudiziario, avvertendo che negli anni recenti si è assistito ad attacchi alle corti federali e statali che si sono distinti per frequenza e clamore eccezionali³. Egli, inoltre, al fine di descrivere i rapporti degli altri poteri con il giudiziario, ricorreva all'aggettivo «unhappy»⁴ ed alle espressioni «current malaise»⁵ e «poisonous condition»⁶. Il politologo Pickerill, pur cercando di sdrammatizzare il problema, affermava che la legislazione volta a contenere le corti,

¹ H. T. WELLS, *Foreword*, in B. PEABODY (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimora (MD), 2011, p. vii.

² G. HODAK, *Judges in the Culture Wars Crossfire*, in *American Bar Association Journal*, n. 91-10/2005, p. 44 ss.

³ S. B. BURBANK, *Fair and Independent Courts: A Conference on the State of the Judiciary: Judicial Independence, Judicial Accountability, and Interbranch Relations*, in *Georgetown Law Journal*, n. 95/2007, p. 910.

⁴ S. B. BURBANK, *Fair and Independent Courts*, cit., p. 910: «Recent years have witnessed attacks on the courts, federal and state, that have been notable for both their frequency and their stridency».

⁵ S. B. BURBANK, *Fair and Independent Courts*, cit., p. 910.

⁶ S. B. BURBANK, *Fair and Independent Courts*, cit., p. 913.

le minacce di *impeachment* e gli attacchi verbali ai giudici hanno conosciuto un incremento nel primo decennio del nuovo millennio⁷. Secondo Lawrence Sager, in America è divenuta consuetudine reagire a specifiche decisioni della Corte Suprema o a sue linee giurisprudenziali con modalità estremistiche e iperboliche⁸. La rassegna potrebbe essere ben più lunga e tuttavia ciò è sufficiente per dimostrare come anche il giudiziario americano si trovi in certa misura “sotto attacco”⁹.

Questo atteggiamento ostile si manifesta anzitutto nello scetticismo popolare che spesso circonda le decisioni dei giudici. Quantunque in passato l’attivismo delle corti americane abbia prodotto per i giudici picchi di popolarità, oggi la situazione è ben diversa, al punto che il consenso per il giudiziario è precipitato ai livelli più bassi di sempre¹⁰. È diffusa,

⁷ J. M. PICKERILL, *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, in B. PEABODY (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimora (MD), 2011, p. 119: «court-curbing legislation, threats of impeachment, and other rhetorical attacks do seem to have increase and intensified in the 2000s».

⁸ L. G. SAGER, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven (CT), 2004, p. 4: «It has become commonplace [...] to react to specific Supreme Court decisions or broad lines of precedent in extreme and hyperbolic ways».

⁹ Ciò trova conferma anche nella dottrina non americana: L. E. DE GROOT-VAN LEEUWEN, W. ROMBOUTS, *Separation of powers: An Overview*, in L. E. DE GROOT-VAN LEEUWEN, W. ROMBOUTS (a cura di), *Separation of Powers in Theory and Practice. An international Perspective*, Nijmegen (Olanda), 2010, p. 4: «even if the Federal Courts in the United States are regarded as the most independent in the word, an unprecedented period of conflict between judiciary and the Congress recently began».

¹⁰ Per i dati più recenti, non ancora commentati in sede accademica, si veda A. LIPTAK, A. KOPICKI, *Approval Rating For Justices Hits Just 44% in Poll. Decline Spans 25 Years. Role of Personal Views Is Seen in Survey on Supreme Court*, in *The New York Times*, 8 giugno 2012, p. A1 e p. A16, in cui si sottolineano i seguenti risultati: solo il 44% degli Americani approva l’operato della Corte Suprema, quando lo stesso dato era al 66% alla fine degli anni Ottanta e circa al 50% nel 2000; tre quarti di essi ritengono che le decisioni della Corte siano talora determinate dalle propensioni politiche o personali dei giudici; solo uno su otto ritiene che i giudici decidano sulla base di un’analisi puramente legale; il 60% ritiene che «appointing Supreme Court justices for life is a bad thing because it gives them too much power»; soltanto un terzo ritiene che la *life tenure* «is a good thing because it helps keep them independent from political pressures». Si deve precisare che i dati si collocano in un quadro di crescente sfiducia degli Americani anche verso le altre istituzioni pubbliche (l’approvazione per il Congresso è ad un infimo 15%, ma quella per il Presidente al 47%). Tuttavia, secondo l’articolo, i dati «could reflect a sense that

nell'opinione pubblica e nella società americana, la convinzione che l'attività del giudiziario sia troppo influenzata dagli interessi politici o comunque dall'orientamento ideologico di ogni singolo giudice. Paradossalmente – almeno agli occhi del giurista – gli studi politologici e le indagini demoscopiche attestano che gli americani hanno una posizione maggioritaria contraddittoria rispetto al potere giudiziario. Da un lato, sono insofferenti rispetto al sistema delle garanzie di indipendenza dei giudici, quali la *life tenure* e l'*impeachment*, e non sono disposti ad abbandonare il sistema elettivo per i giudici statali, che anzi vorrebbero estendere a quelli federali¹¹. Allo stesso tempo, però, dicono di aspirare a un giudiziario che decida «su di un terreno apolitico, puramente legale»¹². Tanto che è stato sostenuto che ultimamente «il pubblico americano vuole giudici formalisti»¹³. Sulla base di questi presupposti, l'insoddisfazione popolare rispetto al giudiziario può essere molto pericolosa: se viene abbandonato l'approccio dei padri fondatori, che inserivano il potere giudiziario nel meccanismo democratico scambiando la sua derivazione dagli organi politici con le garanzie di indipendenza, allo scopo di far funzionare il meccanismo dei *checks and balances*, l'intero sistema sembra poter andare in crisi. In effetti, sulla base di questa impostazione,

the court is more political, after the ideologically divided 5-to-4 decisions in Bush v. Gore, which determined the 2000 presidential election, and Citizen United, the 2010 decision allowing unlimited campaign spending by corporations». Nonostante si tratti in entrambi i casi di decisioni di ispirazione conservatrice, la sfiducia sarebbe trasversale rispetto alla collocazione politica degli Americani, senza registrare significative variazioni tra conservatori e *liberal*. Per dati meno recenti, risalenti al 2005, si veda K. J. BYBEE, *All Judges Are Political – Except When They Are Not. Acceptable Hypocrisies and the Rule of Law*, Stanford (CA), 2010, p. 16 e nota 77, che riporta un sondaggio secondo cui per l'82% degli Americani il retroterra partitico dei giudici ne influenza le decisioni in varia misura. Si tratta dell'88% tra i *liberals* e dell'83% per i conservatori, dell'84% di chi partecipa a funzioni religiose più volte alla settimana e dell'88% di chi non vi partecipa mai.

¹¹ Ricerche di opinione dimostrano infatti che una larga maggioranza di Americani abbandonerebbe, anche a livello del giudiziario federale, il sistema di nomina presidenziale con l'*advice and consent* del Senato a favore di un sistema elettivo. In merito si veda K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 123, nota 78.

¹² K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 4.

¹³ M. C. DORF, *The Undead Constitution*, in *Harvard Law Review*, n. 125-8/2012, p. 2055. Si veda anche C. G. GEYH, *The Choreography of Courts-Congress Conflicts*, in B. PEABODY (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimora (MD), 2011, p. 43, secondo cui «Polling data suggest that public has, to some degree, internalized the lessons of legal realism».

nemmeno l'altra visione del giudice, quella che lo vuole estraneo alla contesa politica come nel modello europeo, diviene disponibile. A quello schema infatti accede un sistema di separazione dei giudici dalla politica che è complessivamente più rigido, poiché non tollera di certo la derivazione elettiva di chi è chiamato a ricoprire le cariche giudiziarie. Così, mano a mano che i cittadini percepiscono un'eccessiva politicizzazione del giudiziario, essi ne mettono in discussione le garanzie. Ma, via via che le garanzie vengono ridotte, la politicizzazione dei giudici non può che accrescersi. Alla fine indipendenza e autorevolezza, in un circolo vizioso, finiranno per risultare ulteriormente erose¹⁴.

L'atteggiamento critico di buona parte della popolazione nei confronti delle corti è forse alla base di alcune correnti dottrinali volte a limitare l'influenza del giudiziario nel sistema politico complessivamente inteso. Per la verità, come sembra sostenere Ronald Cass, potrebbe essere vero anche l'inverso, ossia che, a prescindere da altri fattori rilevanti¹⁵, gli attacchi al giudiziario siano stati agevolati dal tenore assunto dal dibattito scientifico intorno al ruolo giuocato dagli organi giurisdizionali negli Stati Uniti¹⁶.

In questo senso, la scienza politica americana, che esercita, invero non diversamente che da noi¹⁷, un peso determinante anche nelle speculazioni dei costituzionalisti, ha certamente contribuito a spingere oltre i limiti la raffigurazione del potere giudiziario (e in particolare della Corte Suprema) come uno degli attori principali di un unitario sistema politico. Ciò probabilmente ha portato al parossismo un elemento, quello della dimensione politica del giudice, che è connaturato al sistema dei *checks*

¹⁴ Secondo C. G. GEYH, *When Courts and Congress Collide*, cit., p. 263, «The more that the public and their representatives think that judges generally [...] follow their political leanings instead of the law, the more likely it becomes that long established independence norms will be challenged with increasing intensity and will ultimately yield to calls for greater judicial accountability from Congress».

¹⁵ Ad esempio K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 12, ricorda che nei media americani i giudici federali sono costantemente individuati, a seconda dei casi, come *liberal* o *conservative*.

¹⁶ R. A. CASS, *The Rule of Law in America*, Baltimora (MD), 2001, secondo cui i giudici sarebbero molto meno politicizzati di quanto vengano dipinti dall'accademia.

¹⁷ Sul punto si veda l'interessante paragrafo intitolato *La forma di governo tra diritto costituzionale e scienza politica*, che O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 1 ss., dedica in apertura dell'introduzione del suo lavoro sul Presidente della Repubblica.

and balances americano e che, di solito in misura assai minore, è presente in tutti gli ordinamenti. A tale riguardo, non si può non richiamare Robert Dahl che, nel celeberrimo articolo del 1957, *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker*, bollò come una finzione l'idea che la Corte non sia un organo sostanzialmente politico bensì fondamentalmente giudiziario, trattandosi viceversa di uno dei fautori principali della politica nazionale¹⁸. È questa un'opinione che sarà sviluppata e confermata in una miriade di studi della scienza politologica americana¹⁹. Così Charles Geyh può sostenere oggi che un segmento influente della scienza politica, sulla base di una consolidata tradizione di realismo giuridico²⁰, si è dedicato, per un'intera generazione, al compito di dimostrare che i giudici sono influenzati dalle proprie preferenze ideologiche piuttosto che dal diritto²¹.

Ora, non si tratta di negare che, in un paese liberaldemocratico, le decisioni del giudiziario possano avere riflessi sul sistema politico (e persino sulle singole scelte politiche). Altro, però, è utilizzare questa considerazione per negare una specificità del potere giudiziario, collocandolo sul palcoscenico degli attori politici alla stessa stregua del Congresso o del Presidente.

In ogni caso, è di estrema utilità sintetizzare gli argomenti centrali della politologia americana utilizzati per negare le peculiarità del giudiziario rispetto alle branche del potere esplicitamente politiche. Essi possono essere così riassunti: l'enfaticizzazione massima del principio demo-

¹⁸ R. A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Emory Law Journal*, n. 50/2001 (1957), p. 565, (corsivo mio): quantunque «much of the legitimacy of the Court's decisions rests upon the fiction that it is not a political institution but exclusively a legal one, [...] the Court is a national policy-maker, and it is this role that gives rise to the problem of the Court's existence in a political system ordinarily held to be democratic». Dahl precisa (p. 563) che «Americans are not quite willing to accept the fact that it is a political institution and not quite capable of denying it».

¹⁹ J. M. PICKERILL, *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, cit., p. 118: «Courts and judges must be understood as contributing to lawmaking and policymaking by adding their unique perspective».

²⁰ Quanto al realismo giuridico, esso suggerisce proprio che il procedimento della decisione giurisdizionale è sostanzialmente una questione politica: K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 3.

²¹ C. GEYH, *The Choreography of Courts-Congress Conflicts*, cit., p. 42: «For generation now, an influential segment of the political science community, steeped in the tradition of legal realism, has devoted itself to demonstrating that independent judges are less influenced by the law than their own ideological predilections».

cratico anche a costo di una corrispondente sottovalutazione della tutela dei diritti individuali; la connessa negazione di una funzione *counter-majoritarian* delle corti; l'affermazione della prevalenza dell'elemento ideologico su quello giuridico nelle operazioni ermeneutiche del giudice. Per illustrare i primi due caratteri è sufficiente richiamare nuovamente Dahl, secondo cui affermare che la Corte Suprema supporta (o debba supportare) le minoranze contro le maggioranze equivale a negare che esista ancora la sovranità popolare e l'uguaglianza politica negli Stati Uniti²². Con specifico riguardo al secondo punto, ossia la negazione che le

²² R. A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy*, cit., p. 568: «to affirm that the Court supports minority preferences against majorities is to deny that popular sovereignty and political equality, at least in the traditional sense, exist in the United States; and to affirm that the Court ought to act in this way is to deny that popular sovereignty and political equality ought to prevail in this country». J. M. PICKERILL, *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, cit., p. 114, afferma in proposito: «Dahl's insights have provided the foundation for a contemporary scholarship that has identified ways in which the Court's purported antimajoritarian nature is less than meets the eye». Sul tema si veda inoltre l'ampia opera di B. FRIEDMAN, *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*, in *Northwestern University Law Review*, n. 95-3/2001, p. 933 ss., ID., *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in *Georgetown Law Journal*, n. 91/2002, p. 1 ss., ID., *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson Of Lochner*, in *New York University Law Review*, n. 76/2001, p. 1383 ss., ID., *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 148/2000, p. 971 ss., ID., *The Birth Of An Academic Obsession: The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, n. 112-2/2002, p. 153 ss. La critica secondo cui la *judicial review* non realizza uno strumento davvero *countermajoritarian* ma si tratta di un meccanismo che realizza fondamentalmente i fini del blocco sociale dominante è sostenuta, tra i costituzionalisti, anche da J. M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge (MA), 2011, e, tra i politologi, da T. J. PERETTI, *In Defence of a Political Court*, Princeton (N.J.), 1999, p. 80 ss. Nello stesso senso, si vedano anche J. M. BALKIN, S. LEVINSON, *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, in *Fordham Law Review*, n. 75-2/2006, p. 489 ss., e M. A. GRABER, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, in *Studies in American Political Development*, n. 7-1/1993, p. 35 ss. 7 *Stud. Am. Pol. Dev.* 35, 36, il quale, a p. 286, rileva che «When Alexander Bickel famously argued that 'judicial review is a deviant institution in the American democracy,' he gave insufficient weight to these majoritarian features of judicial review». Si veda anche T. J. PERETTI, *Does Judicial Independence Exist? The Lessons of Social Science Research*, in S. B. BURBANK, B. FRIEDMAN (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 120:

corti fungano da freno ai possibili abusi della maggioranza politica, Dahl aggiunge che si tratta di un'affermazione priva di prove²³. Quanto al terzo punto, cioè l'asserita prevalenza dell'elemento ideologico nell'attività interpretativa delle corti, esistono numerosi studi volti a dimostrare come i giudici decidano secondo la propria visione personale piuttosto che tentando di ricavare la soluzione del caso dal diritto²⁴, il che, con tutta evidenza, non è privo di conseguenze sul piano della percezione del ruolo del giudiziario da parte dell'opinione pubblica²⁵.

«American Courts do not frequently issue unpopular, countermajoritarian rulings. As previously noted, Supreme Court decisions are consistent with public opinion more than 60% of the time and nearly as often as Congress's policies decisions, making the Court's "countermajoritarian reputation" greatly exaggerated». In proposito si vedano: D. G. BARNUM, *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period*, in *The Journal of Politics*, n. 47-2/1985, p. 652 ss., e T. R. MARSHALL, *Public Opinion and the Supreme Court*, Boston, 1989.

²³ R. A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy*, cit., p. 568. Secondo J. M. PICKERILL, *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, cit., p. 117 «research indicates that in many instances, elected branches have protected or even expanded rights and liberties when courts have refused to do so». Per T. J. PERETTI, *In Defence of a Political Court*, cit., p. 3 «the justices' personal political preferences strongly influence their interpretations of the Constitution». Secondo K. J. BYBEE, *All Judges Are Political*, cit., p. 26 s., per Peretti «the Court is explicitly designed to be just another policymaking venue among the many such venues in American politics [...] and Peretti is right to say that partisan preference plays a critical role in judicial decisionmaking».

²⁴ In questo senso possono ricordarsi gli studi di Jeffrey Allan Segal e Harold J. Spaeth, che sostengono che i giudici decidono secondo le proprie opinioni e attitudini piuttosto che secondo la legge. Si veda, in proposito: J. A. SEGAL, H. J. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge (UK) – New York, 1993, e ID., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge (UK) – New York, 2002. Gli stessi autori hanno dimostrato inoltre come i precedenti costituiscano un freno molto debole per i giudici americani, salvo che nei casi di minor rilievo politico (H. J. SPAETH, J. A. SEGAL, *Majority Rule or Minority Will*, cit.). Per T. J. PERETTI, *In Defence of a Political Court*, cit., p. 3 «the justices' personal political preferences strongly influence their interpretations of the Constitution». Si veda anche J. M. PICKERILL, *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, cit., p. 117, secondo cui «the extent to which judges mechanically apply law without influence of political or personal preferences is a dubious one». Tra i costituzionalisti, si veda M. C. DORF, *The Undead Constitution*, cit., p. 2026: «I regard the finding that ideology plays a large role in Supreme Court decisionmaking to be unassailable».

²⁵ S. B. BURBANK, *Fair and Independent Courts*, cit., p. 910: «The architects of these strategies seek to create the impression not only that courts are part of the po-

Passando ora alla produzione scientifica dei giuristi, sono divenuti numerosi gli interventi di esponenti, anche di rilievo, della dottrina costituzionalistica che denunciano l'invadenza del potere giudiziario nei confronti delle due branche più squisitamente politiche ed esprimono il timore di un possibile sovvertimento, ad opera dei giudici, dell'impianto democratico delineato nella Costituzione²⁶. Per fare un esempio, Robert Nagel, *Rothgerber Professor of Constitutional Law* alla *University of Colorado Law School*, nel suo volume dal significativo titolo *Unrestrained. Judicial Excess and the Mind of the American Lawyer*²⁷, descrive «how implacable the Court is in its commitment to the aggressive use of power»²⁸.

L'osservazione empirica che i giudici decidono tenendo in grande considerazione, consciamente o inconsciamente, le proprie convinzioni politico-ideologiche ha finito per alimentare l'idea che il giudiziario non sia nient'altro che uno dei tasselli fondamentali del sistema politico. Ciò ha portato i più a riconoscere un'unica specificità del potere giudiziario rispetto agli altri poteri, ossia che si tratta di un corpo circondato da una fitta coltre di garanzie di indipendenza e di irresponsabilità pur trovandosi ad esercitare funzioni politiche estremamente rilevanti. Da simili considerazioni ai veri e propri attacchi al giudiziario, prima da destra, con riguardo alle corti progressiste, e poi da sinistra, con riguardo alle successive corti conservatrici, il passo è stato breve.

litical system, but also that they and the judges who sit upon them are part of ordinary politics».

²⁶ Oltre a quanto indicato *infra* nel testo, si segnala qualche opera di minor rilievo ma ugualmente significativa, come ad esempio quella curata dall'ultraconservatore E. B. MCLEAN, *The Most Dangerous Branch. The Judicial Assault on American Culture*, Lanham (MD), 2008, p. iv, secondo cui «In relatively recent decades [...] the Supreme Court has usurped legislative powers at the national and state level. This fact coupled with the prevailing view that the Court is the authoritative interpreter of the Constitution». Lo stesso si dica per il commentatore conservatore A. S. REGNERY, *The Most Dangerous Branch*, in *The American Spectator*, n. 39-4/2006, p. 4 ss.

²⁷ R. F. NAGEL, *Unrestrained. Judicial Excess and the Mind of the American Lawyer*, New Brunswick (N.J.) – London, 2008.

²⁸ Così nell'introduzione, R. F. NAGEL, *Unrestrained*, cit., p. ix. Successivamente, p. 22, spiega: «the United States has gradually grown to the point where [...] it is used to resolve fundamental moral and political issues, to initiate profound changes in society, to control public institutions, and, in significant ways, to supplant the sovereignty of the people».

2. L'originalismo come tentativo di restrizione dell'autonomia dei giudici.

In questo contesto in cui voci influenti di varia estrazione si sono levate allo scopo di limitare un giudiziario fuori controllo, sono sorti, sul terreno più propriamente costituzionalistico, orientamenti volti a restringere il ruolo e l'importanza del giudiziario, fra i quali spicca l'originalismo, tecnica interpretativa della Costituzione che si ispira appunto al suo significato originario contrapponendosi a quella intitolata alla *living constitution*.

Il dibattito sul tema, che è centrale nella dottrina e nella giurisprudenza americane, è rilevante in questa sede solo nella misura in cui tale tendenza interpretativa ha avuto il precipuo scopo di contrastare l'attivismo del giudiziario, di cui era stata accusata soprattutto la Corte Warren²⁹.

Se pertanto, in America come altrove, non sono mai mancati richiami al significato originale della Costituzione come tecnica di interpretazione del testo costituzionale, l'originalismo rileva in questo specifico contesto soprattutto in quanto rivolto a far rientrare nei ranghi un potere giudiziario che si diceva esserne fuoriuscito³⁰. Tale movimento originalista, che si è sviluppato nell'ultimo scorcio del XX Secolo, vanta tra i suoi fautori i prestigiosi nomi di Bork³¹ e Scalia³². Esso si contrapponeva

²⁹ J. M. BALKIN, *Living Originalism*, cit., p. 603: «Contemporary originalism arose from efforts by conservative legal scholars and politicians to combat what they saw as overreaching by liberal judicial decisions in the Warren and Burger Courts, what is sometimes referred to as liberal judicial activism». Il nesso tra attivismo progressista della Corte Warren e le teorie originaliste è esplicitato anche nella pubblicistica non specialistica. Si veda in proposito A. S. REGNERY, *The Most Dangerous Branch*, cit., p. 4, che su una rivista della destra conservatrice scriveva: «Chief Justice Warren decided that the Constitution was a living document and the Supreme Court was really a legislature».

³⁰ È stato infatti sostenuto dalla dottrina americana che «exalting originalism was part of a deliberate effort by the Reagan Justice Department to rally Americans against a Federal Judiciary it perceived as frustrating its conservative political agenda» (J. GREENE, *Selling Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, n. 97/2009, p. 659 s. La tesi è sostenuta anche in R. C. POST, R. B. SIEGEL, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Review*, n. 75/2006, p. 559).

³¹ Il massimo esponente della dottrina originalista è infatti riconosciuto nel conservatore R. H. BORK, *The tempting of America: the Political Seduction of the Law*, in *Cornell Law Review*, n. 75/1990, p. 1358 ss. Non è il luogo questo per una ricostruzione completa del costituzionalismo originalista americano. Per un esempio, si

ai seguaci della *living constitution*, che, ammettendo un approccio evolucionista alla Costituzione, avevano potuto accogliere agevolmente le grandi innovazioni conosciute dalla società e dall'ordinamento americano in più di due secoli di storia³³. Le correnti di pensiero ispirate alla *living constitution* non solo reputano legittimo l'attivismo passato del giudiziario americano (in tema di desegregazione, tutela delle minoranze e delle donne, diritti degli imputati e dei condannati, per far alcuni degli esempi più consueti)³⁴, ma forniscono un indispensabile sostegno teorico anche a quello presente e futuro: si pensi, ad esempio, agli interventi del giudiziario, così rilevanti nel contesto americano, in materia di riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, il cui esito appare scontato laddove si assuma un approccio originalista³⁵.

può citare l'orgogliosa rivendicazione del metodo originalista da parte di S. PRAKASH, J. YOO, *Against Interpretive Supremacy* (recensione a L. D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, 2004), in *Michigan Law Review*, n. 103-6/2005, p. 1555: «Our methodology in discerning the Constitution's meaning is originalist: we merely try to establish what the Constitution meant when it was ratified. We do not think that political developments subsequent to the Constitution's ratification should control this reading».

³² A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, n. 57/1989, p. 849 ss.

³³ In una famosa lezione tenuta alla "Georgetown", il 12 ottobre 1985, dal brillante titolo *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification* il giudice Brennan aveva chiaramente illustrato il concetto: «the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a word that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs» (J. N. RAKOVE (a cura di), *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston, 1990, p. 57).

³⁴ Da ultimo rivendicano la capacità della *living constitution* di convalidare l'evoluzione della tradizione costituzionale americana J. M. BALKIN, *Living Originalism*, cit., D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, New York, 2010, e M. C. DORF, *The Undead Constitution*, cit., p. 2011 ss.

³⁵ Un nuovo terreno della *living constitution*, soprattutto a livello statale (in attesa di un intervento della Corte Suprema federale), è il cosiddetto matrimonio gay. In proposito, si veda la Corte Suprema del Massachusetts che, sulla base della disposizione della costituzione dello stato del 1780 che «affirms the dignity and equality of all individuals», in *Goodrich v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003) affermò i diritti delle coppie omosessuali e che, successivamente, giudicò insufficienti, rispetto a quello stesso parametro, le *civil union* nel frattempo introdotte dal legislatore. A proposito di un caso analogo, di cui ho dato conto con riferimento alla mancata rielezione di giudici della Corte Suprema dell'Iowa, si veda, *supra*, § 2.II.1.

Tali innovazioni del sistema costituzionale sono avvenute e potranno avvenire, nonostante le scarse alterazioni che l'originario testo della Costituzione americana ha conosciuto e probabilmente conoscerà, proprio grazie al protagonismo del giudiziario federale, a mio modo di vedere, in perfetta aderenza al ruolo che gli era stato conferito dai *framers* all'interno del sistema dei *checks and balances*. La *living constitution* riconosce dunque al giudiziario un ampio spazio di discrezionalità³⁶. E proprio questo è il punto dolente per gli originalisti.

Essi hanno sempre agitato il tema del principio democratico per sostenere che non spetta ai giudici accompagnare l'evoluzione del sistema costituzionale, bensì a *we the people*, attraverso gli organi rappresentativi e il procedimento di revisione. Si tratta di un'ottica che sembra tradire l'originario approccio al principio democratico così per come era stato assunto nell'esperienza americana. In ogni caso, nella prospettiva originalista, l'interprete è limitato nelle sue operazioni ermeneutiche dal significato storicamente ascrivibile agli autori delle disposizioni da interpretare³⁷, sicché tale tecnica interpretativa avrebbe lo scopo di ridurre la discrezionalità del giudiziario, impedendo indebite incursioni nel campo delle decisioni politiche. Ancorché, infatti, lo spazio di discrezionalità da riconoscere al giudiziario sia variabile a seconda delle diverse correnti in

³⁶ M. C. DORF, *The Undead Constitution*, cit., p. 2017 s., afferma che la teoria della *living constitution* attribuisce a «judges and Justices [...] to sort among those social and political changes that can be reconciled with the constitutional text and those that cannot» e tenta di rispondere al quesito: «What authorizes judges to play that role?».

³⁷ Gli originalisti si dividono in due gruppi, circa le modalità di ricostruzione del significato originario della disposizione da interpretare. Per taluni, ma quasi mai esplicitamente, si dà peso all'*expected application* da parte dei redattori della disposizione: per costoro è accettabile desumere dal testo la norma che gli autori si sarebbero aspettati. Altri si richiamano al *semantic originalism*, che tende ad escludere dalle possibili opzioni ermeneutiche quelle il cui significato sarebbe stato escluso al tempo dell'approvazione dell'atto normativo (si veda in proposito L. B. Solum, *Semantic Originalism*, in, *Illinois Public Law Research Paper*, n. 07-24/2008, p. 1 ss.). Essi inoltre si dividono tra chi dà peso all'*original intent* e chi all'*original meaning*, che secondo R. E. BARNETT, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, in *University of Chicago Law Review*, n. 68/2001, p. 105, si distinguono in questi termini: «'original meaning' refers to the meaning a reasonable speaker of English would have attached to the words, phrases, sentences, etc. at the time the particular provision was adopted. [...] By contrast, 'original intent' refers to the goals, objectives, or purposes of those who wrote or ratified the text».

cui l'originalismo si divide³⁸, queste sono comunque tutte volte a limitarne la portata³⁹.

I fautori dell'opposta corrente interpretativa hanno obiettato che tale ricorso alla storia come metodo per ridurre la discrezionalità del giudiziario non sia efficace⁴⁰. A prova di ciò è stato portato il caso *Heller*⁴¹, quello in cui la Corte Suprema ha riconosciuto una larga estensione del diritto di portare armi, travolgendo alcune leggi statali restrittive, sulla base di un'interpretazione originalista del testo costituzionale. Si è osservato che se i giudici conservatori hanno ricostruito un significato originario della Costituzione volto a sostenere il pronunciamento contenuto nella sentenza, anche i giudici *liberal* si sono mossi da una prospettiva originalista, ricostruendo però un significato originario opposto. Sicché, a risultare determinante, non sarebbe stata l'adozione della tecnica originalista ma semmai – più prosaicamente – la prevalenza nel numero dei giudici conservatori⁴².

³⁸ L'originalista R. E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton (N.J.), 2004, p. 118 ss., introduce la distinzione tra *interpretation* e *construction*, la prima avente ad oggetto le regole costituzionali, rispetto alle quali lo spazio interpretativo del giudice sarebbe più esiguo, la seconda i principi, con riferimento ai quali si deve ammettere un'area di discrezionalità più ampia. Distingue tra *constitutional interpretation* e *construction* anche il *new originalist* K. E. WHITTINGTON, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge (MA), 1999. Altri originalisti tuttavia respingono tale ampliamento eventuale della discrezionalità giudiziaria, contestando la distinzione proposta in quanto priva di basi nella tradizione interpretativa costituzionale. È il caso di J. O. MCGINNIS, M. B. RAPPAPORT, *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction*, in *Northwestern University Law Review*, n. 103-2/2009, p. 772 ss.

³⁹ Come ha sostenuto David Strauss, «that is the point of originalism: to confine judges to specific outcomes rather than leaving them free to interpret the general provisions» (D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, cit., p. 113 s.).

⁴⁰ Alcuni storici hanno contestato tale uso spregiudicato della storia, sostenendo che «original intent is not a viable foundation for a jurisprudence of constitutional law» (L. W. LEVY, *Original Intent and the Framers' Constitution*, Chicago, 1988, p. 298, e, quanto all'argomento in generale, p. 284 ss.). Per una critica compiuta delle teorie originaliste, si veda P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, n. 60/1980, p. 204.

⁴¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

⁴² D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, cit., p. 20. Secondo M. C. DORF, *The Undead Constitution*, cit., p. 2013, l'originalismo è «a theory that was engineered largely by political conservatives». Più oltre, a p. 2028, l'autore afferma: «Originalism is a reform program premised on the idea that the Supreme Court has

A prescindere dalla *querelle*, è incontestabile che tali tentativi di ridimensionare lo spazio riconosciuto al potere giudiziario federale hanno avuto largo successo⁴³.

Quanto al rapporto tra originalismo e dottrina della separazione dei poteri, è stato autorevolmente affermato che esso è connesso con una visione formalista della stessa⁴⁴. Infatti molto spesso, come ha notato J. Goldford, gli originalisti, al pari dei formalisti, si richiamano alla dottrina della separazione dei poteri proprio allo scopo di dare sostegno all'approccio interpretativo volto a limitare la discrezionalità delle corti⁴⁵.

gone awry in the modern era». Nonostante buona parte di coloro che si ispirano all'originalismo abbiano un'impostazione conservatrice e tale corrente in sé e per sé sembri produrre esiti conservatori (si vedano R.H. BORK, *The tempting of America*, cit., A. SCALIA, *Originalism*, cit., e W. H. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, in *Texas Law Review*, n. 54/1976, p. 696 ss.), esistono elementi di originalismo anche nelle tesi di autori progressisti. È il caso di B. A. ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Cambridge (MA), 1991, p.165 ss. In tema si veda anche la recensione di S. SHERRY, *The Ghost of Liberalism Past*, in *Harvard Law Review*, n. 105/1992, p. 918 ss., e A. R. AMAR, *Rethinking Originalism. Original intent for liberals (and for conservatives and moderates, too)*, in *Slate*, 21 settembre 2005, disponibile in www.slate.com. Lo stesso Dworkin ha accettato il *semantic originalism* in quanto reputato innocuo: R. DWORKIN, *Comment*, in A. SCALIA, A. GUTMANN (a cura di), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton (N.J.), 1997, p. 121.

⁴³ Secondo M. S. FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, in *The Yale Law Journal*, n. 105-7/1996, p. 1742, ad esempio, «In the last few years, both the judicial and scholarly debates have more and more become historical ones».

⁴⁴ M. H. REDISH, E. J. CISAR, «*If Angels Were to Govern*»: *The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory*, in *Duke Law Journal*, n. 41-3/1991, p. 454: «originalist perspective [is] sometimes thought to be an inherent element of formalism». Si veda anche J. D. McNALLY, *Constitutional Law – Did Congress Overreach in its Reaction to Lampf?*, in *Western New England Law Review*, n. 16-2/1994, p. 408, per il quale «The formal approach focuses on the maintenance of the divisions between the branches» e può essere basato «on an originalist understanding of the proper roles of the branches».

⁴⁵ Secondo D. J. GOLDFORD, *The American Constitution and the Debate Over Originalism*, New York, 2005, p. 287, «originalism justifies its claim to exclusive interpretive legitimacy in terms of democracy, rule of law, separation of powers».

3. Il dipartimentalismo e la negazione della *judicial supremacy*.

Almeno a partire dall'affermarsi dell'attivismo giudiziario della Corte Warren, la concettualizzazione dominante circa il ruolo del giudiziario americano nei confronti degli altri poteri era riassunta dalla dottrina della *judicial supremacy*, sulla base della quale spetta al giudiziario – e per esso, in via definitiva, alla Corte Suprema – il compito di interpretare la Costituzione, vincolando così anche le altre branche in cui il potere è stato diviso⁴⁶.

Secondo gli stessi fautori della *judicial supremacy* uno dei capisaldi di questa risalente dottrina sarebbe da ravvisarsi già nella storica pronuncia *Marbury v. Madison*, ove si afferma che «It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is»⁴⁷. Al fine di sostenere questa tesi, significativamente la Corte, piuttosto che richiamare, almeno esplicitamente, la dottrina della separazione dei poteri, si riferisce al *rule of law* e all'esigenza della tutela giurisdizionale dei diritti. Essa infatti sostiene che «The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men»⁴⁸. Tuttavia tale qualifica sarebbe certamente immeritata – conclude la Corte – se l'ordinamento non fornisse un rimedio effettivo per la violazione di ogni diritto riconosciuto dalla legge⁴⁹.

I critici della *judicial supremacy*, all'opposto, dubitano che *Marbury v. Madison* possa essere posta a fondamento della dottrina in questione,

⁴⁶ Quella improntata alla *judicial supremacy* è definita da D. E. JOHNSON, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 67-3/2004, p. 106, come la dottrina che «emphasizes the need for the political branches to defer to the Court as the [...] ultimate interpreter of the Constitution». Per K. E. WHITTINGTON, *Extra-judicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, in *North Carolina Law Review*, n. 80/2002, p. 784, «Judicial supremacy requires deference by other government officials to the constitutional dictates of the Court, even when other government officials think that the Court is substantively wrong about the meaning of the Constitution and in circumstances that are not subject to judicial review». Per L. D. KRAMER, *The People Themselves*, cit., p. 125, la *judicial supremacy* coincide con «the notion that judges have the last word when it comes to constitutional interpretation and that their decisions determine the meaning of the Constitution for everyone».

⁴⁷ 5 U.S. 137, 177 (1803).

⁴⁸ 5 U.S. 137, 163 (1803), enfasi aggiunta.

⁴⁹ 5 U.S. 137, 163 (1803): «It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right».

poiché dalla celebre statuizione del 1803 si ricaverebbe solo il potere della Corte Suprema di interpretare in via di ultima istanza la Costituzione e non anche il dovere per gli altri dipartimenti, il legislativo e l'esecutivo, di conformarsi quanto ai propri atti futuri a tali esiti interpretativi⁵⁰.

In epoca molto più recente (ossia in *Cooper v. Aaron* del 1958, il famoso caso di segregazione razziale presso una scuola di Little Rock, in Arkansas), la Corte stabilì inequivocabilmente, per la prima volta, che le interpretazioni della Costituzione contenute nei suoi precedenti dovevano considerarsi alla stregua della *supreme law of the land*⁵¹. Con ciò si esprimeva il valore universalmente vincolante dei risultati dell'attività ermeneutica che la stessa Corte aveva svolto con riferimento alle disposizioni costituzionali (nel caso di specie, si trattava del XIV emendamento). Solamente pochi anni dopo, in *Backer v. Carr*, la Corte Suprema ribadiva con una certa enfasi il medesimo concetto definendosi, in un caso che implicava di stabilire i limiti tra i poteri federali, come «l'ultimo interprete della Costituzione»⁵².

⁵⁰ D. E. JOHNSEN, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 118: «Departmentalists emphasize that the Marbury Court asserted the power of judicial review, not judicial supremacy». L. D. KRAMER, *The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We, the Court*, in *Harvard Law Review*, n. 115/2001, p. 5 s., ha rilevato infatti che da *Merbury* si può solamente desumere che «it was proper for the Court to interpret the Constitution without in any way suggesting that its interpretations were superior to those of the other branches». Nello stesso senso, P. BREST, *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, in *Stanford Law Review*, n. 27-3/1975, p. 587, aveva già notato che «*Marbury v. Madison* was not premised on any special, let alone exclusive, constitutional function of the Court, but simply on its duty to decide the case before it in conformance with the superior law of the Constitution». Per M. V. TUSHNET, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, n. 101-8/2003, p. 2782, «*Marbury* can be taken to establish a system of what some scholars call a departmentalist system of judicial review».

⁵¹ Questo, 358 U.S. 1, 13 (1958), è il passaggio: «the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land»; il riferimento è naturalmente al celeberrimo caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), nel quale la Corte dichiarò illegittima la segregazione scolastica dei neri. Tra coloro che affermano che si tratti del primo caso in cui la Corte sostiene che le proprie interpretazioni della Costituzione vincolano anche gli altri poteri, si veda C. S. HYNEMAN, *The Supreme Court on Trial*, New York, 1963, p. 78 ss.

⁵² 369 U.S. 186, 211 (1962), che vale la pena di citare per esteso: «[d]eciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution».

Questa posizione veniva confermata anche nel controverso caso del 1992 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵³, in cui la Corte consolidava parzialmente la propria giurisprudenza sul diritto all'aborto dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni introdotte in Pennsylvania volte a limitarvi il ricorso (ma salvandone altre). La Corte, come in *Marbury*, sostiene il principio richiamandosi al *rule of law*. Essa afferma che un ordinamento che voglia ispirarsi a quel principio richiede necessariamente un'istanza giurisdizionale dotata, quanto all'interpretazione della Costituzione, dell'autorità di parlare «before all others for their constitutional ideals»⁵⁴. L'opinione della Corte, tuttavia, non è unanime e anzi il passo citato viene aspramente stigmatizzato nel vibrante – e al tempo stesso ironico – *dissent* del giudice Scalia. Egli ricorda chiaramente i timori verso un giudiziario esorbitante che potrebbe mettere a rischio la democrazia americana: «The Imperial Judiciary lives. It is instructive to compare this Nietzschean vision of us unelected, life-tenured judges – leading a Volk who will be “tested by following,” and whose very “belief in themselves” is mystically bound up in their “understanding” of a Court»⁵⁵.

Nonostante queste autorevoli voci di dissenso, la *judicial supremacy* ha trovato conferma anche in alcune importanti pronunce più recenti, fra le quali non si possono omettere di ricordare *United States v. Morrison*, in cui la Corte ribadisce il suo ruolo di «ultimo interprete del testo costituzionale»⁵⁶, e il caso *Boumediene* ove il principio viene giustificato sia sulla base del *rule of law* sia sulla base della stessa dottrina della *separation of powers*⁵⁷.

⁵³ 505 U.S. 833 (1992).

⁵⁴ 505 U.S. 833, 868 (1992): «the legitimacy of the Court must be earned over time. So, indeed, must be the character of a Nation of people who aspire to live according to the *rule of law*. Their belief in themselves as such a people is not readily separable from their understanding of the Court invested with the authority to decide their constitutional cases and *speak before all others* for their constitutional ideals» (enfasi aggiunta).

⁵⁵ 505 U.S. 833, 996 (1992).

⁵⁶ Questo è il passo, 529 U.S. 598, 616, nota 7 (2000): «No doubt the political branches have a role in interpreting and applying the Constitution, but ever since *Marbury* this Court has remained the *ultimate expositor of the constitutional text*» (enfasi aggiunta).

⁵⁷ Così affermava, nell'opinione di maggioranza, il giudice Kennedy, *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008): «To hold that the political branches may switch the Constitution on or off at will would lead to a regime in which they, not

La dottrina della *judicial supremacy*, oltre al supporto della citata giurisprudenza, poté giovare, per lungo tempo, anche del sostegno dell'opinione pubblica, come dimostrano del resto i risultati di una ricerca condotta da Neal Devins e Louis Fisher⁵⁸. Non a caso, quando l'*Attorney General* dell'Amministrazione Reagan Edwin Meese⁵⁹ sostenne che le decisioni della Corte Suprema non erano vincolanti nei confronti di ogni funzionario o di ogni organo dell'Amministrazione, giornalisti ed editorialisti della grande stampa americana, rappresentanti della *American Bar Association* e associazioni a tutela dei diritti civili gridarono allo scandalo⁶⁰. E non solo loro, visto che Laurence Tribe, *Tyler Professor of Constitutional Law* ad Harvard, contro la posizione della Casa Bianca sostenne apertamente la tesi della *judicial supremacy*, richiamandosi proprio al *rule of law*, che risulterebbe tradita da un approccio come quello dell'*Attorney General* perché condurrebbe a un regime in cui ogni autorità pubblica si svincola dal rispetto della legge, facendo venir meno «the civilizing hand of a uniform interpretation of the Constitution»⁶¹.

this Court, say “what the law is.”». Si tratta del caso che è stato già esaminato tanto con riguardo al tema del *jurisdiction stripping*, quanto alla questione della derogabilità della giurisdizione del potere giudiziario federale a favore di organi incardinati nell'esecutivo. In proposito, si veda *supra*, § 2.III.1.2 e § 2.III.2.3.

⁵⁸ N. DEVINS, L. FISHER, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, in *Virginia Law Review*, Vol. 84-1/1998, p. 83, nota 2, invero decisamente avversi a tale dottrina, non nascondono un tono scandalizzato, riportando che «In a 1987 survey conducted by the Hearst Corporation and reported in the Washington Post, six out of ten respondents identified the Supreme Court as the “final authority on constitutional change.” For the Post, those six were “correct”».

⁵⁹ Per la posizione dell'*Attorney General*, si veda il suo articolo, E. MEESE, III, *The Law of the Constitution*, in *Tulane Law Review*, n. 61/1987, p. 979 ss.

⁶⁰ N. DEVINS, L. FISHER, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, cit., p. 83, nota 2, ove si riferisce come Meese sostenne che i pronunciamenti della Corte non dovevano considerarsi «binding on all persons and parts of government».

⁶¹ Secondo Tribe la posizione dell'*Attorney General* rappresentava, infatti, «a grave threat to the rule of law because it proposes a regime in which every lawmaker and every government agency becomes a law unto itself, and the civilizing hand of a uniform interpretation of the Constitution crumbles» (S. TAYLOR, JR., *Liberties Union Denounces Meese*, in *The New York Times*, 24 ottobre 1986, p. A17, col. 1, come riportato in S. LEVINSON, *Perspective on the Authoritativeness of Supreme Court Decision: Could Meese Be Right This Time?*, in *Tulane Law Review*, n. 61/1987, p. 1074).

Ma, già a quel tempo, Sanford Levinson celebrava la posizione dell'*Attorney General* come espressione di “protestantesimo” costituzionale⁶². L'allusione era a un accattivante modello costituzionale in cui tutti gli attori della vita civile, politica e sociale sono chiamati a dare vita alle parole della Costituzione, in contrapposizione a un costituzionalismo di stampo “cattolico” nel quale esisterebbe un interprete *ex cathedra* dei testi normativi⁶³.

Naturalmente, anche oggi esistono numerosi sostenitori della *judicial supremacy*⁶⁴, a partire proprio da Lawrence Tribe, che, per la po-

⁶² S. LEVINSON, *Perspective on the Authoritativeness of Supreme Court Decision*, cit., p. 1071.

⁶³ Sulla contrapposizione tra costituzionalismo “cattolico” e “protestante”, si veda l'affascinante riflessione di S. LEVINSON, *Constitutional faith*, Princeton (N.J.), 1988, che, p. 44, definisce il secondo come quello in cui «the community [is] joined together in basically egalitarian discussion of the meaning (and demands) of the relevant materials», mentre, con riferimento al primo, p. 26, afferma che «The United States, jurisprudentially, is a distinctly “catholic” country in the sense that the public at large seems to accord a papal-like authority to pronouncements of the Court». L'autore aveva già sottolineato la contrapposizione in S. LEVINSON, *Perspective on the Authoritativeness of Supreme Court Decision*, cit., p. 1072, dove si chiedeva: «is the judiciary – and particularly the Supreme Court – the ultimate interpreter of the Constitution? Or, as a constitutional protestant might put it, is interpretation the province of all those who profess what might be termed the constitutional faith?». E più oltre, p. 1076: «there is a profound difference between the rule of law and submission to any particular institution's understanding of what the law requires, unless of course one adopts a catholic view of law, which identifies it with the utterances of a specific institution». Per finire, p. 1078: «If liberals do in fact believe that individuals should not be bound by the dictates of a rigidly hierarchical order in matters of religion, they might ask themselves why they should accept a similar structure within the American constitutional order». È curioso annotare che anche R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA), 1986, p. 413, chiudeva la sua celebre trattazione sull'impero del diritto richiamando, in un senso abbastanza simile, la tradizione protestante: «It is a protestant attitude that makes each citizen responsible for imagining what his society's public commitments to principle are, and what these commitments require in new circumstances».

⁶⁴ Secondo D. E. JOHNSON, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 106, «Judicial supremacy is unquestionably the dominant view in United States law, politics, and society, including among lawyers, who study, teach, and practice law almost entirely from the perspective of judicial doctrine». Anche per L. D. KRAMER, *The Supreme Court, 2000 Term*, cit., p. 6 s., che muove però da una posizione dipartimentalista, «It seems fair to say that, as a descriptive matter, judges, lawyers, politicians, and the general public today accept the principle of ju-

sizione di eminenza rivestita nella dottrina costituzionalistica americana, vale la pena di citare nuovamente, stavolta dal suo popolarissimo manuale, nel quale, per la verità, egli non nega affatto che lo stesso potere esecutivo sia depositario del compito di dare esecuzione al diritto secondo una propria visione della Costituzione. Ma tale discrezionalità può estendersi «so long as the Executive does not thereby usurp the role of the Article III Judiciary as the ultimate expositor of the Constitution in actual cases and controversies»⁶⁵.

Tuttavia, la posizione dei sostenitori della *judicial supremacy* può considerarsi sostanzialmente recessiva nella dottrina americana⁶⁶, ancorché non si possa dire se sia divenuta minoritaria. In effetti, come si è appena visto, qualche forma di capacità interpretativa della Costituzione, in capo a Congresso e Presidente, non è negata nemmeno dai sostenitori della *judicial supremacy*, cosicché i confini tra le due dottrine non sono sempre chiari⁶⁷. Secondo autorevoli studiosi, del resto, le afferma-

dicial supremacy – indeed, they assume it as a matter of course. I am certain that the vast majority of law professors also shares this view».

⁶⁵ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, III ed., vol. I, New York, 2000, p. 726. Si veda anche, tra gli altri, in difesa della *judicial supremacy*: L. ALEXANDER, F. SCHAUER, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, n. 110-7/1997, p. 1387; D. A. FARBER, *The Supreme Court and the Rule of Law: Cooper v. Aaron Revisited*, in *University of Illinois Law Review*, n. 2/1982, p. 387 ss.

⁶⁶ Si veda nuovamente D. E. JOHNSON, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 106, secondo cui «Legal scholars across the ideological spectrum increasingly endorse roles for the President and Congress and processes for constitutional interpretation that are less dominated by the courts». Secondo K. E. WHITTINGTON, *Extrajudicial Constitutional Interpretation*, cit., p. 848, ora «judicial supremacy, at least in the strong form some times envisioned by the Court and commentators, is unlikely to ever exist in practice». Per S. G. CALABRESI, C. S. YOO, *The Unitary Executive During the First Half Century*, in *Case Western Reserve Law Review*, n. 47-4/1997, p. 1465, «judicial supremacy has been rejected by a veritable all-star list of constitutional scholars». F. B. CROSS, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, in *Cornell Law Review*, n. 85/2000, p. 1533, nota 20: «Departmentalism now appears at some level to reflect the consensus view among serious scholars of the Constitution».

⁶⁷ D. E. JOHNSON, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 110: «Some academic commentators declare that we all are judicial supremacists [...] while others contend that judicial supremacy, at least as the Court envisions it, does not exist, [...] and that we all are departmentalists. [...] Some of the apparent disparity actually reflects the use of different definitions or a focus on different groups».

zioni più forti della Corte Suprema nella citata giurisprudenza devono essere considerate alla stregua di una «extreme version of judicial supremacy», che viene definita «interpretive supremacy», perché, sulla base di essa, il giudiziario finisce per arrogarsi non solo il potere di interpretare la Costituzione, che non è in discussione in sé e per sé, ma altresì il diritto esclusivo di enunciarne inconfutabilmente un significato che sia capace di imporsi autoritativamente nei confronti di tutte le *branches of government*⁶⁸. Si tratta di posizioni critiche assai diffuse tra i costituzionalisti americani, tant'è vero che il prof. Michael Stokes Paulsen già nel 1994 poteva provocatoriamente chiedere: «Will nobody defend judicial supremacy anymore?»⁶⁹.

Lo spazio lasciato libero dall'assottigliarsi del numero dei fautori della supremazia giudiziaria nell'interpretazione del diritto non è integralmente occupato dai sostenitori dell'opposta visione, quella cosiddetta dipartimentalista, ancorché quest'ultima sia senza dubbio l'alternativa alla *judicial supremacy* più significativa sul piano storico e teorico⁷⁰. Molti, infatti, sono i sostenitori di una visione intermedia improntata al cosiddetto *constitutional dialogue*, in base al quale il significato della Costituzione viene continuamente rimodellato all'interno di un dialogo tra i diversi *departments*, in modo che ogni riformulazione tenga conto di quelle proposte dagli altri⁷¹.

⁶⁸ E infatti: «it is not only emphatically the judiciary's duty to say what the Constitution means, but it is also the exclusive right of the judiciary to say what the Constitution means» (S. PRAKASH, J. YOO, *Against Interpretive Supremacy*, cit., p. 1550).

⁶⁹ M. S. PAULSEN, *Protestantism and Comparative Competence: A Reply to Professors Levinson and Eisgruber*, in *Georgetown Law Journal*, n. 83/1994, p. 385. Qualche autore può essere aggiunto a quello di Paulsen al fine di attestare la popolarità accademica di tali critiche alla *judicial supremacy*: N. DEVINS, L. FISHER, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, cit., p. 83 ss.; S. LEVINSON, *Perspective on the Authoritativeness of Supreme Court Decision*, cit., p. 1071 ss.; R. F. NAGEL, *Unrestrained*, cit.

⁷⁰ K. E. WHITTINGTON, *Extrajudicial Constitutional Interpretation*, cit., p. 782.

⁷¹ Si vedano in proposito L. FISHER, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton (N.J.), 1988, e B. FRIEDMAN, *Dialogue and Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, n. 91-4/1993, p. 577 ss. A questi autori si aggiunga anche M. W. MCCONNELL, *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores*, in *Harvard Law Review*, n. 111/1997, p. 172, che parla di approccio dialogico tra Corte e Congresso quanto all'interpretazione costituzionale.

Eppure, la corrente dipartimentalista in senso proprio ha ampia eco nella dottrina⁷². Essa richiede che tutte e tre le *branches of government* in cui è suddiviso il potere federale siano implicate nell'interpretazione della Costituzione e che nessuna branca possa vincolare in via definitiva le altre alla propria interpretazione, salvo che queste non decidano di adeguarsi spontaneamente⁷³. Tra le posizioni dipartimentaliste, oltre a quella già citata del Prof. Paulsen, che spicca per il suo radicalismo⁷⁴, può essere richiamata quella dei professori Prakash e Yoo, secondo i quali ciascuno dei tre *departments*, nell'esercizio del potere ad esso attribuito, ha eguale dignità e medesima responsabilità degli altri nell'interpretazione e nell'applicazione della Costituzione⁷⁵. Benché questa affermazione sia talora temperata dalla considerazione che una simile parificazione della funzione interpretativa valga solo per i *judgments* della Corte e non anche per le sue *opinions*, nondimeno alla prova dei fatti, anche ove attenuate, le posizioni dipartimentaliste conducono invariabilmente a

⁷² J. M. PICKERILL, *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, cit., p. 110: «an increasing number of scholars make both normative and empirical claims regarding the elaboration of constitutional meaning by political officials». Si veda, in particolare, W. F. MURPHY, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, in *The Review of Politics*, n. 48-3/1986, p. 401 ss.

⁷³ D. E. JOHNSEN, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 106, definisce il dipartimentalismo quale dottrina «which recognizes the authority of each federal branch or “department” to interpret the Constitution independently» e precisa che «the dominant strong form [...] emphasizes near-plenary authority for each branch to act on its own constitutional views». Per K. E. WHITTINGTON, *Extrajudicial Constitutional Interpretation*, cit., p. 783, secondo una tale prospettiva, «each branch, or department, of government has an equal authority to interpret the Constitution in the context of conducting its duties» al punto che ciascun dipartimento deve considerarsi «supreme within its own interpretive sphere». Per R. C. POST, R. B. SIEGEL, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in *California Law Review*, n. 92-4/2004, p. 1031, per dipartimentalismo si intende «the view that each of the three branches of the federal government possesses independent and coordinate authority to interpret the Constitution».

⁷⁴ Sulla base di essa, infatti, il Presidente sarebbe sempre autorizzato a sottrarsi agli ordini della Corte Suprema. Sul punto, si veda D. E. JOHNSEN, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 112.

⁷⁵ In particolare: «the Constitution does not crown any branch supreme in the interpretation of the Constitution [...]. We believe that each branch, in the course of exercising its powers, has an *equal responsibility to interpret the Constitution* and to act consistent with their own reading of it» (S. PRAKASH, J. YOO, *Against Interpretive supremacy*, cit., p. 1539 ss.; enfasi aggiunta).

enfaticamente la libertà d'azione dei poteri politici e, fra di essi, in modo particolare il Presidente, a discapito della forza vincolante delle pronunce della Corte Suprema⁷⁶.

La dottrina del dipartimentalismo viene giustificata, dai suoi seguaci, evocando alcuni episodi significativi della storia del costituzionalismo americano. Viene spesso ricordato, ad esempio, che il Presidente Andrew Jackson (1829–1837), a fronte della sentenza della Corte Marshall⁷⁷ che gli impediva di procedere alla deportazione di alcune tribù indiane dalla Georgia, avrebbe chiosato con tono di sfida: «John Marshall ha preso la sua decisione, ora gli resta di farla rispettare»⁷⁸. Con ciò Jackson avrebbe implicitamente affermato che egli rispettava la sentenza della Corte Suprema ma che, in qualità di capo dell'esecutivo, non avrebbe provveduto

⁷⁶ La distinzione tra *judgments* e *opinions* nell'applicazione delle teorie dipartimentaliste è piuttosto frequente: J. HARRISON, *The Role of the Legislative and Executive Branches in Interpreting the Constitution*, in *Cornell Law Review*, n. 73/1988, p. 371 ss.; G. LAWSON, C. D. MOORE, *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, in *Iowa Law Review*, n. 81/1996, p. 1267 ss.; E. A. HARTNETT, *A Matter of Judgement, not a Matter of Opinion*, in *New York University Law Review*, n. 74/1999, p. 123 ss. Il famoso dipartimentalista M. S. PAULSEN, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, in *Georgetown Law Journal*, n. 83/1994, p. 217 ss., si è però opposto ad una tale distinzione. Essa è invece accolta da S. PRAKASH, J. YOO, *Against Interpretive supremacy*, cit., p. 1541. Prakash e Yoo, tuttavia, denunceranno (p. 1554) come esercizio di *judicial supremacy* da parte della Corte Suprema le sentenze – *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) e *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004) – con le quali questa afferma la competenza della giurisdizione federale circa il controllo sullo status di *enemy combatants* dei prigionieri di guerra detenuti a Guantanamo Bay, sentenze che abbiamo già considerato, *supra*, § 2.III.2.3, con riferimento alle deroghe alla giurisdizione del giudiziario federale a favore di organi dipendenti dall'esecutivo. In tali ipotesi la censura ai poteri politici, tanto al Congresso quanto al Presidente, che avevano sottratto alla giurisdizione delle corti federali i detenuti a Guantanamo, era contenuta nei *judgments* e non solo nelle *opinions* della Corte. Ciò rivela che, partendo da una posizione dipartimentalista, la Corte non avrebbe dovuto ingerirsi nelle decisioni degli altri organi e le sue decisioni, nel *judgment* o nell'*opinion*, non dovrebbero vincolare gli altri poteri.

⁷⁷ *Worcester v. The State of Georgia*, 31 U.S. 515 (1832).

⁷⁸ La traduzione è mia. Per il testo in lingua originale («John Marshall has made his decision, now let him enforce it») e in generale sulla vicenda storica si vedano: D. G. LOTH, *Chief Justice: John Marshall and the Growth of the Republic*, New York, 1949, p. 365 ss.; G. E. WHITE, *The Marshall Court and Cultural Change, 1813-35*, New York, 1988.

a cooperare alla sua attuazione, mantenendo fermi, dunque, i propositi dell'amministrazione.

A riprova della presenza di una longeva tradizione dipartimentalista, vengono frequentemente citati altri due casi, risalenti alla Guerra Civile, che coinvolsero il Presidente Lincoln, repubblicano, unionista ed antischiavista e il *Chief Justice* Taney, democratico e accusato di avere posizioni filoschiaviste e filoconfederali.

Il primo di questi due conflitti si ebbe in seguito alla famigerata sentenza *Dred Scott*⁷⁹ con cui la Corte Taney garantì copertura costituzionale alla schiavitù negli Stati Uniti. Il Presidente Lincoln accettò la sentenza con riguardo al caso specifico ma nondimeno la contrastò esplicitamente e sostenne la libertà dei cittadini di propugnare un'opposta visione nonché la libertà delle istituzioni politiche di assumere misure in contrasto con la pronuncia della Corte⁸⁰.

Il secondo caso è il celeberrimo *Ex parte Merryman*⁸¹, in cui il *Chief Justice* Taney, in qualità di presidente di corte di circuito, aveva dichiarato illegittima la sospensione dell'*habeas corpus*⁸² decretata dal Presidente Lincoln, ordinando la liberazione di Merryman, un militare confederale colto in atti di sabotaggio delle operazioni belliche unioniste. Ma il Presidente Lincoln rifiutò di adempiere all'ordine della Corte, impedendo al *marshall*, inviato dal giudice perché fosse data esecuzione al provvedimento, di entrare nell'accampamento militare ove era recluso

⁷⁹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Si noti che tale pronuncia in difesa della schiavitù è anche la prima pronuncia nella quale inequivocabilmente la Corte Suprema dichiara costituzionalmente illegittimo un atto di rango legislativo. Si trattava del famosissimo *Missouri Compromise*, accordo tra stati schiavisti e non, che consentiva la schiavitù, quanto ai nuovi territori dell'Ovest, soltanto a sud del 36,30° parallelo, con l'eccezione del costituendo stato del Missouri. Per un'analisi della sentenza nell'ottica della contrapposizione tra dipartimentalismo e *judicial supremacy*, si veda M. A. GRABER, *The Nonmajoritarian Difficulty*, cit., p. 35 ss.

⁸⁰ A. LINCOLN, *Sixth Debate with Stephen A. Douglas*, 13 ottobre 1858, Quincy (IL), in *The Collected Works Of Abraham Lincoln*, ed. a cura di R. P. BASLER, New Brunswick (N.J.), vol. III, 1953, p. 245 e 255: «We do not propose that when Dred Scott has been decided to be a slave by the court, we, as a mob, will decide him to be free [...]. But we nevertheless do oppose that decision as a political rule which shall be binding on the voter, to vote for nobody who thinks it wrong, which shall be binding on the members of Congress or the President to favor no measure that does not actually concur with the principles of that decision».

⁸¹ 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861).

⁸² Per il più recente caso di sospensione dell'*habeas corpus*, si veda *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), già commentato *supra*, § 2.III.2.3.

Merryman. Lincoln, che pure aveva cercato vanamente di far ratificare il suo operato dal Congresso, giustificò il suo rifiuto con la famosa domanda: «Devono forse tutte le leggi, eccetto una, rimanere inapplicate, e così il governo stesso andare in frantumi, piuttosto che una sola essere violata?»⁸³. Si tratta quasi certamente del caso più lampante nel quale un Presidente si è volontariamente sottratto all'applicazione di un ordine proveniente dal giudiziario federale.

Tuttavia, a prescindere da ogni altra valutazione circa la possibilità stessa di desumere da questi eventi storici l'esistenza di una tradizione dipartimentalista ancora oggi attuale, occorre notare che in epoca più recente tutti i Presidenti hanno costantemente ottemperato alle pronunce della Corte Suprema, anche quando contrarie alle politiche presidenziali. Ciò è avvenuto, per citare solo alcuni esempi: in occasione della *steel seizure*, disposta dal Presidente Truman a garanzia delle operazioni belliche in corso e annullata nella sentenza *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*⁸⁴; nel caso della desegregazione razziale durante il mandato del Presidente Eisenhower, che diede esecuzione a *Brown v. Board of Education* nonostante fosse assai scettico nel merito⁸⁵; quando Richard Nixon ottemperò all'ordine della Corte Suprema di consegnare le registrazioni sul *Watergate* (e quindi si dimise)⁸⁶; quando, infine, Bill Clinton ottemperò alla pronuncia della Corte Suprema che negava godesse di un'immunità rispetto alle cause civili⁸⁷. È dunque assai più frequente, nella condotta presidenziale, riscontrare un atteggiamento sostanzialmente deferente nei confronti dell'autorità interpretativa della Corte Suprema. Atteggiamento che autori del calibro di Johnsen considerano «conforme

⁸³ La traduzione del testo è mia. Il testo in lingua originale è riportato in A. LINCOLN, *Message to Congress*, in *The Collected Works of Abraham Lincoln*, vol. IV, Rockville (MD), 2008 (1953), p. 430: «are all the laws, but one, to go unexecuted, and the Government itself go to pieces, lest that one be violated?».

⁸⁴ 343 U.S. 579 (1952). Tra gli innumerevoli interventi a proposito del famosissimo caso, si veda E. S. CORWIN, *The Steel Seizure Case: A Judicial Brick Without Straw*, in *Columbia Law Review*, n. 53-1/1953, p. 53 ss.

⁸⁵ In merito si veda la sentenza *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), e S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, p. 333.

⁸⁶ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

⁸⁷ In seguito all'esclusione dell'immunità, Clinton si trovò costretto a deporre sotto giuramento, affermando falsamente di non aver intrattenuto rapporti sessuali con la Lewinsky; ciò che lo condusse in seguito all'*impeachment*. Vedi *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997).

alla generale separazione dei poteri» proprio in quanto rispettoso delle statuizioni assunte dal giudiziario in forza della sua indipendenza⁸⁸.

Paradossalmente, la stessa dottrina della separazione dei poteri viene evocata, con opposto intendimento, anche dai sostenitori delle tesi dipartimentaliste, per mettere in discussione la capacità del giudiziario di imporre la propria interpretazione della Costituzione agli altri dipartimenti in cui il potere federale è suddiviso. Così è stato affermato che il sostegno dei dipartimentalisti all'autonomia interpretativa di ogni *department* affonda le sue radici proprio nella dottrina della separazione dei poteri⁸⁹. D'altro canto, anche Presidente e Congresso sono tenuti a rispettare e dare attuazione alla Costituzione, di guisa che la dottrina della separazione dei poteri implicherebbe che ciascuna branca del potere, all'interno del proprio dipartimento, si impegni autonomamente in tale esercizio di fedeltà costituzionale senza interferenze di sorta⁹⁰. Ponendo l'accento sui limiti rigidi che sarebbero posti a difesa dei confini dei tre dipartimenti si finisce dunque per ridimensionare il ruolo del giudiziario o, quantomeno, per contestare il fondamento della *judicial supremacy*. È facile concludere che, aderendo a una versione dipartimentalista – e per ciò stesso formalista⁹¹ – della separazione dei poteri, si può giungere a mettere in di-

⁸⁸ D. E. JOHNSEN, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 126.

⁸⁹ D. E. JOHNSEN, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 117: «Departmentalism's support for political branch interpretive independence is rooted in the separate and coordinate status of the three branches, or "departments"». Si veda anche l'autorevole opinione, riportata dallo stesso Johnsen, di A. R. AMAR, *Architexture*, in *Indiana Law Journal*, n. 77/2002, p. 692 s.: «the general architexture of these three articles would seem to imply a basic coequality among the three departments...Had the document been designed to privilege the Supreme Court over all other entities – to affirm not merely judicial review but judicial supremacy – surely it should have highlighted such an important point prominently and explicitly.... [A]lthough the Constitution makes the Supreme Court supreme over inferior courts within its own branch, it nowhere explicitly raises the Court above coordinate legislative and executive departments».

⁹⁰ Si veda ancora D. E. JOHNSEN, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 117, secondo cui «Emphasis on the independent status of the branches, and the perceived need to maintain rigid lines and rules, leads many self described departmentalists to positions of absolute or near-absolute interpretative autonomy for each branch in the exercise of its responsibilities».

⁹¹ Infatti D. E. JOHNSEN, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation*, cit., p. 117, sostiene: «Departmentalism [...] has come to be associated with a strong and formalistic interpretive approach».

scussione il ruolo, la forza e, indirettamente, la stessa indipendenza del potere giudiziario.

4. La polemica contro l'attribuzione ai giudici del potere di *judicial review* sulle leggi.

Nelle pagine precedenti sono stati descritti alcuni degli attacchi che, da vari punti di vista e in diversa misura, mettono in dubbio il prestigio e la centralità del giudiziario americano. Resta da analizzare quello che, a mio giudizio, può essere definito l'attacco frontale al ruolo del giudiziario, in quanto diretto a colpire la fondamentale funzione di *judicial review* delle leggi, di cui l'ordinamento costituzionale americano costituisce il primo esempio e per molti versi il modello.

Oggi, invece, come avverte Lawrence Sager, sono ormai molteplici le proposte volte nientemeno che ad abolire la *judicial review*⁹², sicché, proprio nella patria che ha dato origine al controllo di costituzionalità delle leggi, questo fondamentale *acquis* del giudiziario pare conoscere negli ultimi tempi una stagione piuttosto buia, sia per la minore popolarità di cui lo strumento gode nell'opinione pubblica, sia per alcune recenti prese di posizione della dottrina volte a metterne in discussione la stessa ragion d'essere.

La critica al controllo di costituzionalità delle leggi, in verità, non è affatto nuova, dal momento che esistono autorevoli obiezioni risalenti al tempo in cui la *judicial review* cominciò a essere esercitata. Basti pensare all'articolo, destinato a suscitare grande influenza, che James Bradley Thayer pubblicò nel 1893 per sostenere che il legislatore – e non il giudice – debba essere considerato il primo arbitro della Costituzione⁹³. A ciò si aggiunga che, anche quando la funzione del controllo di costituzionalità non era soggetta a critiche particolarmente veementi, la dottrina e la giurisprudenza americane si preoccupavano comunque di sottolineare che il riconoscimento alle corti di una funzione così preminente non potesse che essere accompagnato da un rigoroso *self restraint*, elemento in-

⁹² L. G. SAGER, *Justice in Plainclothes*, cit., p. 4.

⁹³ J. B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, n. 7/1893, p. 129 ss. Thayer, comunque, si limita a ridurre lo spazio del controllo giudiziario di costituzionalità ma non lo esclude del tutto.

defettibile per il suo corretto esercizio. In altri termini, per usare l'espressione resa famosa dal celeberrimo libro di Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, vi è sempre la necessità che il lavoro dei giudici, volto – come dev'essere – a far prevalere i valori profondi e duraturi della società americana, sia improntato al principio della *prudence*⁹⁴. Sulla base di queste premesse, Alexander Bickel aveva avvertito che la «the *judicial review* is a deviant institution in American democracy»⁹⁵. Non deve pertanto sorprendere che la Corte Suprema e, più in generale, il giudiziario federale abbiano fatto un uso molto prudente e contenuto della *judicial review*. Si calcola infatti che, tra il 1789 ed il 2000, siano state dichiarate incostituzionali dal giudiziario federale solo 160 disposizioni approvate dal Congresso federale⁹⁶.

Benché le critiche al controllo di costituzionalità non costituiscano dunque una novità assoluta, quelle diffuse nella dottrina costituzionalistica americana negli ultimi venti o trent'anni hanno nondimeno natura molto diversa e si distinguono altresì per la loro radicalità.

Anzitutto tali attacchi, diversamente da quelli che si richiamano a teorie originaliste e dipartimentaliste, provengono in linea di massima dai settori più progressisti della dottrina americana⁹⁷, come non ha dimenticato di notare lo stesso Tribe⁹⁸. Questa sorta di polarizzazione ideologica

⁹⁴ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven (CT), 1986 (1962). Tale approccio non sembrerà però condiviso da R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 369, il quale, un quarto di secolo dopo Bickel, a chi sostiene che «Passive justices [...] show great deference to the decisions of other branches of government» replicherà che tale posizione «means allowing state and national legislatures the last word in this issues».

⁹⁵ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis (IN), 1962, p. 18.

⁹⁶ I dati sono riportati da R. A. BRISBIN, JR., *The Judiciary and the Separation of Powers*, in K. L. HALL, K. T. MCGUIRE (a cura di), *The Judicial Branch*, Oxford (U.K.) – New York, 2005, p. 95.

⁹⁷ Anche se non mancano autori di orientamento conservatore che sposano questo filone. Tra le figure estranee al mondo *liberal*, spiccano quelle di R. A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge (MA), 2001, p. 15 ss., dell'University of Chicago Law School, e A. VERMEULE, *Judicial Review and Institutional Choice*, in *William & Mary Law Review*, n. 43-4/2002, p. 1557 ss., professore ad Harvard.

⁹⁸ Si veda L. H. TRIBE, *The People's Court*, in *The New York Times*, 24 ottobre 2004 (in www.nytimes.com): «Attacks like these used to come mostly from conservative quarters: in fierce resistance to “judicial supremacy” when the court outlawed segregation; in the cries of “Impeach Earl Warren!” as the court put procedural handcuffs on once-routine police abuses; and in denunciations of “judicial activ-

della critica alla *judicial review* è stata probabilmente alimentata dalla composizione e dalla giurisprudenza della Corte Suprema, che, negli ultimi lustri, si possono pacificamente considerare conservatrici. Dopo le corti presiedute, dal 1953 al 1969, da Earl Warren e, dal 1969 al 1986, da Warren Burger, di impostazione marcatamente *liberal*⁹⁹, sono infatti succedute, dal 1986 al 2005, la corte Rehnquist e, dal 2005, quella tutt'ora in carica del *Chief Justice* Roberts Jr.¹⁰⁰. Le ultime due corti, a seguito delle nomine del Presidente Reagan e dei due Presidenti Bush, rivelano un orientamento marcatamente più conservatore e, soprattutto, sono autrici di alcune delle *bêtes noires* dei *liberals* americani, come *Bush v. Gore*¹⁰¹, *Heller*¹⁰² o *Citizen United*¹⁰³.

ism,” when the court began protecting reproductive freedom. Today, though, the Supreme Court comes under attack mostly from the left».

⁹⁹ Quanto alla Corte Warren, alla Corte Burger e al loro orientamento *liberal* si veda *supra*, § 2.I.2.

¹⁰⁰ La Presidenza Roberts è ancora breve – e destinata a durare a lungo visto la giovane età del *Chief Justice* che aveva cinquant'anni al momento della nomina – ma comprende una serie assai significativa di pronunciamenti. Basti ricordare *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), sull'estensione del diritto di portare armi, o *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 50 (2010), in materia di comunicazioni politiche durante le campagne elettorali. Invero costituisce una novità la recente sentenza, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. n. 11/593 (2012), in materia di sistema sanitario (*Patient Protection and Affordable Care Act*, Pub. L. No. 111-148, 124 Stat. 119 (2010), emendato dal *Health Care and Education Reconciliation Act* del 2010, Pub. L. No. 111-152), che ha riconosciuto la legittimità costituzionale della parte più rilevante della contestata riforma sanitaria voluta dal Presidente Obama con una sentenza 5 a 4 in cui la maggioranza era costituita dai 4 giudici *liberal* cui si è aggiunto proprio il *Chief Justice*.

¹⁰¹ 531 U.S. 98 (2000), assegnò la presidenza degli Stati Uniti a Bush Jr., con una decisione a maggioranza aspramente criticata in dottrina. Si veda, a titolo esemplificativo S. LEVINSON, *Bush v. Gore and the French Revolution: A Tentative List Some Early Lessons*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 65-3/2002, p. 28, secondo cui la sentenza «further entrenches the monarch-like status of the United States Supreme Court as “ultimate constitutional interpreter,” with a monarch-like royal prerogative to ignore ordinary legal restraints when necessary to protect the public good».

¹⁰² *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), è il caso in cui la Corte Suprema, per la prima volta, deduce chiaramente ed esplicitamente dal II emendamento della costituzione americana il diritto di portare armi.

¹⁰³ In *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 50 (2010), la Corte, con una decisione 5 a 4, ha stabilito che il Primo Emendamento impedisce ogni restrizione alla libertà di spese per comunicazioni a contenuto politico di socie-

Anche come reazione a tali pronunce conservatrici, si è diffuso nella dottrina costituzionalistica americana il cosiddetto *popular constitutionalism*, finalizzato a ridare ai cittadini quel ruolo di interpreti della Costituzione che fino ad allora sarebbe stato svolto dalle sole corti in forma liturgica ed elitaria.

Per citare i più autorevoli esponenti di tale corrente, basti ricordare il Prof. Mark Tushnet e il Prof. Cass Sunstein, entrambi di Harvard, e il Prof. Larry Kramer, di Stanford¹⁰⁴. Il primo ha dato alle stampe nel 1999 *Taking the Constitution Away from the Courts*¹⁰⁵, il cui significato è ben riassunto nel titolo. Dopo aver argomentato la sua posizione contraria alla supremazia del giudiziario e favorevole alla possibilità per i cittadini di difendere direttamente i diritti costituzionali loro riconosciuti, Tushnet conclude scagliandosi contro il controllo di costituzionalità delle leggi e rivendicando un diritto costituzionale liberale fondato sulla mobilitazione sociale. Più moderata appare la posizione di Sunstein, che, nel suo *One case at a time* del 1999, si limita a invocare un minimalismo giudiziario da parte delle corti in generale e della Corte Suprema in particolare¹⁰⁶. Ma il significato politico della sua proposta – fermare la Corte conservatrice – emerge chiaramente se si esamina il capitolo che l'Autore dedica a colui che a ragione viene considerato il

tà commerciali e sindacati, di fatto travolgendo il sistema di limitazioni ai finanziamenti privati per le campagne elettorali.

¹⁰⁴ Alla lista sopra riportata, tra gli scettici di orientamento *liberal* nei confronti della *judicial review* vanno aggiunti un altro professore di Harvard, M. J. KLARMAN, *What's So Great About Constitutionalism?*, in *Northwestern University Law Review*, n. 93/1998, p. 145 ss., ed uno della New York University School of Law, J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford (N.Y.), 1999. Vi è poi chi arriva a conclusioni analoghe muovendo dal rifiuto della *judicial supremacy*. È il caso del professor Paulsen che rigetta *in toto* la *judicial supremacy* e con essa la *judicial review*. Si veda M. S. PAULSEN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 217 ss.

¹⁰⁵ M. V. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton (N.J.), 1999.

¹⁰⁶ C. R. SUNSTEIN, *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (MA), 1999. Dello stesso Autore, si veda anche C. R. SUNSTEIN, *Judges and Democracy: The Changing Role of the United States Supreme Court*, in K. L. HALL, K. T. MCGUIRE (a cura di), *The Judicial Branch*, Oxford (U.K.) – New York, 2005, p. 32: «Deferential, restrained decisions can easily be understood as supportive of democracy, in that they represent an effort by the Court to give democratically elected officials a high degree of flexibility in performing their duties. Other judicial decisions invalidate government actions; these decisions are often described as *activist*».

campione dei conservatori tra i giudici della Corte Suprema, ossia il *Justice Antonin Scalia*, il quale è accusato di essere l'esempio più lampante di massimalismo giudiziario¹⁰⁷. Infine Kramer, nel suo *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* del 2004¹⁰⁸, offre una ricostruzione storica alternativa a quella che abitualmente riconduce l'affermazione del *judicial review* in America al pensiero dei *framers* e al periodo nel quale essi operavano¹⁰⁹, con lo scopo, in definitiva, di contestarne le origini e il fondamento.

Ricordando la teoria di Bruce Ackerman, per cui le svolte costituzionali dell'ordinamento americano sarebbero dovute a movimenti di massa (come quello a supporto del New Deal), Kramer propone di sottrarre la Costituzione alle corti per riconsegnarla nelle mani del popolo, inteso come la sede vivente dei movimenti e delle organizzazioni politiche¹¹⁰.

Già da questa breve illustrazione emerge chiaramente che il pensiero portante della corrente dottrinale in questione mira al cuore della *judicial review*, contestandone *ab imis* il fondamento storico e costituzionale, sebbene non manchino anche posizioni più morbide, come quella di Choper, che mette in discussione il controllo giudiziale delle leggi solamente con riguardo a certi settori dell'ordinamento¹¹¹.

¹⁰⁷ C. R. SUNSTEIN, *One case at a time*, cit., p. 209 ss.

¹⁰⁸ L. D. KRAMER, *The People Themselves*, cit. Si veda anche W. W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, vol. II, Chicago, 1953, p. 938 ss.

¹⁰⁹ Molti esponenti della dottrina hanno invece sostenuto la *judicial review* proprio sulla base di argomenti testuali e storici. Per essi si vedano P. HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, Cambridge (MA), 2008, e M. S. BILDER, *The Corporate Origins of Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, n. 116/2006, p. 502 ss.; J. HARRISON, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, in *Virginia Law Review*, n. 84-3/1998, p. 333 ss.

¹¹⁰ B. ACKERMAN, *We the People*, cit. Post e Siegel, pur muovendo da considerazioni analoghe, vogliono invece sottrarre la Costituzione alle corti per restituirla al Congresso, quale luogo principe della rappresentanza popolare. M. V. TUSHNET, *Taking The Constitution Away From The Courts*, cit., p. 175, R. C. POST, R. B. SIEGEL, *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Polycentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, in *The Yale Law Journal*, n. 112/2003, p. 1946.

¹¹¹ Choper ne ha infatti proposto l'esclusione in relazione ai casi che implicano la soluzione di controversie tra gli Stati e la Federazione (Si veda J. H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, 1980). In ciò egli riprende una più risalente tesi di H. WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States*

Come è ovvio, simili tesi non sono state risparmiare da obiezioni e critiche, talvolta anche aspre, a cominciare da quelle provenienti dall'esponente di maggior spicco della *judicial supremacy*, ossia Laurence Tribe, che conclude la sua recensione del libro di Kramer con queste parole: «In succumbing to the trendy siren song of those who would have the fleeting “constitutional” sentiments of a temporarily controlling faction bring the court to heel, Larry Kramer risks playing Pied Piper to a large and potentially impressionable universe of readers and students. Meanwhile, he sadly misses the whole point of Chief Justice Marshall’s great reminder: It is “a constitution we are expounding”»¹¹².

Tuttavia, nonostante l'autorevolezza di queste obiezioni, le dottrine che tendono a contestare la *judicial review*, forse proprio perché improntate al *popular constitutionalism*, sono alquanto diffuse e godono di un certo seguito. Il che testimonia, d'altro canto, il fastidio crescente per una certa concezione del potere giudiziario, che pure è stata da sempre universalmente considerata – talvolta non senza una certa dose di superficialità – come una conquista saldissima e irreversibile del costituzionalismo americano. Simili teorie, oltre a fondarsi su un'esaltazione dell'elemento democratico fundamentalmente non in linea con l'impostazione antimaggioritaria di stampo madisoniano¹¹³, si basano, per altro verso, sulle stesse premesse da cui il dipartimentalismo ha tratto vigore nella sua fiera contrapposizione alla *judicial supremacy*¹¹⁴. E

in the Composition and Selection of the National Government, in *Columbia Law Review*, n. 54/1954, p. 543 ss. Lo stesso Choper, inoltre, suggerisce di escludere la *judicial review* anche con riguardo alle questioni che coinvolgono la separazione dei poteri, poiché le ritiene rientranti tra le *political questions*.

¹¹² L. H. TRIBE, *The People’s Court*, cit. Il senso della citazione di Tribe della celeberrima espressione del giudice Marshall può essere spiegato ricorrendo allo stesso Tribe che ne delucida il senso in L. H. TRIBE, *Foreword*, in AA. VV., *It Is a Constitution We Are Expounding. Collected Writings on Interpreting Our Founding Document*, Washington (D.C.), 2009, p. 7: «The framers conceived the Constitution of the United States as a basic charter, marking core principles and general outlines that would be elucidated over the years, enabling succeeding generations to meet the new and largely unforeseeable challenges they would face».

¹¹³ Non a caso per L. D. KRAMER, *Popular Constitutionalism*, circa 2004, in *California Law Review*, n. 92/2004, p. 1008 e 2004, i «supporters of judicial supremacy» sono i «today’s aristocrats». Sull'incompatibilità tra modello madisoniano e tale impostazione del principio democratico, si veda, *infra*, § 4.1.2.

¹¹⁴ Come esplicitamente affermato da L. D. KRAMER, *Popular Constitutionalism*, cit., p. 959. Lo stesso L. D. KRAMER, *The People Themselves*, cit., p. 1011, avverte che si tratta di scegliere «between popular constitutionalism and judicial supre-

anche per Post e Siegel il «popular constitutionalism can be understood to entail a stringent form of departmentalism»¹¹⁵.

In definitiva, così come il dipartimentalismo si riallaccia alla dottrina della separazione dei poteri, lo stesso fanno le posizioni dottrinali che contestano l'attribuzione alle corti del potere di *judicial review*. Ciò prova ulteriormente che la *separation of powers*, in sé e per sé considerata, sembra compatibile non soltanto con le tesi che mirano a difendere le funzioni e l'indipendenza del giudiziario, ma anche con quelle che, all'opposto, puntano a circoscriverne, talvolta in misura alquanto significativa, il ruolo costituzionale.

Il nesso tra la speciale indipendenza delle corti americane e l'esercizio della *judicial review* da parte di queste ultime è stato ben indagato dalla dottrina, che ha posto in luce come l'affermarsi del potere di controllo delle leggi ha rappresentato un ingrediente importante nell'espansione del giudiziario¹¹⁶. Del resto, al termine del primo capitolo di questo lavoro, avevo cercato di ricostruire il potere di *judicial review* come un elemento necessario – e forse anche fondamentale – dell'inserimento del giudiziario americano all'interno del sistema dei *checks and balances*. In particolare avevo sostenuto che tale attribuzione rispondeva all'esigenza di compensare la debolezza intrinseca di quella che con Hamilton è stata definita *the least dangerous branch*. Va da sé, dunque, che la contestazione del potere di *judicial review* delle corti è potenzialmente distruttiva della centralità che al giudiziario è riconosciuta nel sistema statunitense.

macy». Si veda anche R. C. POST, R. B. SIEGEL, *Popular Constitutionalism*, cit., p. 1027, secondo cui «Kramer identifies the enemy of popular constitutionalism as “judicial supremacy”».

¹¹⁵ R. C. POST, R. B. SIEGEL, *Popular Constitutionalism*, cit., p. 1031.

¹¹⁶ J. AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca (N.Y.), 1984, p. 117, precisa che a ciò si sarebbe accompagnata «the erosion of the principles of popular sovereignty, constitutionalism and interdepartmental checks». Nello stesso senso, M. C. MILLER, *The Separation of Powers and Threats to Judicial Independence in the United States*, in L. E. DE GROOT-VAN LEEUWEN, W. ROMBOUTS (a cura di), *Separation of Powers in Theory and Practice. An international Perspective*, Nijmegen (Olanda), 2010, p. 81, rileva che le corti americane sono generalmente riconosciute come le più indipendenti al mondo «in large part because all regular American Courts have the power of judicial review».

CAPITOLO 4

FLESSIBILITÀ E RIGIDITÀ NELLA CONFIGURAZIONE DEL GIUDIZIARIO COME POTERE SEPARATO

1. Il disegno dei padri fondatori e gli esiti della ricerca. – 1.1. Le linee di conformità: flessibilità della separazione e ruolo politico del potere giudiziario. – 1.2. Le linee di difformità: tentazioni maggioritarie e riemersione carsica del rule of law. – 2. Il confronto tra il sistema nordamericano e quello europeo. – 2.1. La convergenza verso un modello di democrazia antimaggioritaria. – 2.2. Una permanente divergenza: necessaria rigidità della separazione del potere giudiziario in Europa.

1. Il disegno dei padri fondatori e gli esiti della ricerca.

La premessa teorica e storica a fondamento di questo lavoro di ricerca è stata individuata al termine del primo capitolo. In quella sede avevo concluso che, nell'assetto costituzionale che i *framers* avevano dato agli Stati Uniti, la dottrina della separazione dei poteri era stata assunta privilegiando, delle due tecniche poste da Montesquieu a tutela della libertà, quella che affondava le sue radici nella tradizione del governo misto, reinterpretata dai padri fondatori in modo da accordarla con il principio democratico. L'incrocio dell'antica dottrina del governo misto con il nuovo principio democratico, declinato in America in maniera estesa e temperata ad un tempo, aveva pertanto forgiato la specifica collocazione del potere giudiziario nel contesto nordamericano dei *checks and balances*. Il potere giudiziario veniva immesso nel sistema democratico conferendo ai giudici una derivazione politica quanto alla preposizione alla carica e, nel contempo, esso veniva dotato della *judicial review*, quale strumento di difesa dagli altri poteri. Si realizzava così un complesso gioco di pesi e contrappesi organizzato al fine di tutelare non solo la libertà dei singoli contro l'oppressione dei poteri pubblici ma anche quella delle maggioranze nei confronti delle minoranze¹.

L'analisi delle interferenze organiche e funzionali che connotano la posizione costituzionale del potere giudiziario federale degli Stati Uniti

¹ Si veda *supra*, § 1.3.

rivela una sostanziale conformità con la tradizionale costruzione madisoniana, rispetto alla quale, tuttavia, non mancano alcuni punti di frizione.

1.1. Le linee di conformità: flessibilità della separazione e ruolo politico del potere giudiziario.

Quanto ai profili di conformità al modello delineato dai *framers*, in primo luogo si tratta di sottolineare che l'ordinamento americano non risulta improntato a un criterio di rigida separazione nemmeno con riguardo al potere giudiziario rispetto agli altri due. Ciò emerge con una certa evidenza dalla descrizione delle numerose interferenze che sono state registrate sia dal punto di vista organico che da quello funzionale².

Una prima ragione dell'assenza di una separazione rigida del potere giudiziario può essere individuata nella omologazione di quest'ultimo a quello legislativo e a quello esecutivo nelle controversie che attengono alla delimitazione della competenza di ciascuno dei tre. Infatti, con riferimento alle interferenze funzionali tra legislativo ed esecutivo, è facile constatare che il principio della separazione dei poteri è contraddistinto, nella realtà dell'ordinamento americano, da un certo grado di flessibilità. Il carattere elastico del principio è del resto generalmente riconosciuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza statunitensi, specialmente da coloro che si ispirano a una lettura funzionalista della relativa disciplina costituzionale, in base alla quale il testo di Filadelfia disegnerebbe un sistema di «separated institutions sharing powers»³. Ma anche i formalisti, che muovono dalla premessa di un principio di stretta separazione, devono nondimeno accettare le interferenze – e sono notevoli – che sono esplicitamente previste dalla Costituzione. Se il principio di flessibilità nella relazione tra i poteri è accettato in linea generale, l'omologazione del potere giudiziario agli altri due comporta che anch'esso sia soggetto a un criterio di separazione parimenti elastico.

La mancanza di specificità con riguardo al potere giudiziario emerge piuttosto chiaramente dalla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di interferenze organiche e funzionali. Tra i numerosi casi dei quali si è dato conto nel testo, mi sembra significativo qui ricordare la modalità con la

² Ad esse sono rispettivamente dedicate la Sezione II e III del Cap. 2.

³ È la definizione di R. E. NEUSTADT, *Presidential Power and the Modern Presidents. The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York – Toronto, 1990, p. 29.

quale la Corte ha accettato la cessione di funzioni normative dal potere legislativo a vantaggio di quello giudiziario. Il principio richiamato dalla Corte al fine di ammettere un allontanamento così vistoso dal modello di stretta separazione, che avrebbe certamente impedito siffatta cessione, è significativo. Si tratta della *nondelegation doctrine*, originariamente formulata con riguardo al riparto di competenze tra i due poteri politici e poi ritenuta utilizzabile senza imbarazzo anche con riferimento al potere giudiziario, che attesta la compiuta omologazione di quest'ultima branca alle altre due nelle questioni attinenti alla separazione dei poteri⁴.

Un altro elemento, a riprova della mancanza di specificità del potere giudiziario rispetto agli altri due attori presenti sullo scenario dei *checks and balances*, è dato dalle ragioni della *summa divisio* che spacca la dottrina americana in tema di separazione dei poteri tra funzionalisti e formalisti. In apertura del secondo capitolo avevo accennato in estrema sintesi ai due distinti filoni in questione, premettendo già allora che non mi sarei potuto avvalere di tale distinzione come strumento atto ad individuare la peculiare posizione del potere giudiziario americano rispetto agli altri *departments*. Ho seguito tale impostazione, nonostante l'inconfutabile considerazione che funzionalismo e formalismo rappresentano le due alternative chiavi di lettura più utilizzate dalla dottrina americana in materia di separazione dei poteri, dividendo coloro che si ispirano ad un principio di flessibilità da quelli che muovono da un principio di stretta separazione. Come il lettore si ricorderà, avevo infatti affermato che la distinzione tra i due approcci non è particolarmente produttiva sul terreno dell'individuazione dei confini del potere giudiziario, proprio perché le due dottrine, così diverse tra loro nell'interpretazione della separazione dei poteri in generale, sono viceversa accomunate nella tendenza a equiparare le tre branche, sottoponendole tutte, indistintamente, ora all'una ora all'altra versione del principio, come ho poi tentato di dimostrare nella disamina delle interferenze tra i poteri e le funzioni. Questa disamina consente di confutare la convinzione, piuttosto diffusa, in base alla quale mentre l'impostazione funzionalista favorirebbe le deroghe all'attribuzione delle funzioni giurisdizionali al giudiziario, quella formalista, al contrario, di norma le osteggerebbe. A questo scopo può richiamarsi il dibattito dottrinale che ho riassunto con riguardo al *jurisdiction stripping*. Le due opzioni che si discostano dalla concettualizzazione tradizionale di Hart, assai generosa nel consentire al potere legisla-

⁴ È un argomento che ho sviluppato nel § 2.III.3.

tivo di sottrarre funzioni giurisdizionali al potere giudiziario federale, muovono entrambe da posizioni funzionaliste, ma conducono a esiti opposti: Amar riduce lo spazio di discrezionalità del Congresso, Black lo estenderebbe ulteriormente⁵.

L'assenza di un trattamento specifico del potere giudiziario in ambedue le correnti considerate, formalista e funzionalista, è altresì suffragata dall'analisi delle posizioni dottrinali americane più critiche rispetto all'importanza assunta dal potere giudiziario nell'assetto costituzionale complessivo. Tutte queste posizioni, pur muovendo dai lati opposti della barricata che divide funzionalismo e formalismo (sono fondamentalmente formalisti gli assertori dell'*originalismo*⁶ e del *dipartimentalismo*⁷, mentre sono per lo più funzionalisti i critici dell'attribuzione al giudiziario del potere di *judicial review*⁸), concorrono allo stesso obiettivo, quello cioè di depotenziare il ruolo del potere giudiziario americano, chi a favore di un rafforzamento delle *branches of government* in diretto rapporto con l'elettorato, chi per inseguire la chimera della restituzione della Costituzione a *we the people*⁹.

Questa tendenziale omologazione del potere giudiziario agli altri due è conforme al meccanismo madisoniano dei *checks and balances* all'interno del quale il giudiziario deve avere lo stesso calibro di esecutivo e legislativo onde poter svolgere appieno la sua funzione nel meccanismo democratico posto a tutela della libertà. Esso, quindi, non può che essere considerato un potere pari ordinato agli altri, ossia – come è stato detto – una *equal branch of government* e non più *the least dangerous branch*, motivo per il quale il dibattito della dottrina italiana sulla qualificazione del giudiziario quale potere o ordine non avrebbe alcun senso nel contesto americano¹⁰.

⁵ Le diverse opzioni sui limiti del *jurisdiction stripping*, che ho illustrato ricorrendo ad Amar e a Black, sono riassunte nel § 2.III.1.1. Ma si veda anche il sottoparagrafo successivo, dove l'opinione di Black è contrapposta a quella, pure funzionalista, di Kennedy nella sentenza *Boumediene*, 553 U.S. 723 (2008), sempre a proposito di sottrazione di funzioni giurisdizionali al potere federale.

⁶ Per cui si veda *supra*, § 3.2.

⁷ Per cui si veda *supra*, § 3.3.

⁸ Per cui si veda *supra*, § 3.4.

⁹ Per la distinzione si rinvia nuovamente al § 3.4.

¹⁰ Con riguardo alla configurazione della magistratura come potere ovvero ordine il rinvio essenziale è a S. BARTOLE, *Autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964.

Una volta ammessa la possibilità di interferenze reciproche riguardanti lo stesso giudiziario, la ricerca svolta nei capitoli precedenti sembra attestare che esiste anche un criterio di massima per valutare quali siano le interferenze accettabili, per natura e per intensità. Tale criterio, che risulta a sua volta conforme al modello madisoniano, può essere riassunto in questi semplicissimi termini: sono ammissibili le sole interferenze che non impediscono al potere giudiziario di giocare il ruolo ad esso assegnato nel sistema dei pesi e contrappesi.

Ciò spiega, anzitutto, le ragioni per le quali, in linea generale, risultino più facilmente tollerate le interferenze organiche. La contaminazione strutturale che si realizza per mezzo dell'intervento di Presidente e Senato nella nomina del giudice permette infatti di ascrivere la genesi della sua carica alla volontà di organi direttamente collegati alla sovranità popolare. Ne consegue quell'inserimento del giudice nel sistema democratico che è condizione necessaria ai fini dell'equiparazione del potere giudiziario agli altri due protagonisti del sistema.

L'enfasi sulla natura politica tanto della designazione presidenziale delle nomine quanto della valutazione del Senato nel concedere l'*advice and consent* è pertanto perfettamente conforme al disegno dei costituenti americani, sicché non può sorprendere l'assenza di significative obiezioni sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza sia, infine, da parte del sistema delle forze politiche su cui tali scelte incombono¹¹. In questo senso basti qui richiamare il caso *Republican Party of Minnesota v. White*, del quale ho trattato nella digressione a proposito del sistema di selezione dei giudici statali, in cui la Corte Suprema ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni volte a contenere l'esposizione politica dei candidati nelle elezioni giudiziarie. L'argomento addotto a sostegno della decisione metteva in luce che un giudice come quello americano, cui è riconosciuta una funzione creatrice del diritto e la *judicial review* delle leggi, non può essere considerato estraneo alla politica alla stregua dei giudici-funzionari europei.

È parimenti conseguente alle più elementari implicazioni del modello madisoniano, che conferisce al giudice un'inevitabile caratura politica, la mancanza di una vera discussione critica tra i costituzionalisti a proposito della prassi di trarre le nomine giudiziarie per i ranghi superiori del giudiziario da quelli inferiori¹². Si tratta di un meccanismo da cui de-

¹¹ Per cui si veda *supra*, § 2.II.1.

¹² Per cui si veda *supra*, § 2.II.2.

riva, per il giudice americano, una sorta di carriera, che la dottrina politologica ha dimostrato essere ampiamente esposta a forme di influenza politica capaci di incidere sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale dei giudici più ambiziosi. Ciò accade nell'acquiescenza della grande maggioranza dei costituzionalisti americani, consapevoli che buona parte della forza costituzionale del potere giudiziario negli Stati Uniti d'America risiede proprio nella sua derivazione politica.

Per analoghe ragioni, si spiega anche la pacifica accettazione di un fenomeno difficilmente comprensibile nel contesto costituzionale dell'Europa continentale, quello per cui, talora, i giudici rassegnano le dimissioni – e si tratta dell'unico modo, oltre alla morte e all'*impeachment*, con cui essi cessano dalla carica – tenendo conto dell'affinità politica del Presidente che avrà il compito di sostituirli. Si tratta di una forma di interferenza estremamente incisiva e di natura circolare, giacché il ritmo con il quale i due poteri più direttamente politici rimodellano periodicamente la composizione del potere giudiziario attraverso le nuove nomine risulta condizionato proprio dalle scelte “politiche” dei componenti del giudiziario medesimo. Nello stesso schema può infine inserirsi la tolleranza assai ampia (ancorché, in prospettiva storica, si tratti di un fenomeno recessivo¹³) che generalmente circonda lo svolgimento di svariate attività extragiudiziarie da parte dei giudici, dai contributi scientifici o divulgativi – il che peraltro è ammesso anche in altri modelli di giudiziario – sino alla partecipazione attiva alla vita politica del Paese, specialmente sotto forma di candidatura a cariche politiche o di accettazione di incarichi provenienti dalle altre *branches of government*.

Sulla base dello stesso criterio generale che ammette le sole interferenze compatibili con il ruolo del giudiziario nel sistema dei *checks and balances*, si possono spiegare anche i casi nei quali le interferenze organiche di legislativo ed esecutivo sul giudiziario sono state escluse o interpretate in termini restrittivi. Ciò è vero, ad esempio, per l'*impeachment* dei giudici, che nella prassi e in dottrina non è stato mai inteso alla stregua di un meccanismo di controllo politico del Congresso sui membri del giudiziario, benché questa potenzialità fosse certamente presente nell'istituto in questione (si ricordi il caso Chase)¹⁴. In effetti l'uso dell'*impeachment* a fini di vigilanza politica sul giudiziario avrebbe

¹³ Si veda *infra*, in questo §.

¹⁴ L'episodio del giudice Chase e le diverse prospettive nello sviluppo del potere congressuale di *impeachment* sono sintetizzate *supra*, § 2.II.3.

pregiudicato l'efficace azione di quest'ultimo nel sistema dei pesi e contrappesi, lasciando i giudici in balia della Camera dei Rappresentanti e del Senato. Il modello madisoniano, infatti, richiede che il giudice abbia derivazione politica quanto a preposizione alla carica ma che poi sia liberato da interferenze successive, in modo che la sua azione e la sua volontà non siano condizionate da quelle degli altri poteri. Probabilmente, può trovare analoga spiegazione anche la desuetudine che ha interessato le procedure di *packing* e *unpacking* delle Corti¹⁵. La forza d'urto che meccanismi di questo tipo possono produrre sugli equilibri complessivi, causando un repentino mutamento della composizione politica del potere giudiziario, avrebbe avuto l'esito di minarne il ruolo di elemento fondamentale nel sistema dei pesi e dei contrappesi¹⁶. Allo stesso modo può spiegarsi la giurisprudenza con cui la Corte ha vietato gli incarichi extragiudiziari obbligatori. In effetti – come ho testé ricordato – le attività extragiudiziarie sono sostanzialmente ammesse, anche quando espongono i giudici alla ribalta politica, purché si tratti di attività liberamente svolte dal singolo membro del giudiziario. È stato viceversa escluso con forza che le altre *branches of government* possano conferire alle corti, d'ufficio, compiti di natura non giurisdizionale. Il conferimento *ex lege* di mansioni estranee al ruolo istituzionale del giudiziario potrebbe infatti indebolirne la funzione all'interno del meccanismo dei *checks and balances*.

Quanto alle interferenze funzionali, anch'esse, in linea di massima, sono tollerate, ma in misura inferiore rispetto a quanto accade per quelle di natura organica. Nel modello madisoniano, infatti, l'omologazione del giudiziario agli altri poteri, ai fini di un equilibrato sistema di *checks and balances*, non esclude che i fattori della rigidità e della flessibilità siano diversamente combinati tra loro, a seconda del potere e del tipo di interferenza considerati, proprio allo scopo di ottenere una sostanziale parificazione dello specifico peso di ciascuna delle tre *branches of government*. Per questa ragione, diversamente che per i rapporti tra gli altri due poteri – divisi rigidamente dal punto di vista organico e sulla base di un criterio di flessibilità dal punto di vista funzionale – il giudiziario è contraddistinto da una separazione complessivamente flessibile, sia dal punto di vista

¹⁵ Si veda *supra*, § 2.II.4.

¹⁶ È questa la conclusione cui è pervenuta parte della dottrina con riguardo alle misure di *packing* e *unpacking* soprattutto a seguito delle reazioni al *Court packing plan* di Roosevelt. Di essa do conto al termine del § 2.II.4.

organico sia dal punto di vista funzionale. Tuttavia, mentre le interferenze organiche, come quella che si realizza nella fase della nomina, appaiono necessarie allo scopo di assicurare quella copertura democratica che consente la parificazione del giudiziario alle altre branche del potere, le interferenze funzionali, al contrario, si prestano facilmente a consentire un'erosione del peso delle corti. Ciò spiega come mai, per il giudiziario, sia tollerato un grado di interferenza piuttosto elevato dal punto di vista organico e, viceversa, molto ridotto sotto il profilo funzionale.

Mi sembra di poter sostenere però che la ricerca abbia dimostrato, anche con riferimento alle interferenze funzionali, che il criterio fondamentalmente adottato per distinguere quelle accettabili da quelle inammissibili possa essere considerato grosso modo il medesimo di quello impiegato per le interferenze organiche, che si incentra sulla loro compatibilità con il buon funzionamento complessivo dei *checks and balances*. Circa le interferenze funzionali, come evidenzierò nel prosieguo del paragrafo, esistono però alcune eccezioni vistose, che si sono manifestate nella maniera più evidente con riguardo soprattutto alle decisioni di Presidente, Congresso e Corti nel contesto critico di quella che si è voluta chiamare la *war on terror*.

Tolte queste eccezioni, la giurisprudenza e, in misura minore, la dottrina hanno fondamentalmente accettato anche in questo ambito un approccio flessibile. Nonostante la quantità dei progetti di legge volti a sottrarre sfere giurisdizionali al potere giudiziario federale sia rilevante, prima dell'Amministrazione Bush il numero (e il peso) delle iniziative portate a termine non si è mai rivelato cospicuo, con la conseguenza che la giurisprudenza in materia è stata tradizionalmente molto tollerante. Quanto poi all'attrazione di funzioni giurisdizionali nell'orbita dell'esecutivo, soprattutto attraverso il ricorso ad *administrative tribunals* e *adjudicative agencies*, le pronunce della Corte Suprema, per stessa ammissione dei giudici, hanno oscillato tra un estremo piuttosto lassista (adottato in origine con riguardo ai tribunali militari e basato sulla *public rights doctrine*)¹⁷ e uno molto più rigido (che ha ispirato la sentenza *Northern Pipeline*). La pronuncia che mi pare più interessante in questo contesto è però *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, che adotta una posizione intermedia e pragmatica, su cui la Corte sembra in definitiva

¹⁷ Ho ricostruito l'iniziale proliferare di organi con funzioni giurisdizionali collocati all'esterno del potere giudiziario federale nel § 2.III.2.1. Nel sottoparagrafo § 2.III.2.2 è indicata inoltre la giurisprudenza della Corte Suprema in proposito.

assestarsi. In base alla citata pronuncia, la deroga alla giurisdizione delle corti federali, sebbene avesse ad oggetto un diritto meritevole di tutela presso una corte garantita nella sua indipendenza, era nondimeno reputata ammissibile in quanto scarsamente incisiva sul piano degli equilibri del sistema e quindi incapace, a giudizio della Corte Suprema, di scalfire la posizione del potere giudiziario nel suo complesso. Come dire: quando l'interferenza funzionale degli altri poteri non incide sulla posizione del giudiziario come potere in grado di dialogare con essi in posizione tendenzialmente paritaria e di contrastarli nel sistema dei *checks and balances*, il profilo della tutela giurisdizionale del diritto del singolo, che richiederebbe un giudice indipendente, può ritenersi facilmente bilanciabile con gli altri interessi in gioco e dunque l'interferenza in questione è da reputarsi conforme al dettato costituzionale.

Anche le deroghe funzionali in senso inverso, ossia in favore del giudiziario, possono essere interpretate sotto la stessa luce: sono accettabili quelle volte a rafforzare il giudiziario quale potere autonomo rispetto agli altri. Ciò spiega anzitutto la ragione per la quale il sistema abbia assicurato un'amplissima autonomia in materia di autorganizzazione con la creazione della *Judicial Conference* e dell'*Administrative Office*. Considerazioni simili valgono per le attribuzioni di funzioni normative introdotte sulla base di una delega da parte del Congresso, che si sono comunque realizzate in settori della normazione strettamente connessi alle attività giurisdizionali. Tale nesso funzionale, considerato dalla Corte Suprema un requisito di validità della delega, è stato ritenuto sufficiente per giustificare il conferimento dell'attività normativa alle corti da parte del Congresso, onde evitare che questo legiferasse in un campo molto delicato, con il rischio di abusi a detrimento del giudiziario¹⁸. Sono state invece fondamentalmente rifiutate da quest'ultimo tutte le altre funzioni di tipo esecutivo, che talora il Congresso aveva cercato di conferire ai giudici, a cominciare dalle richieste di pareri preventivi circa questioni giuridiche formulate dal Presidente. L'esercizio di una simile attività avrebbe infatti esposto i giudici, chiamati ad esprimere pareri su questioni astratte, al rischio di trovarsi successivamente vincolati di fronte ai potenziali casi concreti aventi il medesimo oggetto. Un'eccezione importante al divieto di trasferimento di funzioni esecutive è (*rectius* era) rappresentata dall'accettazione, da parte del giudiziario, della funzione di nomina del

¹⁸ È infatti questo il caso tanto delle *rules of procedure and evidence* quanto delle *sentencing guidelines*, per cui si veda § 2.III.3.

procuratore speciale competente in materia di indagini penali sul Presidente e sugli altri esponenti di rango dell'Amministrazione. Ma anche in questo caso, ci si trovava comunque di fronte ad attività esecutive contigue a quelle giurisdizionali.

1.2. Le linee di difformità: tentazioni maggioritarie e riemersione carsica del *rule of law*.

Quanto alle linee di difformità rispetto al modello madisoniano della separazione dei poteri, mi sembra che esse possano essere raggruppate attorno a due polarità. Da un lato, il meccanismo dei *checks and balances* tipico del sistema americano non sempre si è rivelato soddisfacente rispetto allo scopo della tutela delle libertà. Così è occasionalmente riemersa l'altra tecnica che dalla dottrina di Montesquieu poteva trarsi a servizio delle libertà, quella che, richiamandosi al *rule of law*, richiede – come ho argomentato nel primo capitolo – una separazione rigida del giudiziario dagli altri poteri. Dall'altro lato, sono comparse tendenze che si discostano dal modello madisoniano con specifico riferimento alla concezione temperata della democrazia che lo contraddistingue.

Con riguardo alla prima delle due polarità, l'aspirazione al *rule of law* non è stata affatto assente nel contesto della cultura politica e giuridica americana. Ad essa però accede la necessità di una divisione rigida del potere giudiziario dagli altri, mentre la tecnica dei *checks and balances*, prevalente nel modello madisoniano, richiede l'inserimento del giudiziario nel sistema politico, rendendo così possibile il "riciclo" del meccanismo del governo misto. Una volta investito il giudice di una derivazione politica nella nomina e di una funzione attiva nel sistema dei *checks and balances*, il modello di un giudiziario estraneo al sistema politico e perciò legittimato all'applicazione imparziale della legge, che deriva dallo sviluppo del *rule of law*, doveva risultare necessariamente recessivo¹⁹.

¹⁹ Mi pare che tale difficoltà sia ben rappresentata dal caso dell'attribuzione alle corti di funzioni normative, per esempio in materia di procedura. Tale interferenza risulta facilmente ammissibile se si muove dallo schema dei pesi e contrappesi (ed infatti è stata giudicata costituzionalmente ammissibile). È invece in chiaro contrasto con il *rule of law*, il quale non tollera che il controllo di legittimità su una regola sia svolto dallo stesso soggetto che l'ha prodotta. È l'argomento col quale chiudevo il § 2.III.3.

Cionondimeno, proprio perché l'aspirazione al *rule of law and not of men* era ed è esistente nel contesto dell'ordinamento costituzionale americano, essa talora è riemersa, come ho evidenziato nelle pagine dedicate allo studio delle interferenze, allo scopo di temperare la flessibilità di base del sistema dei *checks and balances* a difesa del giudiziario e della sua indipendenza rispetto agli altri due poteri.

La riemersione del *rule of law* si è manifestata già con riguardo al tema delle interferenze organiche (che pure sono terreno fertile per le esigenze di flessibilità del meccanismo dei *checks and balances*) e ha trovato sbocco in quelle espressioni della dottrina e della giurisprudenza che si richiamano appunto a un modello di giudice estraneo alla politica. Questo filone è sorto per contrastare l'eccessiva larghezza con cui si consentiva al giudice americano di svolgere attività extra-giurisdizionali della più diversa natura, incluse quelle politiche e quelle che comportano l'assunzione di incarichi offerti dagli altri due poteri, compromettendone quantomeno l'apparenza di imparzialità. Si tratta di posizioni che, sebbene non possano dirsi dominanti²⁰ (tali attività sono ammesse ancora oggi senza limiti con riguardo ai giudici della Corte Suprema), hanno nondimeno trovato qualche esito concreto, suggerendo l'introduzione nel codice etico per i giudici di distretto e d'appello di una disposizione che oggi li invita a non assumere tali incarichi.

Il campo nel quale la tecnica della separazione rigida, per mezzo del richiamo al *rule of law*, ha ritrovato un ruolo davvero consistente è però quello delle interferenze funzionali.

A questo proposito, della composita giurisprudenza della Corte in materia di tribunali istituiti al di fuori del potere giudiziario, la pronuncia più rigida nel difendere le prerogative delle corti federali è *Northern Pipeline v. Marathon Pipe Line Co*²¹. Quel caso veniva risolto richiamando proprio il *rule of law* e ponendo a premessa del ragionamento l'idea che la legittimazione del giudice riposa sulla sua neutralità dalle forze politiche, motivo per il quale esiste un corrispondente diritto costituzionale a fruire di un giudice separato dai poteri politici. Sulla base di

²⁰ Si veda di nuovo il caso *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002), nel quale questa era la posizione della minoranza della Corte. Pur sempre si è trattato di una minoranza 5 a 4. Si veda il richiamo al caso *retro*, nel sottoparagrafo che precede, e, prima, il § 2.II.1.

²¹ 458 U.S. 50 (1982).

questa costruzione, la Corte poteva restringere il più possibile le ipotesi di ricorso a tribunali esterni al potere giudiziario²².

A tale principio la Corte Suprema si è inoltre ispirata quando ha dovuto valutare le decisioni assunte dall'Amministrazione Bush nella *war on terror*, durante la quale si cercò in vario modo di sottrarre alla giurisdizione federale (ossia quella assistita dalle più ampie garanzie di indipendenza) i casi concernenti gli *enemy combatants*. In un primo tempo, la Corte, con la sua consueta *prudence* (si ricordi il numero tutto sommato esiguo di dichiarazioni di incostituzionalità²³), ha cercato di risolvere la questione affidandosi al meccanismo dei *checks and balances* e limitandosi a censurare il Presidente per aver agito senza l'autorizzazione del Congresso. Ma quando quest'ultimo è successivamente intervenuto a sostegno all'Amministrazione, la Corte Suprema, al fine di sanzionare tali scelte, non poteva più affidarsi al meccanismo dei *checks and balances*, stavolta formalmente rispettato sebbene il Congresso non stesse affatto operando in funzione di *check* del Presidente al fine di tutelare le libertà, ma stesse piuttosto cooperando con l'esecutivo in un'operazione di restrizione dei diritti civili. La Corte fu così costretta, con la sentenza *Boumediene*, ad abbandonare il suo usuale atteggiamento di *laissez faire*, che in passato si era rivelato sufficiente per consentire agli altri due poteri di bilanciarsi reciprocamente in modo spontaneo e quindi per garantire le prerogative dell'uno rispetto all'altro allo scopo di realizzare la tutela delle libertà. Essa è stata spinta pertanto a ricorrere alla tecnica della separazione rigida e ad appellarsi al principio per cui le posizioni giuridiche soggettive esigono una tutela giurisdizionale fornita da un giudice autonomo ed indipendente dall'autorità politica. Sulla base di una simile impostazione, evidentemente ispirata al *rule of law*, la Corte ha escluso la legittimità del trasferimento di giurisdizione a favore dei tribunali militari e, per la prima volta, ha annullato un atto di *jurisdiction stripping*²⁴.

²² Nello stesso senso può richiamarsi anche il *dissenting* di Scalia in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988), che si richiama al *rule of law* con lo scopo di evitare quell'attribuzione di funzioni amministrative al potere giudiziario che si realizzava con l'assegnazione a questo della nomina del procuratore speciale incaricato delle indagini sul Presidente o i funzionari di rango dell'esecutivo, di cui ho dato conto nel § 2.III.5.

²³ Ho riportato tali dati, a riguardo della posizione di Alexander Bickel, *supra*, nel § 3.4.

²⁴ Peraltro, proprio al *rule of law* si richiama, ancor prima di tali recenti casi, la dottrina che, in termini generali, criticava l'eccessiva tolleranza con cui si accettavano le

A ben vedere, inoltre, è la stessa dottrina della *judicial supremacy* a risultare connessa alla tradizione del *rule of law*. Essa infatti, come si è visto, richiede che tutte le *branches of government* si adattino all'interpretazione del diritto (e della Costituzione in particolare) che viene fornita, quale interprete ultimo, dalla Corte Suprema. Ho già illustrato le incertezze che circondano l'origine di questa dottrina, peraltro molto salda nella giurisprudenza della Corte, trattando delle posizioni accademiche che mettono in discussione la possibilità di farla risalire direttamente alla storica sentenza *Marbury v. Madison*²⁵. Tuttavia, è un fatto indiscutibile che quella sentenza fondamentale, pur senza affermare in modo esplicito la dottrina della *judicial supremacy*, stabilisce il canone della *judicial review* delle leggi richiamandosi al *rule of law*. Ed è proprio rinviando a quest'ultimo principio che la giurisprudenza successiva, a partire da *Cooper v. Aaron*²⁶, giungerà a enucleare esplicitamente la dottrina della *judicial supremacy*.

I critici a questo solido approccio giurisprudenziale, che, enfatizzando il *rule of law*, ribadisce periodicamente la *judicial supremacy doctrine*, oppongono ad esso proprio la dottrina della separazione dei poteri. L'attacco più duro alla *judicial supremacy* proviene senza alcun dubbio dagli studiosi che danno una lettura funzionalista della separazione dei poteri, i quali giungono a contestare la stessa attribuzione al giudiziario del potere di revisione costituzionale delle leggi. Ma, anche alcuni formalisti, che pure dovrebbero essere fautori di una versione rigida della separazione dei poteri, contrappongono alla *judicial supremacy* la tesi del dipartimentalismo, in base alla quale l'efficacia delle sentenze della Corte non dovrebbe mai spingersi sino al punto da limitare le prerogative degli altri due *departments*. Questi, infatti, dovrebbero essere protetti, all'interno della propria sfera di competenza, dall'ingerenza dei pronunciamenti del giudiziario. Ciò attesta, in definitiva, che tanto la visione formalista della separazione dei poteri quanto quella funzionalista, richiamandosi entrambe (seppure in diversa misura) al modello dei *checks*

interferenze del Congresso nella competenza giurisdizionale del potere giudiziario federale. Mi riferisco alla posizione di Achil Reed Amar in materia di *jurisdiction stripping*, riassunta nel § 2.III.1.1.

²⁵ 5 U.S. 137 (1803).

²⁶ In cui la Corte doveva riaffermare la propria esclusiva autorità nell'interpretazione della Costituzione nei confronti di autorità statali recalcitranti ad applicare la fine della segregazione razziale che la Corte stessa aveva sancito in *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

*and balances*²⁷, possono essere impiegate per contrastare la diversa impostazione che muove dalla prevalenza del *rule of law* e che impone, invariabilmente, una lettura più rigida della separazione del giudiziario.

La seconda linea di tensione rispetto al disegno dei padri costituenti è quella rappresentata da alcune posizioni che si allontanano dal modello di democrazia che sta alla base di quel disegno. Si tratta di correnti politiche e accademiche che tendono a rigettare la funzione antimaggioritaria potenzialmente²⁸ affidata ai giudici, criticando la posizione paritaria del potere giudiziario nel sistema dei *checks and balances*.

Quanto alla prassi politica, le critiche in parola sembrano ispirate a un'idea assolutistica del principio democratico, generata da una minore sensibilità per la complessità dei meccanismi nei quali necessariamente si estrinseca ogni ordinamento democratico che si ispiri al costituzionalismo. Si tratta di tendenze sfociate (e anche esauritesi) in numerose istanze di *impeachment* o di *jurisdiction stripping*, che sono sorte e che sorgono periodicamente in alcuni ambienti politici quando intervengono pronunce giudiziarie sgradite in campi particolarmente sensibili²⁹. Come ho già osservato, si tratta di iniziative che non hanno però riscosso successo nelle istituzioni deputate a dare loro seguito e di esse non vi è traccia tangibile nella giurisprudenza della Corte Suprema. Anzi, ho voluto sottolineare, nel raccontare l'opposizione al *Court packing plan* rooseveltiano, come le minoranze religiose, pur politicamente vicine al Presidente, avevano vissuto quell'iniziativa, rivolta per di più contro una Corte conservatrice, come un attacco in potenza distruttivo delle loro garanzie, con ciò confermando che la funzione antimaggioritaria del potere giudiziario è istintivamente percepita come un'assicurazione contro i possibili abusi della maggioranza (in quel caso costituita dai protestanti).

In dottrina, l'idea di una democrazia costretta dal sistema dei *checks and balances* in generale e dal potere giudiziario in particolare, ha

²⁷ Ciò che avviene direttamente sulla base di una tesi funzionalista ma, indirettamente, anche per i formalisti, i quali muovono comunque necessariamente da un testo costituzionale che, soprattutto in relazione all'esistenza di interferenze organiche, è sostanzialmente inequivocabile.

²⁸ Mi trovo costretto ad impiegare l'avverbio in questione, perché, sul piano descrittivo, non ho elementi per contrastare gli studi politologici di cui ho dato conto nel § 3.1, i quali attesterebbero che il ruolo antimaggioritario delle corti è più un mito che una realtà. Sul piano normativo, tuttavia, non c'è dubbio che le corti possano e, se del caso, debbano svolgere tale funzione.

²⁹ Si vedano, *supra*, il § 2.II.3 e il § 2.III.1.

avuto un'eco formidabile, specialmente nell'ambito politologico, enfatizzando fino al parossismo la dimensione politica del giudice americano o comunque strumentalizzandola al fine di attaccare il ruolo del potere giudiziario in quel sistema.

È questo un passaggio delicato, giacché la caratura politica del giudice americano – come più volte ho ripetuto – è una caratteristica innegabile e, per certi versi, irrinunciabile di quell'ordinamento. Nondimeno, questa fisiologica venatura politica del giudiziario continua a suscitare, oltre alla meraviglia del giurista europeo, polemiche politiche e dottrinali entro lo stesso contesto nordamericano, di cui reca traccia persino la giurisprudenza della Corte Suprema. Quest'ultima infatti, in numerose sentenze a partire da *Mistretta* o *Flast v. Cohen*³⁰, sembra ripudiare l'inevitabile compromissione politica del giudiziario³¹ per preferirvi l'immagine idealizzata di un giudice politicamente più neutrale.

Inoltre, è la stessa opinione pubblica americana a mostrare negli ultimi tempi una certa insofferenza rispetto alla politicizzazione dei giudici. A questo proposito si è dato conto dell'atteggiamento a tratti schizofrenico di larghe fasce di opinione pubblica che oscillano tra la condanna della politicizzazione dei giudici federali e la richiesta di renderli tutti elettivi.

Nondimeno, come si è già ampiamente osservato, la caratura politica del giudice è un aspetto essenziale del modello madisoniano. Essa si deve realizzare perché in quel contesto ordinamentale si vuole che ogni potere pubblico sia ricollegato alla sovranità popolare. L'equilibrio di quel sistema viene comunque assicurato dalla circostanza che, a seguito del conferimento al giudice di un *imprimatur* politico nella nomina, è poi garantita allo stesso la più ampia libertà di azione e l'indipendenza dagli altri due poteri. Non si tratta pertanto di negare la dimensione politica del giudiziario, ben presente nella descritta fase genetica, bensì di sottolineare che esso, diversamente dagli altri due poteri, partecipa alla partita che determina gli indirizzi politici di fondo da una posizione sganciata dal dovere di rispondere alle maggioranze attraverso il periodico – più o meno frequente – ricorso al rinnovo elettorale del mandato, in ciò garantito dalla protezione costituzionale della *life tenure* e dalla difficoltà della ri-

³⁰ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989), *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968), e anche *Morrison v. Olson* 487 U.S. 654 (1988), tutte richiamate a questo proposito nel § 2.III.3.

³¹ Si vedano in proposito i casi riportati a proposito del *jurisdiction stripping*, *supra*, § 2.III.1 ed i tentativi di reazione delle sentenze più lassiste in tema di incarichi extragiudiziari, *supra*, § 2.II.5.

mozione attraverso l'*impeachment*. In questo senso, è possibile combinare, senza cadere in alcuna contraddizione, tanto la dimensione politica del giudice americano quanto la sua capacità di svolgere una funzione anti-maggioritaria nel sistema di governo madisoniano.

Da una diversa impostazione muovono invece tutte quelle posizioni dottrinali che vogliono, da opposte direzioni e con opposto intendimento ideologico, colpire l'autonomia del potere giudiziario americano descrivendolo come un mero attore politico dotato dell'arma giurisdizionale. È il caso degli originalisti, ossessionati dalla discrezionalità politica che la dottrina della *living constitution* riconosce al potere giudiziario. Ed è anche la posizione dei dipartimentalisti, tesi a proteggere la sfera degli organi in diretto contatto con l'elettorato (il profitto netto di quella dottrina è però tutto a vantaggio dell'esecutivo) dalle intrusioni di un potere che non risponde alla maggioranza. Ed è infine la posizione espressa dal *popular constitutionalism*, che, con l'intenzione di ridare al popolo i diritti costituzionali che sarebbero sottratti loro da una Corte conservatrice, finisce – nel migliore dei casi – per consegnare nelle mani della maggioranza, o – con cinismo realista – di coloro che riescono ad agire in suo nome, le chiavi della Costituzione, la quale, in questo modo, finisce per smarrire la sua forza e la sua vocazione garantista.

2. Il raffronto tra il sistema nordamericano e quello europeo.

L'allontanamento dal disegno originale dei costituenti, che le posizioni politiche e dottrinali da ultimo esaminate prefigurano, sembra comportare l'adesione ad una concezione della democrazia appiattita sul principio maggioritario, ripudiando o cercando di contenere l'autonomia e l'indipendenza del potere giudiziario proprio in quanto sganciato da un rapporto diretto con la sovranità popolare. In questa marcia di allontanamento dalla tradizione madisoniana, dette correnti dottrinali paiono riavvicinarsi a quella rousseauviana. Sulla base di quanto ho sostenuto nel capitolo primo circa la maggior influenza del pensiero del filosofo ginevrino nell'affermarsi del principio democratico in Europa, si potrebbe immaginare che le critiche al modello della democrazia americana anti-maggioritaria prefigurino una riduzione delle distanze con la tradizione europea. In realtà non è affatto così. Le democrazie europee hanno infatti accolto senza remore di sorta tutti quei temperamenti del principio maggioritario, a partire dalla separazione dei poteri e dalla tutela dei diritti,

che costituiscono i tratti tipici del costituzionalismo³². Una volta affermata la necessità di limiti all'esplicarsi del potere politico anche quando questo goda di legittimazione democratica, l'esistenza di un'autorità in grado di far rispettare quegli stessi limiti nei confronti del potere statale è un imperativo logico che è andato concretamente invernandosi nel progresso delle democrazie europee.

Ciò che distanzia le due sponde dell'Atlantico non è dunque un diverso approccio all'esigenza di temperamento del principio maggioritario, bensì una divergenza che si sviluppa sul terreno delle tecniche volte a consentirne l'attuazione nel concreto. Conviene ora sviluppare separatamente queste due riflessioni conclusive.

2.1. La convergenza verso un modello di democrazia anti-maggioritaria.

È certamente vero – lo dicevo nel primo capitolo³³ – che le istanze rousseauviane hanno avuto maggior peso in Europa che non negli Stati Uniti. In particolare, ho argomentato che, sulla base del principio di sovranità popolare, il Vecchio Continente aveva conosciuto quella tendenziale fusione tra Esecutivo e Legislativo che invece non si sarebbe prodotta nella democrazia americana. È altrettanto vero che quelle stesse istanze avrebbero lasciato in eredità alle democrazie moderne – a tutte le democrazie, al di qua e al di là dell'Atlantico – l'esigenza che le attività dei pubblici poteri debbono in principio riferirsi al popolo. La democrazia, infatti, secondo la concezione largamente dominante nella teoria e nella filosofia politica – ed è questo il lascito tuttora valido del pensiero rousseauviano – è l'auto-governo del popolo³⁴. Per dirla con Kelsen, «Democrazia significa che la "volontà" che è rappresentata nell'ordinamento giuridico dello Stato è identica alla volontà dei sudditi»³⁵.

³² Come scolpito già nell'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, già richiamato nel § 1.3.

³³ Si veda il § 1.2.

³⁴ Secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Bari, 2007, p. 5 ss., cui si rinvia per la bibliografia essenziale (specialmente alle note 1 e 2, p. 110 s.), questa è «la concezione largamente dominante», definita formale o procedurale.

³⁵ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. di S. COTTA, G. TREVES, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, vol. II, Milano, 1959 (1945), p. 289. Nella

Le moderne democrazie costituzionali europee, nondimeno, hanno decisamente rifiutato il radicalismo giacobino di impronta rousseauviana proprio laddove esso osteggiava l'idea di Montesquieu, poi tradotta in America nella variante del modello madisoniano, della divisione *del potere* e dell'equilibrio *tra i poteri*. Quel paradigma, pur assai influente nel pensiero politico-filosofico europeo, non troverà mai accoglimento se non in estemporanee apparizioni storiche³⁶.

Infatti, nell'evoluzione del costituzionalismo europeo il principio democratico ha perseguito la corrispondenza delle pubbliche decisioni alla volontà popolare, impiegando forme e tecniche che filtrano i contenuti e le modalità di espressione di quest'ultima e, d'altro canto, senza mai subordinare ad essa la tutela dei diritti fondamentali.

Quanto al primo punto, le moderne democrazie europee assumono il principio democratico quale loro cardine nella consapevolezza che la sua realizzazione si appoggia su meccanismi di per sé fallaci, a cominciare dalla finzione di fondo che scambia la volontà del popolo con quella della maggioranza. La critica al principio maggioritario, ben presente nei padri fondatori della Costituzione del 1787, è un tratto tipico del liberalismo anglosassone, che la sviluppa con esplicitazione ancor maggiore nel pensiero di John Stuart Mill, secondo cui «l'“autogoverno” di cui si parla non è il governo di ciascuno su se stesso, ma di tutti gli altri su ciascuno. La volontà del popolo significa [...] la volontà della *parte* più numerosa o più attiva di esso, vale a dire della maggioranza o di coloro che riescono a farsi accettare come tale»³⁷. Tale critica non resta però senza eco nell'Europa continentale. Essa sarà sviluppata da Kelsen non più in chiave individualistica ma pluralistica: l'unità del popolo viene svelata nella sua natura ideologica e lascia dunque spazio all'articolazione pluralistica della società, composta da gruppi divisi «da contrasti nazionali, religiosi

Costituzione italiana è questo il principio scolpito nel primo comma dell'art. 1, il quale sancisce che l'Italia è una Repubblica democratica, e nella prima parte del secondo comma, ove si riconosce che «la sovranità appartiene al popolo». Allo stesso modo, questo principio riecheggia nel celeberrimo «We the People» col quale si apre il preambolo della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

³⁶ È forse il caso della Costituzione giacobina post-rivoluzionaria e della Comune di Parigi. Si tratta però di esperienze rapidamente fallite, alle quali, come osserva N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2010 (1984), p. 181, sono seguite (forse non a caso), alla prima, Napoleone il Grande e, alla seconda, Napoleone il Piccolo.

³⁷ Il brano è tratto da J. S. MILL, *Sulla libertà*, trad. a cura di G. MOLLICA, Milano, 2000 (1859), p. 39 ss.

ed economici»³⁸. L'altro elemento che esclude una dimensione assolutistica del principio democratico è poi la sua necessaria realizzazione in chiave rappresentativa³⁹. Il popolo infatti, salvo le forme – ovunque residuali – che denominiamo tradizionalmente di democrazia diretta, non è in grado di decidere da sé ma lo fa necessariamente attraverso i propri rappresentanti, o, più realisticamente ancora, organizzandosi in gruppi politici che esprimono i rappresentanti⁴⁰. In questo senso, dunque, la democrazia si realizza in un sistema nel quale le decisioni sono imputate alla sovranità popolare in quanto assunte dalla maggioranza dei rappresentanti del popolo⁴¹.

Quanto al secondo punto, la tradizione europea della democrazia si libera della sua torsione assolutista anche nell'adesione ed anzi nel perfe-

³⁸ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in H. Kelsen, *La democrazia*, trad. di G. Melloni, Bologna, 1981 (1929), p. 51. In questo contesto, dunque, non ha più senso interrogarsi sulla volontà del popolo, perché le decisioni politiche non sono l'espressione della sua volontà unitaria bensì il frutto dell'accordo che le sue articolazioni volta a volta stringono in un processo fondamentalmente dialettico. Sul punto si veda in particolare l'intero capitolo secondo dedicato a «Il popolo» (p. 50 ss.), in cui si precisa tra l'altro che l'unità del popolo è un concetto meramente normativo, perché essa «risulta, in realtà, da un dato giuridico: la sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale» (p. 51). È evidente la diversità di base nella critica kelseniana rispetto a quella del primo liberalismo americano, che ancora si proponeva «illuministicamente» lo scopo di «sopprimere le fazioni», come avrebbe proposto Hamilton nel *Federalista* n. 9 (A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'Addio, G. Negri, Bologna, 1997 (1787-1788), p. 184), oppure di contenerle come sostanzialmente vuole anche Madison nel *Federalista* n. 10 (A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 189), che si propone di «spezzare e [...] controllare la violenza delle fazioni». Ho affrontato più compiutamente il punto nel § 1.3.

³⁹ La rappresentanza è uno strumento essenziale della democrazia. Tuttavia, essa consiste nello stesso tempo in un limite. Ciò viene enfatizzato da Rousseau per il quale la democrazia è vera nella misura in cui è diretta (J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, vol. IV, Milano, 2010 (1762), p. 97 ss.).

⁴⁰ Sulla impossibilità della democrazia diretta nelle comunità politiche vaste, su cui si erano già espressi sia Montesquieu che Rousseau, si veda anche il pensiero di Hamilton nel *Federalista* n. 15 (A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il federalista*, ed. a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 220 ss.).

⁴¹ Già in questo è visibile la reiezione del giacobinismo di Rousseau. Egli, infatti, respingeva la rappresentanza, perché la sovranità appartiene al popolo e non può essere rappresentata. Per Rousseau laddove comincia la rappresentanza, lì finisce la sovranità popolare. Viceversa la democrazia rappresentativa rimanda al liberalismo di Montesquieu, testimoniando quanto del suo pensiero tuttora residui nelle democrazie costituzionali moderne.

zionamento della tutela delle libertà fondamentali. Esse infatti si arricchiscono. Un più esteso concetto di uguaglianza, perfezionato nella sua accezione formale e implementato di una dimensione sostanziale, alle libertà dei moderni aggiunge le libertà dei contemporanei, che includono i diritti politici per tutti i membri della comunità⁴² e – inscindibilmente da questi – quelli sociali⁴³.

Il riconoscimento dei limiti della sovranità popolare e della rappresentanza, cui si aggiunge l'adesione all'ideologia della tutela dei diritti

⁴² È una precisazione rilevante, del momento che nello stato liberale borghese i diritti politici erano limitati anzitutto dal suffragio ristretto fondamentalmente per genere e per censo. Nel caso americano, invece, i diritti politici erano ristretti fondamentalmente per genere e per razza. Per razza, in verità erano limitati anche i diritti civili. Quanto allo schiavismo negli Stati Uniti, si veda H. ZINN, *Storia del popolo americano. Dal 1492 ad oggi*, Milano, 2010, soprattutto nel capitolo 2, *La barriera del colore* (p. 24 ss.), e nel capitolo 9, *Schiavitù senza sottomissione, emancipazione senza libertà* (p. 120 ss.). In ogni caso, la diffusione dei diritti politici – e sociali – è ancora una questione problematica, se si pensa che la nostra comunità nazionale include larghe comunità di immigrati stabilmente inseriti nella comunità sociale ma emarginati da quella politica per mezzo della negazione della cittadinanza.

⁴³ Sul punto, si veda P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *La Nuova Europa*, n. 4/1944, ora anche in C. OCONE, N. URBINATI (a cura di), *La libertà e i suoi limiti. Antologia del pensiero liberale da Filangieri a Bobbio*, Bari, 2006, p. 61, il quale prima che la Seconda Guerra mondiale fosse finita già scriveva: «lo stato liberale e democratico dell'avvenire, pur conservando alla base il principio fondamentale del rispetto della personalità umana, dovrà rinascere in forme molto diverse da quelle del secolo scorso, in modo da permettere ai meccanismi costituzionali della nuova legalità di raggiungere quei fini di giustizia sociale, dei quali la libertà individuale non può scompagnarsi senza rimanere una vuota parola [...]; e l'ambito dei diritti di libertà, che dovranno ancora una volta esser proclamati come baluardo intangibile contro il ritorno di ogni totalitarismo, sarà allargato fino ad includervi garanzie che valgono a bandire dalla società lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo». Per una disamina sui diritti sociali cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti sociali*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1960, p. 759 ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 802 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/1981, p. 755 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in *Nuove*, n. 5/1993, p. 27 ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Torino, 1994, p. 79 ss.; G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Politica del diritto*, n. 1/1999, p. 7 ss.; e più recentemente, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.

fondamentali, traghetta l'Europa verso una relativizzazione del principio di maggioranza, di guisa che, anche al di qua dell'Atlantico, l'illimitata estensione del principio democratico trova un argine formidabile nell'organizzazione e nell'ideologia delle democrazie costituzionali. Esse, infatti, rifiutano «una concezione della democrazia, che vede la sua realizzazione nel dispiegarsi senza limiti della sovranità popolare, suscettibile di trasformarsi in assolutismo democratico»⁴⁴.

Questo carattere “temperato” delle moderne democrazie si esprime attraverso una visione non più solo procedurale o formale della democrazia ma anche sostanziale⁴⁵. Così si afferma che la decisione pubblica possa essere realmente imputata alla volontà popolare, in quanto assunta dalla maggioranza dei rappresentanti, solo qualora vi siano le condizioni per una sua manifestazione autentica e consapevole. E dunque sono necessarie al dispiegarsi della democrazia le tradizionali libertà civili e quelle politiche. Ma occorre parimenti che venga assicurata l'effettività dei diritti sociali, come garanzia della sussistenza del presupposto sostanziale per l'esercizio di quelle libertà. Il che significa sottrarre tali ambiti dalla possibilità che i diritti civili – con l'intervento oppressivo dello stato – e i diritti sociali – con l'assenza di interventi – vengano conculcati, poco importa se con il supporto della maggioranza⁴⁶.

Testimonia l'avvicinamento dell'America e dell'Europa sul terreno di una democrazia temperata l'ubiqua diffusione della rigidità costituzionale. Sfruttando lo spunto della tradizione liberale della tutela dei diritti⁴⁷ e il superamento della supremazia statale operato da Kelsen in

⁴⁴ V. ONIDA, *Eguaglianza, legalità, costituzione*, in *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici. Atti del XIII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 1999, p. 264.

⁴⁵ Con alcune eccezioni, naturalmente, per coloro che accedano a «Una concezione interamente proceduralista della democrazia», per i quali si veda la significativa rassegna di citazioni bibliografiche contenuta nella nota 1 di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 110.

⁴⁶ Si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 8 s. e specialmente le relative note.

⁴⁷ Che l'idea della rigidità della costituzione possa rinvenirsi, *in nuce*, nel liberalismo ottocentesco trova conferma non solo nella sua precoce affermazione nella esperienza costituzionale americana ma anche nella presenza di clausole di rigidità in molte delle costituzioni dell'Ottocento europeo, come l'art. 131 della Costituzione belga del 1831, l'art. 123 della Costituzione svizzera del 1874, l'art. 8 della legge costituzionale francese del 1875, l'art. 94 della costituzione danese del 1915 o l'art. 76 della Costituzione di Weimar (L. FERRAJOLI, *Lo stato di diritto tra passato e fu-*

chiave di garanzia del pluralismo⁴⁸, anche sul continente europeo si impongono costituzioni rigide garantite in via giurisdizionale, ancorché sulla base di caratteristiche diverse da quelle nordamericane⁴⁹. È la prova di una comune visione, appunto non assolutistica, del principio democratico. Nelle democrazie costituzionali, infatti, è la stessa idea di costituzione rigida che realizza la sottrazione di tutta una serie di decisioni alla maggioranza, la quale, del resto, è anche limitata nelle sue possibilità di espressione per mezzo delle regole poste dalle Costituzio-

turo, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 360 e specialmente p. 379, nota 9). Tuttavia la rigidità restò su piano puramente formale, finché con la costituzione austriaca del 1920 di schietta impostazione kelseniana fu colmata l'assenza di una corte cui fosse assegnato il compito di farla valere. A controprova, poi, che la rigidità costituzionale sia una tecnica che affonda le sue ragioni nel liberalismo ottocentesco, si possono richiamare le autorevoli opinioni che hanno considerato rigido o persino iper-rigido lo stesso Statuto albertino: A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996; M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997. Anche C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848/1948*, Bari, 2000 (1974), p. 35, sembra del parere che almeno nelle intenzioni del re che lo concedeva lo Statuto non dovesse essere affatto flessibile.

⁴⁸ Come è noto, Kelsen non accetta il primato dello stato sul diritto come affermato dalla precedente dottrina tedesca maggioritaria ma vi sostituisce il primato della costituzione. È vero che Kelsen non muove da un'ottica schiettamente liberale poiché non concepisce la libertà come mera libertà negativa bensì come valore che, incontrando quello dell'uguaglianza, assume significato politico e sociale, come risulta particolarmente chiaro dal capitolo introduttivo del saggio H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 39 ss., intitolato proprio *La libertà*. In questa ottica, conseguentemente, la finalità garantistica della tutela dei diritti viene letta non più in chiave individualistica bensì pluralistica e così l'enfasi cade piuttosto sulla tutela della minoranza che non dei diritti individuali. Ma ciò non toglie che anche su queste diverse basi la democrazia non può essere intesa roussoviaamente come sovranità popolare che si esprime direttamente attraverso il principio maggioritario. Essa richiede invece l'adozione di un principio "maggioritario-minoritario" in cui anche le minoranze siano chiamate alla formazione delle decisioni pubbliche ed anzi trovino nella costituzione la sede delle loro garanzie (G. BONGIOVANNI, *Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 317 ss.).

⁴⁹ È noto che dapprima questo sviluppo coinvolge l'Austria e poi, anche sulla base tragica dell'esperienza dei regimi antidemocratici europei, esso si diffonde ulteriormente, ed ora il principio della rigidità costituzionale è caratteristica ormai comune a tutte le democrazie occidentali (compresa, fatte le debite distinzioni, la stessa Francia, e, in qualche misura, persino il Regno Unito).

ni medesime o da altre fonti materialmente costituzionali altrimenti definite⁵⁰. Sulla base di presupposti filosofici talora assai diversi e controversi, ma che costituiscono pur sempre un chiaro lascito del liberalismo nelle democrazie costituzionali moderne, si afferma l'esistenza di un nucleo fondamentale di principi e diritti di libertà⁵¹ che non può essere lasciato nella disponibilità della maggioranza⁵².

⁵⁰ Alludo per esempio a quelle per l'approvazione della legge, o per l'investitura dei governi e per le forme ed i controlli ai quali questi ultimi sono sottoposti per porre in essere atti validi negli ordinamenti giuridici.

⁵¹ Di questi diritti di libertà fanno parte anche quelli dotati di una dimensione collettiva. Di ciò vi è traccia evidentissima, ad esempio, nella stessa Costituzione italiana, che non si limita alla tutela delle libertà individuali, ma si spinge alla tutela in generale delle formazioni sociali in cui si svolge la libertà delle persone (art. 2 Cost.) ed in particolare con riferimento alle organizzazioni religiose, politiche e sindacali. In questo quadro rientra altresì la speciale tutela accordata alle minoranze linguistiche (rispetto agli ultimi sviluppi della protezione di tali minoranze, si veda, da ultimo, M. PODETTA, *Il lungo, maldestro surplace del legislatore statale a proposito della tutela delle lingue minoritarie e le recenti aperture regionalistiche del giudice costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 12 luglio 2012. In tutti questi casi, sulla base di tecniche talora assai diverse, si ritiene di sottrarre alla maggioranza decisioni che possano arrecare pregiudizio a tali gruppi.

⁵² È anzitutto a ciò che si riferisce il secondo comma dell'art. 1 della nostra Costituzione che, dopo aver riconosciuto l'appartenenza della sovranità al popolo, specifica che essa viene esercitata nelle «forme e nei limiti della Costituzione». L'attenuazione del principio maggioritario si realizza attraverso la previsione di maggioranze speciali o procedure più aggravate nella deliberazione degli organi rappresentativi. In alcuni casi, addirittura, si vietano del tutto certe decisioni. Sono gli strumenti con cui le democrazie cercano di difendersi da se stesse, ossia dal rischio che esse vengano messe in crisi con metodi democratici, come è avvenuto nell'approdo alle dittature fasciste o nazionalsocialiste in molti Paesi d'Europa a partire dal secondo decennio del secolo scorso. A questa categoria appartiene l'art. 139 della nostra Costituzione e la dottrina costituzionalistica secondo cui esiste un nucleo duro di principi costituzionali insuscettibile di essere revisionato con la procedura di cui all'art. 138 Cost. (né a fortiori con altre che siano apprestate per l'occasione, per cui, con riferimento alle cosiddette bicamerali per le riforme costituzionali, si veda A. D'ANDREA, *Partiti politici ed evoluzione della forma di governo nell'ordinamento italiano*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), p. 4). Naturalmente a questo allude, inoltre, la nozione di democrazie protette, per la cui nozione si vedano: C. CHIMENTI, *I partiti politici*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 327 s.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale comparato*, IV ed., Padova, 1993, p. 290; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 2/1991, p. 189 ss.; P. BARILE, U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI, Torino, 1957, p. 561 s.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le scelte costituzionali fon-*

Si tratta di uno sviluppo che era già possibile sulla base del liberalismo anglosassone o francese del Sette-Ottocento e che di fatto assumeva le libertà individuali come immodificabili dal potere politico⁵³. Generalmente, poiché si trattava delle libertà individuali più congegnali alla classe borghese, esse non richiedevano di essere difese dalla possibile aggressione della legge (su un piano oggettivo) e quindi dei parlamenti (su un piano soggettivo). Questi ultimi erano anzi considerati i “paladini dei diritti”, in quanto composti, giusta la ristrettezza del suffragio, dalla sola classe borghese, che di quei diritti era quindi, al contempo, fautrice e fruitrice, motivo per il quale il bisogno di costituzioni rigide fu pienamente avvertito solo in epoca successiva. Viceversa, l’esigenza di una protezione costituzionale dei diritti nei confronti del Congresso e della legge fu da subito sentita negli Stati Uniti, dove il suffragio era allargato e dove tutti i ceti sociali erano stati coinvolti, dapprima, nella lotta per l’indipendenza e, successivamente, nella costruzione del Paese. In presenza di questo precoce pluralismo sociale, il pericolo di un legislatore e di un maggioranza oppressivi delle libertà altrui fu da subito ampiamente avvertito. Così, in America, la *judicial review* delle leggi, che garantisce la rigidità della Costituzione, si afferma pressoché immediatamente, essendo elemento ben presente nel disegno ideale dei costituenti. Essa del resto rappresenta ancora oggi un tratto essenzialmente anti-maggioritario nella Costituzione americana⁵⁴ che, sebbene recentemente fatto oggetto delle critiche dottrinali poc’anzi illustrate, continua ad essere difeso caparbiamente da costituzionalisti del calibro di Tribe e da filosofi del diritto quali Dworkin⁵⁵.

damentali dell’Italia e della Germania nel 1947-49 considerate dopo un quarantennio di attuazione, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1990, p. 21.

⁵³ Si veda in proposito il Cap. 1.

⁵⁴ Sul punto, si veda già A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON, a cura di C. VIVANTI, Torino, 2006 (1835-1840), p. 108, secondo cui «il potere accordato ai tribunali americani di pronunciarsi sull’incostituzionalità delle leggi risulta ancora una delle più forti barriere mai erette contro la tirannia delle assemblee politiche».

⁵⁵ Si veda, per esempio, R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Cambridge (MA), 1986, p. 356: «The United States is a more just society then it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions». O ancora a p. 374 s.: «Is the Constitution more just if its constraints on majoritarian government are minimal? It might be thought so for two different reasons. [...] If someone agrees with Bentham (and some Marxists and communitarians) that people have no rights as individuals, he might well think the Constitution better the fewer con-

Per tornare all'Europa, le innovazioni cui ho brevemente accennato conducono all'affermazione dello stato democratico-sociale, che tuttavia non inverte «una forma di Stato radicalmente diversa e antagonista rispetto allo Stato liberale»⁵⁶, proprio perché condivide con questo il medesimo fastidio per qualunque forma di assolutismo: il potere continua a trovare nelle libertà fondamentali quel limite invalicabile che rappresenta il lascito più prezioso del liberalismo.

L'affermazione del principio democratico, in base al quale il potere pubblico deve essere ricondotto alla sovranità popolare, non conduce pertanto a ripristinare uno stato assoluto, sia pure in chiave democratica, proprio perché in Europa occidentale resta intatto – perlomeno nelle sue implicazioni più stringenti – il nucleo individualista dello stato liberale, al quale semplicemente si aggiunge una nuova dimensione dell'uguaglianza che affianca ai diritti civili quelli politici e quelli sociali. Il permanere della supremazia dell'individuo, di cui è testimonianza l'enfasi attuale sui diritti dell'uomo, mantiene integre le esigenze dell'uguaglianza e della certezza del diritto, che continuano – come avevo argomentato nel primo capitolo – a richiedere la separatezza del potere giudiziario⁵⁷. Anzi, il

straints it imposes on the majority's will. [...] The second argument [...] does not deny that individuals have rights [...]. It opposes constitutional constraints for the more complicated reason that over the long run legislatures are more likely to develop a sounder theory of what rights justice does require than courts [...]. There is an obvious objection to that claim. Legislators who have been elected, and must be reelected, by a political majority are more likely to take that majority's side».

⁵⁶ V.ONIDA, *Eguaglianza, legalità, costituzione*, cit., p. 263 s. In proposito si veda anche N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, 1995 (1978-1981), p. 91 che, riferendosi ai diritti individuali, osserva: «Soltanto il loro pieno riconoscimento dà origine a quella forma di stato limitato per eccellenza che è lo stato liberale e a tutte le forme successive che, pur riconoscendo altri diritti fondamentali, come i diritti politici e i diritti sociali, non sono venute meno al rispetto dei diritti di libertà». G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, p. 56 ss., ha invece sostenuto che il passaggio dallo stato liberale a quello democratico sociale abbia comportato una trasformazione radicale della forma di stato: nello stato liberale la separazione dei poteri si sarebbe giustificata in relazione alla caratteristica separatezza tra stato e società; tale dualismo sarebbe poi venuto meno nel Novecento e con esso anche l'esigenza di separare i poteri. Per la verità, anche questo autore deve poi ammettere che nella nuova divisione dei poteri «La indipendenza dei giudici, cardine del modello divisorio liberale, è stata mantenuta e anzi in genere rafforzata» (p. 86).

⁵⁷ Qui aggiungo solo che già A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON, a cura di C. VIVANTI, cit., p. 157, notava: «Presso tutte le nazioni civili d'Europa il governo ha sempre mostrato grande ripugnanza a lascia-

nuovo stato democratico-sociale acuisce in certa misura questa necessità, dal momento che la saldatura dell'esecutivo con il legislativo realizzatasi, sotto il segno della sovranità popolare, nelle forme di governo parlamentari europee più recenti, accentua la necessità di un'istanza politicamente neutrale diretta a consentire la limitazione del potere a difesa del patrimonio di diritti riconosciuti a ciascuno⁵⁸.

2.2. Una permanente divergenza: necessaria rigidità della separazione del potere giudiziario in Europa.

Si è appena concluso che l'avvicinamento di Europa e America sul terreno del controllo di costituzionalità è il sintomo più evidente di una generale convergenza tra le due sponde dell'Atlantico quanto alla mitigazione del principio maggioritario. Questo viene declinato all'interno di un modello democratico che contempera la sovranità popolare con il limite della tutela dei diritti fondamentali, limite che, contestualmente, funge da obiettivo dell'azione dei pubblici poteri. Europa e America condividono dunque lo stesso obiettivo di fondo della dottrina montesquieuiana, ossia la realizzazione di un sistema che tuteli la libertà, sebbene quest'ultima in Europa si arricchisca delle connotazioni sociali derivanti dall'adesione alla forma di stato democratico sociale.

Esiste tuttavia una profonda divergenza tra Europa e Stati Uniti con specifico riguardo al grado di separazione del potere giudiziario rispetto agli altri due.

re che la giustizia ordinaria decidesse questioni che lo interessavano direttamente. Tanto maggiore appare la ripugnanza quanto più assoluto è il governo. Al contrario, a mano a mano che la libertà aumenta, l'ambito delle attribuzioni dei tribunali si espande sempre più».

⁵⁸ Com'è stato osservato da A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2009, p. 8, «I principi costituzionali che determinano l'intero assetto organizzativo del potere giudiziario e la sua configurazione istituzionale, identificabili imprescindibilmente nella posizione di autonomia e di indipendenza della magistratura, conseguono in modo diretto dall'applicazione del principio cardine del liberismo politico, ovvero dalla necessità di separare le funzioni sovrane in poteri distinti, allo scopo di garantire le libertà dei cittadini e di assicurare il rispetto «di certi principi di giustizia», ai quali gli ordinamenti democratico-sociali contemporanei si sono conformati». La citazione nel testo si riferisce a G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972, p. 113.

Come è stato più volte sottolineato nelle pagine precedenti, nel modello americano dei *checks and balances* il giudice è inserito quale potere su un piano di parità con gli altri due all'interno di un complesso sistema di pesi e contrappesi volto alla salvaguardia delle libertà. Ciò può avvenire perché il giudice americano è parte integrante del sistema democratico in virtù delle modalità della sua selezione, improntate secondo criteri squisitamente politici. In questo modello la separazione dei poteri, che si ispira al meccanismo del bilanciamento, è necessariamente flessibile.

Ora, così ricostruito il meccanismo madisoniano, mi sembra facile concludere che esso è, in linea di massima, inattuabile nelle democrazie europee, le quali sono prevalentemente forgiate sul modello di separazione rigida del giudiziario, ossia sull'altra tecnica, per certi versi opposta, che si può desumere dalla dottrina montesquieuiana. Negli ordinamenti europei mancano infatti due tratti essenziali del disegno di Madison: la divisione di esecutivo e legislativo, che rappresenta un presupposto del bilanciamento, e la derivazione politica del giudice, di modo che lo stesso possa godere di un'adeguata legittimazione per agire come contropotere.

Ne consegue che un potere giudiziario privo di legittimazione politica, qual è il nostro, selezionato sulla base del principio meritocratico del concorso, non avrebbe infatti né forza né titolo per operare tra i soggetti che reciprocamente cooperano o reciprocamente si intralciano in un sistema come quello madisoniano⁵⁹. Tanto meno il potere giudiziario, che resta pur sempre *the least dangerous branch*, sarebbe in grado di porsi nella dialettica dei *checks and balances* laddove il potere politico è unito, come accade in Europa, nel *continuum* che lega il Governo al Parlamento (e, parlando della Francia, al Presidente della Repubblica, specialmente dopo le riforme del 2000-2001). Nel contesto americano, infatti, il potere giudiziario può giocare un ruolo da protagonista nel sistema di pesi e contrappesi, per il fatto che i poteri dotati di legittimazione diretta sono divisi organicamente in modo rigido. Così, la forza della legittimazione popolare diretta di legislativo ed esecutivo può spesso risultare vicendevolmente neutralizzata. Non è un caso che il sistema americano realizzi meglio la tutela delle libertà quando i due poteri direttamente collegati

⁵⁹ Non a caso, si tratta di un discorso che per noi vale precipuamente con riguardo alla magistratura ordinaria e a quelle speciali. Vale molto meno per la Corte costituzionale, che, infatti, è selezionata nei componenti sulla base di criteri tutt'affatto diversi ed è dotata del monopolio del controllo di costituzionalità. Essa, quindi, può considerarsi più facilmente un *check*, nel senso in cui usiamo questa espressione per qualificare il giudiziario americano.

alla sovranità popolare abbiano colori politici diversi, mentre può risultare deficitario quando essi sono politicamente affini. Ne è testimonianza la vicenda delle interferenze con il potere giudiziario nel contesto della già citata *war on terror*, in cui la Corte Suprema ha appunto abbandonato la consueta flessibilità nell'interpretazione della separazione dei poteri per ricorrere a un approccio più rigido, solo così potendo realizzare in concreto l'obiettivo della tutela delle libertà.

Vi è da aggiungere che il meccanismo dei *checks and balances*, con molta probabilità, si sarebbe rivelato persino incompatibile con il contesto europeo dello stato democratico sociale, nella misura in cui esso tutela le libertà ricorrendo a un meccanismo tendente all'inazione dei poteri politici. Il gioco dei pesi e dei contrappesi, in definitiva, è un sistema di reciproci veti che mira a rallentare se non a paralizzare l'attività degli organi politici. Non c'è dubbio che, in questo senso, esso si adatti assai meno al sistema dello stato democratico sociale europeo, che, avendo per finalità costituzionale lo sviluppo progressivo della tutela dei diritti sociali, esige l'azione coordinata degli organi politici per rimuovere gli ostacoli all'uguaglianza sostanziale e, più in generale, per realizzare il "programma" costituzionale⁶⁰.

In ogni caso, qui rileva sottolineare che il sistema madisoniano della tutela delle libertà attraverso il meccanismo dei *checks and balances* non è presente nelle democrazie europee. Delle due tecniche desumibili dalla dottrina montesquieuviiana della separazione dei poteri, in esse non può pertanto operare quella che si richiama all'antica dottrina del governo misto e che è stata invece recepita in America, seppure profondamente aggiornata in una versione democratica.

Nel contesto europeo, viceversa, si riespande l'altra tecnica desumibile dalla dottrina montesquieuviiana, quella che, muovendo dal *rule of law*, richiede una separazione rigida del potere giudiziario. Abbiamo visto, analizzando l'esperienza delle interferenze organiche e funzionali inerenti al giudiziario americano, che il principio del *rule of law, not of men*, quando richiamato, ha infatti per lo più condotto a soluzioni di separazione rigida del giudiziario. Tuttavia tale conseguenza non poteva svilupparsi appieno in quel sistema, proprio perché è in una certa misura incompatibile con l'opzione di fondo a favore del meccanismo dei *checks*

⁶⁰ E tuttavia si tratta di un giudizio che può essere sottoposto ad aggiornamento mano a mano che procede il processo in atto di progressivo smantellamento dello stato sociale anche in Europa.

and balances, che appunto comporta una derivazione politica del giudice. Ma se è così, ciò che impedisce l'adozione del meccanismo dei *checks and balances* in Europa è esattamente ciò che ostacola una separazione rigida in America. E, corrispondentemente, se l'inserimento nel circuito politico del giudice americano attenua le esigenze di rigidità della separazione con le altre *branches of government*, la sua caratura politicamente neutrale in Europa le fa riespandere appieno.

In Europa resta dunque valida l'altra tecnica che Montesquieu prefigurava al fine di tutelare la libertà. Non potendo operare il meccanismo dei pesi e dei contrappesi, nel Vecchio Continente la tutela dei diritti passa attraverso il classico ideale della legge generale ed astratta e della sua applicazione uguale da parte di un potere giudiziario separato dagli altri. Anche la democrazia sociale europea si muove infatti dalla premessa dei diritti da tutelare da parte dello stato, la quale trascina con sé il primato della legge, sia nel senso della legittimazione legale del potere, sia nel senso del governo attraverso la legge, in cui l'individuo è sottratto all'arbitrio del potere politico grazie alla presenza di disposizioni generali, astratte e tendenzialmente non retroattive⁶¹. È questo il paradigma dello stato costituzionale di diritto, che, a grandi linee⁶², rappresenta la versione continentale del *rule of law*. Come ha sottolineato Rawls, «Il legame del governo della legge con la libertà è sufficientemente chiaro. [...] Il governo della legge ha [...] uno stabile fondamento nell'accordo delle persone razionali che stabiliscono per se stesse la maggiore eguale libertà possibile»⁶³. Del resto, il nesso tra principio di legalità, che è una compo-

⁶¹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 175, distingue in questo senso il «governo *sub lege*» dal «governo *per leges*».

⁶² Si consenta l'approssimazione. Per le opportune precisazioni, si veda P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 89 ss., e, nello stesso volume, E. SANTORO, *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, p. 173 ss.

⁶³ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2002 (1971), p. 206 (si veda anche p. 203). Di diverso avviso N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 177, secondo cui «più problematico è il nesso tra la legge e il valore della libertà», anche se altrove conferma che «il primato della legge protegge il cittadino dall'arbitrio del cattivo governante» (p. 172). Ma non a caso – nota D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 18, cui si rinvia per la relativa bibliografia (p. 73 s., nota 3) – «Lo stato di diritto ritorna in Occidente, dopo l'eclissi del "socialismo reale" [...], in stretta connessione con la dottrina dei diritti sogget-

nente essenziale dello stato di diritto, e l'indipendenza del giudice dagli altri poteri – ci viene ricordato da Cerri – era già affermato da Platone⁶⁴ ed è oggi comunemente riconosciuto dalla dottrina, giacché «le applicazioni del principio di legalità [...] richiedono l'esercizio di controlli delle attività dei pubblici poteri da parte di soggetti qualificati soprattutto dalla loro formazione professionale di giuristi, oltre che dalla loro autorevolezza, indipendenza ed imparzialità»⁶⁵.

Sotto un altro profilo, la necessità di una separatezza tra ordine giudiziario e potere politico si giustifica ulteriormente, nelle democrazie sociali europee, considerando il nuovo ruolo assunto in questo contesto dal principio di uguaglianza. Il nesso tra stato di diritto ed eguaglianza, che richiede vi sia separazione tra la produzione del diritto e la sua applicazione, era sottolineato già da Rousseau, per il quale «il corpo legislativo, qualora fosse incaricato anche dell'esecuzione, non riuscirebbe a rispettare la norma eguale che ha stabilito ma, per la pressione degli interessi particolari, finirebbe per creare dei privilegi»⁶⁶. Ma è tanto più valido al giorno d'oggi, quando si afferma – non solo con riferimento alla giurisdizione (ma per essa il principio non può che valere *a fortiori*) – che la «garanzia dell'uguaglianza di trattamento e dell'imparzialità» è incompatibile, in riferimento ai titolari della relativa funzione, «con la loro dipendenza politica o anche solo con il rapporto fiduciario con i titolari delle funzioni di governo»⁶⁷. D'altro canto, il concetto di uguaglianza è implicito nella stessa nozione di legge, almeno dove essa sia sinonimo di regola generale e astratta⁶⁸.

Sulla base di questa sintetica ricostruzione conclusiva, che, in un contesto nel quale non opera un sistema di *checks and balances*, fa risalire dalla tutela delle libertà l'esigenza di separare rigidamente il giudiziario dal potere politico, si può allora facilmente comprendere la ragione

tivi [...]: si pensi ad autori come Ronald Dworkin, Ralf Dahrendorf, Jürgen Habermas, Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli».

⁶⁴ A. CERRI, (*divisione dei*), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1.

⁶⁵ A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, n. 2/2003, p. 353.

⁶⁶ A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 3.

⁶⁷ L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, cit., p. 204.

⁶⁸ Sostanzialmente concordano sul punto, tra gli altri: N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 176 s.; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 206; H. SIDGWICK, *The methods of Ethics*, London, 1907, p. 267.

per la quale, nelle definizioni della nozione di giurisdizione oggi più invalse nell'uso, si punta maggiormente sul lato soggettivo, ossia appunto sulla forma di indipendenza da assicurare al soggetto che esercita la funzione, piuttosto che sul lato oggettivo della funzione svolta⁶⁹. A fronte della difficoltà di fatto nel trovare un solido accordo nella definizione dell'attività giurisdizionale sul piano oggettivo⁷⁰, la dottrina ha preferito individuarne i caratteri distintivi insistendo, in un primo tempo, sulle modalità particolarmente garantistiche di esercizio della funzione⁷¹. Anche

⁶⁹ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 87. Soprattutto, si veda S. BARTOLE, *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1, dove nota: «vigente lo Statuto albertino, la dottrina era solita fondare il carattere giurisdizionale di un organo sulla sua sottoposizione a determinate forme processuali [...]. Con l'avvento della Costituzione [...] l'indipendenza è ormai un requisito strutturale del giudice». Per una ricostruzione delle teorie sulla giurisdizione, cfr. B. OLIVI, *Note sul concetto di giurisdizione*, in *Jus*, 1957, p. 48 ss.

⁷⁰ Kelsen, nella ricostruzione a catena delle attività che consistono contestualmente in creazione ed applicazione del diritto, attesta la sostanziale somiglianza tra attività amministrativa e giurisdizionale. Quest'ultima comporterebbe la creazione di norme individuali, ciò che appunto può essere oggetto anche della attività amministrativa. Di fatto, come nota Silvestri, nella teoria kelseniana la distinzione tra giurisdizione ed amministrazione avrebbe un mero «valore storico» (G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 684). La distinzione, per Kelsen, andrebbe individuata nell'autorità della cosa giudicata, ma «la soluzione Kelseniana è una soluzione vuota» secondo S. BARTOLE, *Giudice, I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 2. Secondo altri, la distinzione su un piano oggettivo della funzione giurisdizionale è messa in discussione dalla capacità anche creativa della giurisdizione. In questo senso, si veda E. SPAGNA MUSSO, *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 944 ss., che concepisce il giudice quale agente del circuito della creazione e dell'applicazione del diritto.

⁷¹ La dottrina ha parlato di «attività statale consistente nella determinazione neutrale del diritto vivente, operata con efficacia vincolante alla stregua delle norme giuridiche» (A. MELONCELLI, *Giurisdizione (disciplina costituzionale della)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 2); ovvero di «attività diretta all'accertamento della volontà normativa da far valere in un caso concreto oggetto di una controversia tra due o più parti, pubbliche e/o private, allo scopo di eliminare le incertezze sorte in sede di applicazione delle norme o di irrogare le sanzioni previste per la commissione di illeciti, così da assicurare la certezza del diritto e la reintegrazione dell'ordine giuridico violato» (G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, V ed., 1999, p. 355). Per «intendere la funzione propria della giurisdizione si rende necessario svolgere ancora il senso [...] del termine chiarendo che la pronuncia sul diritto che ne costituisce il contenuto deve riferirsi a rapporti in ordine ai quali si facciano valere pretese tra loro contrastanti da parte dei soggetti ad essi interessati, oppure esigenze di reintegrazione dell'ordine giuridico quando sia

la tendenziale esclusività di questa caratteristica è andata però via via sfumando a fronte del diffondersi di tali esigenze garantistiche ad altri settori dell'ordinamento, ed in particolare all'amministrazione⁷². Conseguentemente, gli elementi in grado di enucleare l'ambito della giurisdizione sono stati infine rintracciati proprio sul piano meramente soggettivo. Da questo punto di vista, significativamente, Silvestri conclude la sua argomentazione in ordine al fondamento delle diverse attività assegnate al giudice in un ordinamento costituzionale in questo modo: «l'elemento unificatore non si può ritrovare nella "funzione" giurisdizionale, ma nella particolare posizione di indipendenza degli organi giudiziari nel sistema politico-costituzionale. [...] La speciale indipendenza garantita al giudice è [...] il *prius* logico e pratico rispetto alla attribuzione di competenze diverse ed eterogenee. [...] La funzione politica della giurisdizione consiste, paradossalmente, nella sua neutralizzazione politica»⁷³.

Questa impostazione risente del pensiero di Luhmann nell'individuazione della funzione di neutralizzazione politica della giurisdizione⁷⁴. Egli spiega il fondamento di detta funzione ricorrendo a una riflessione che mette in relazione politica, diritto e forza fisica. Poiché cioè l'uso della forza fisica «è troppo problematico per il sistema politico», è la giurisdizione, quale luogo della neutralizzazione della politica, che ne consente o impedisce l'uso, per ottenere la «coercizione fisica» del destinatario⁷⁵. In altre parole, la coercizione fisica tramite l'uso della forza di un soggetto in un ordinamento quale il nostro (ossia liberal-democratico) non può che avvenire attraverso la mediazione di un soggetto politicamente neutrale. Ma la coercizione cui ci si riferisce non è altro che la sot-

stato violato» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, p. 375).

⁷² Si pensi alla nozione di imparzialità che viene estesa alla pubblica amministrazione, o alla nuova attenzione posta sulle garanzie del procedimento e sulla completezza del contraddittorio amministrativo, nonché alla nuova enfasi per le c.d. autorità indipendenti.

⁷³ G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., p. 700 ss.

⁷⁴ N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990 (1964-1970), p. 57: «La funzione politica della giurisdizione si fonda quindi, per dirla in modo paradossale, sulla sua neutralizzazione politica».

⁷⁵ N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, cit., p. 58. Si tratta di una valutazione della quale si possono trovare radici antiche, come attestato dall'opinione di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. di A. VIVANTI SALMON, a cura di C. VIVANTI, cit., p. 146, secondo il quale «Il grande intento della giustizia è sostituire l'idea della violenza con quella del diritto, e frapporre intermediari tra governo e uso della forza materiale».

trazione dei propri beni e delle proprie libertà senza il proprio consenso⁷⁶. E dunque – se non forse eccessivamente questa linea di pensiero – la mediazione dell’istanza politicamente neutra risulta alla fine garanzia necessaria per la tutela delle libertà in un ordinamento liberaldemocratico⁷⁷.

⁷⁶ Si tratta di una considerazione che si adatta immediatamente alla giurisdizione penale. Ma indirettamente abbraccia anche quella civile e amministrativa: se non si rispetta volontariamente un contratto, vi si può essere costretti attraverso l’espropriazione forzata soltanto attraverso la giurisdizione; l’amministrazione può agire autoritativamente sul bene o sulle libertà dei cittadini (o anche negando una prestazione concernente diritti sociali) ma tale provvedimento può acquisire definitività soltanto per acquiescenza o a seguito di un provvedimento giurisdizionale.

⁷⁷ In effetti, Montesquieu aveva aperto il capo VI del libro XI de *L’esprit des lois* con una stentorea affermazione secondo cui in ogni stato non ci sono che tre poteri, così rendendo fondato il sospetto che il principio si fondi su «un nesso logico consequenziale tra separazione oggettiva delle funzioni e indipendenza soggettiva degli organi depositari di ciascuna funzione» (così F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1965, p. 31, che però non concorda con tale interpretazione, così come buona parte degli autori che egli indica alla nota 57, tra cui Carré de Malberg, Crosa e Foderaro). Tuttavia abbiamo già sottolineato che la separazione dei poteri era una tecnica rivolta soprattutto al fine politico della garanzia della libertà, tanto per Montesquieu quanto per il suo precursore Locke, che giustificava la sua diversa separazione con queste parole: «costituirebbe una tentazione troppo forte per la fragilità umana il fatto che le stesse persone che hanno l’autorità di legiferare avessero anche in mano il potere di rendere le leggi esecutive, in modo da esimersi dall’obbedire alle leggi stabilite e adattarle al proprio vantaggio, sia nella concezione che nell’applicazione, giungendo così ad avere un interesse distinto dal resto della comunità, opposto ai fini della società e del Governo» (J. LOCKE, *Two Treatises on Government*, trad. di A. DE CAPRARIS, a cura di F. BATTAGLIA, *Antologia degli scritti politici di John Locke*, Bologna, 1962 (1690), p. 104). Pertanto, la funzionalizzazione politica delle originarie dottrine della separazione dei poteri, con riguardo al potere giudiziario, le rende particolarmente conformi alle contemporanee definizioni della giurisdizione come luogo indipendente e separato dal circuito politico. Un’ulteriore riprova che la separazione del giudiziario vada rinvenuta nella radice liberale degli ordinamenti liberaldemocratici attuali può essere poi rinvenuta sul terreno storico se si ha riguardo alle esperienze autoritarie della prima metà del Novecento in Europa. Esse si sono tutte contraddistinte per porsi in chiara antitesi con lo stato di diritto, finendo per travolgere l’autonomia e l’indipendenza del giudice, per quanto nello stato liberale tali caratteri si fossero realizzati soltanto in maniera parziale. Lo stato di diritto collassa nell’Unione sovietica, i cui tribunali del popolo sono sottratti all’applicazione della legge. In Germania, allo “stato di diritto” è contrapposto lo “stato di giustizia”, nel quale «i giudici sono tenuti ad obbedire non alle leggi, ma alle istruzioni che caso per caso invierà ad essi, per ordine del Führer, il ministro della giustizia» (P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *La Nuova Europa*, n. 4/1944, ora anche in C. OCONE, N. URBINATI (a cura di), *La libertà e i suoi limiti. Antologia del pensiero liberale da Filangieri a Bobbio*, Bari, 2006, p. 58, al

Il fine della tutela delle libertà accomuna dunque le democrazie del vecchio e del nuovo mondo, entrambe ancora influenzate dalla dottrina montesquieuviiana della separazione del potere. La teoria di Montesquieu resta nondimeno duplice nelle tecniche che mette a disposizione, divenendo foriera di due differenti concezioni del potere giudiziario. Negli Stati Uniti essa ha ricevuto attuazione nella matrice che si ricollegava al governo misto, il che ha comportato il conferimento al giudice di una caratura politica che gli consente di operare attivamente nel sistema dei pesi e contrappesi, in virtù di un modello di separazione del potere giudiziario improntato a un criterio di flessibilità. Viceversa, in Europa, la peculiare modalità con la quale si è affermato il principio democratico ha impedito un eguale sviluppo del sistema dei *checks and balances*. Ciò ha comportato che la tutela delle libertà potesse essere assicurata dallo sviluppo dell'altra tecnica ricollegabile alla dottrina montesquieuviiana, quella che, affondando le proprie radici nella diversa matrice del governo della legge, implica invece una separazione rigida del potere giudiziario da quelli politici o di governo, ragion per cui può affermarsi che nel contesto europeo la separatezza del giudice dal circuito politico individua l'*ubi consistam* del potere giudiziario.

quale si rinvia anche per le considerazioni circa l'antitesi con lo stato di diritto delle tre più rilevanti esperienze autoritarie in Europa, cioè fascismo, nazismo, comunismo sovietico). In Italia, ancorché l'ordinamento fascista non abbia saputo ripudiare esplicitamente lo stato di diritto, da esso si deviò radicalmente nei fatti. Di ciò, peraltro, resta una traccia evidente nel pensiero dei giuristi che comunque hanno costituito la base ideologica per esperienze autoritarie (sul tema fondamentale è il contributo di C. DELL'ACQUA, *Il principio della divisione dei poteri e lo Stato totalitario: l'esperienza fascista e nazionalsocialista*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. I, Padova, 1995, p. 337 ss.). È il caso di molti scritti di periodo fascista, come sostiene E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della separazione dei poteri*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. I, Milano, 1999, p. 417, che richiama gli scritti di E. BONAUDI, *Il potere politico e la divisione dei poteri*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Padova, 1940, p. 302 ss. Si veda anche S. FODERARO, *La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1939, p. 748 ss.: «la concezione liberale, che spezzetta l'autorità tra i vari poteri o che (è lo stesso) crea più autorità sovrane, è completamente superata dalla concezione pubblicistica fascista, nella quale la sovranità viene ricompresa ad unità. Nella concezione fascista corporativa il potere è uno solo ed è di natura indivisibile: se si divide si annulla». Il principio era naturalmente ripudiato anche nelle costituzioni di stampo sovietico (C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, p. 359 ss.).

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *It Is a Constitution We Are Expounding. Collected Writings on Interpreting Our Founding Document*, Washington (D.C.), 2009
- ABRAHAM H. J., *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*, III ed., New York, 1992
- ABRAHAM H. J., *Justices, Presidents, and Senators. A History of Us Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*, IV ed., Lanham (MD), 1999
- ACKERMAN B. A., *Transformative Appointments*, in *Harvard Law Review*, n. 101/1988, p. 1164 ss.
- ACKERMAN B. A., *We the People: Foundations*, Cambridge (MA), 1991
- ACKERMAN W. E., *Comment: Separation of Powers and Judicial Service on Presidential Commissions*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 53-3/1986, p. 993 ss.
- ADAMS C. F. (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. III-IV-VI, Boston, 1851-1856
- ADAMS J., *Discourses on Davila*, in ADAMS C. F. (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. VI, Boston, 1851-1856, p. 280 ss.
- ADAMS J., *Letter to Richard Henry Lee*, 15 novembre 1775, in ADAMS C. F. (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. IV, Boston, 1851-1856, p. 186 ss.
- ADAMS J., *The Earl of Clarendon to William Pym*, in ADAMS C. F. (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. III, Boston, 1851-1856, p. 477 ss.
- Advisory Opinions and the Influence of the Supreme Court over American Policymaking*, in *Harvard Law Review*, n. 124/2011, p. 2064 ss.
- AGRESTO J., *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca (N.Y.), 1984
- ALEXANDER L., SCHAUER F., *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, n. 110-7/1997, p. 1359 ss.
- AMAR A. R., *A Neo-Federalist View of Article III: Separating the Two Tiers of Federal Jurisdiction*, in *Boston University Law Review*, n. 65/1985, p. 205 ss.
- AMAR A. R., *Architexture*, in *Indiana Law Journal*, n. 77/2002, p. 671 ss.

- AMAR A. R., *Rethinking Originalism. Original intent for liberals (and for conservatives and moderates, too)*, in *Slate* (www.slate.com), 21 settembre 2005
- AMAR A. R., *The Two-Tiered Structure of the Judiciary Act of 1789*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 138/1990, p. 1499 ss.
- AMATO G., *Democrazia maggioritaria e divisione dei poteri*, in *Questione giustizia*, n. 1/2005, p. 125 ss.
- AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1990
- APOSTOLI A., *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2009
- AQUARONE A., NEGRI G., SCELBA C. (a cura di), *La formazione degli Stati Uniti d'America*, vol. II, Pisa, 1961
- ARENDT H., *On Revolution*, trad. italiana *Sulla rivoluzione*, Milano, 1999 (1963)
- ARIENS M., *A Thrice-Told Tale, or Felix the Cat*, in *Harvard Law Review*, n. 107/1994, p. 620 ss.
- ARISTOTELE, *Politica*, trad. a cura di V. COSTANZI, Bari, 1918
- AZZARITI G., *Ipotesi sui diritti sociali*, in *Nuvole*, n. 5/1993, p. 18 ss.
- BAILYN B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (MA), 1967
- BAILYN B., WOOD G. S., *Le origini degli Stati Uniti*, Bologna, 1987
- BAKER L., *Back to Back: The Duel Between FDR and the Supreme Court*, New York, 1967
- BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1 ss.
- BALKIN J. M., *Constitutional Hardball and Constitutional Crises*, in *Quinnipiac Law Review*, n. 26/2008, p. 579 ss.
- BALKIN J. M., *Living Originalism*, Cambridge (MA), 2011
- BALKIN J. M., LEVINSON S., *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, in *Fordham Law Review*, n. 75-2/2006, p. 489 ss.
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto costituzionale*, Milano, 1972
- BARILE P., DE SIERVO U., *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVI, Torino, 1957, p. 541 ss.
- BARNETT R. E., *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton (N.J.), 2004
- BARNETT R. E., *The Original Meaning of the Commerce Clause*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 68/2001, p. 101 ss.
- BARNUM D. G., *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period*, in *The Journal of Politics*, n. 47-2/1985, p. 652 ss.
- BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964
- BARTOLE S., *Giudice, I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 1 ss.

- BARTOLE S., *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 ss.
- BARTOLE S., *Presentazione dell'edizione italiana*, in GRIFFIN S. M., *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003
- BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1965, p. 17 ss.
- BATOR P. M., *Congressional Power Over the Jurisdiction of the Federal Courts*, in *Villanova Law Review*, n. 27/1982, p. 1030 ss.
- BATOR P. M., *The Constitution as Architecture: Legislative and Administrative Courts Under Article III*, in *Indiana Law Journal*, n. 65-2/1990, p. 233 ss.
- BAUM L., *American courts: Process and policy*, V ed., Boston, 2001
- BAUM L., *The Supreme Court*, VII ed., Washington (D.C.), 2001
- BELKNAP M. R. (a cura di), *American Political Trials*, Westport (CT) 1994
- BELL P. A., *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, in *Stanford Law Review*, n. 22-3/1970, p. 587 ss.
- BEVERIDGE A. J., *The life of John Marshall*, vol. II, Boston, 1916
- BICKEL A. M., *Politics And The Warren Court*, I ed., New York, 1965
- BICKEL A. M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis (IN), 1962
- BICKEL A. M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven (CT), 1986 (1962)
- BIGNAMI M., *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997
- BILDER M. S., *The Corporate Origins of Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, n. 116/2006, p. 502 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritti sociali*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1960, p. 759 ss.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Le scelte costituzionali fondamentali dell'Italia e della Germania nel 1947-49 considerate dopo un quarantennio di attuazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1990, p. 3 ss.
- BLACK C. L., JR., *A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees*, in *The Yale Law Journal*, n. 79/1970, p. 657 ss.
- BLACK C. L., JR., *The Presidency and Congress*, in *Washington and Lee Law Review*, n. 32-4/1975, p. 841 ss.
- BLACK H. L., *A Constitutional Faith*, New York, 1968
- BLASIE M., *Separation of Powers Defense of Federal Rulemaking Power*, in *New York University Annual Survey of American Law*, n. 66-3/2011, p. 593 ss.
- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, 2010 (1984)
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990

- BOBBIO N., *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, 1995 (1978-1981)
- BÖCKENFÖRDE E. W., *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1985, p. 227 ss.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Milano, 2001
- BONAUDI E., *Il potere politico e la divisione dei poteri*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Padova, 1940, p. 511 ss.
- BONGIOVANNI G., *Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, in COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 317 ss.
- BORK R. H., *The tempting of America: the Political Seduction of the Law*, in *Cornell Law Review*, n. 75/1990, p. 1358 ss.
- BRATTON K. A., SPILL R. L., *Moving Up the Judicial Ladder: The Nomination of State Supreme Court Justices to the Federal Courts*, in *American Politics Research*, n. 32/2004, p. 198 ss.
- BRAVIN N., *Is Morrison v. Olson Still Good Law? The Court's New Appointments Clause Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, n. 98-4/1998, p. 1103 ss.
- BRYCE J., *The American Commonwealth*, New York – London, 1888
- BREST P., *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, in *Stanford Law Review*, n. 27-3/1975, p. 585 ss.
- BREST P., *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, n. 60/1980, p. 204 ss.
- BREYER S., *Fair and Independent Courts: A Conference on the State of the Judiciary: Judicial Independence: Remarks by Justice Breyer*, in *Georgetown Law Journal*, n. 95-4/2007, p. 903 ss.
- BRISBIN R. A., JR., *The Judiciary and the Separation of Powers*, in HALL K. L., MCGUIRE K. T. (a cura di), *The Judicial Branch*, Oxford (U.K.) – New York, 2005, p. 89 ss.
- BROWN W., *The Life of Oliver Ellsworth*, New York, 1905
- BURBANK S. B., *Fair and Independent Courts: A Conference on the State of the Judiciary: Judicial Independence, Judicial Accountability, and Interbranch Relations*, in *Georgetown Law Journal*, n. 95/2007, p. 909 ss.
- BURBANK S. B., *Ignorance and Procedural Law Reform: A Call for a Moratorium*, in *Brooklyn Law Review*, n. 59/1993, p. 841 ss.
- BURBANK S. B., *The Rules Enabling Act of 1934*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 130/1982, p. 1015 ss.
- BURBANK S. B., FRIEDMAN B. (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002
- BURNER D., Owen J. Roberts, in FRIEDMAN L., ISRAEL F. (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. III, New York, 1969, p. 2253 ss.

- BYBEE K. J., *All Judges Are Political – Except When They Are Not. Acceptable Hypocrisies and the Rule of Law*, Stanford (CA), 2010
- CALABRESI S. G., PRAKASH S. B., *The President's Power to Execute the Laws*, in *The Yale Law Journal*, n. 104-3/1994, p. 541 ss.
- CALABRESI S. G., RHODES K. H., *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in *Harvard Law Review*, n. 105-6/1992, p. 1153 ss.
- CALABRESI S. G., YOO C. S., *The Unitary Executive During the First Half Century*, in *Case Western Reserve Law Review*, n. 47-4/1997, p. 1451 ss.
- CALAMANDREI P., *La crisi della legalità*, in *La Nuova Europa*, n. 4/1944, ora anche in OCONE C., URBINATI N. (a cura di), *La libertà e i suoi limiti. Antologia del pensiero liberale da Filangieri a Bobbio*, Bari, 2006, p. 54 ss.
- CALDEIRA G. A., *Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, in *American Political Science Review*, n. 81-4/1987, p. 1139 ss.
- CARIOLA A., *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.s.m. e Ministro guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolitizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3044 ss.
- CARLASSARE L., *La giustizia e il "suo" Ministro*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3319 ss.
- CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.
- CARMINATI A., *La Corte costituzionale decide i conflitti "Berlusconi" e "Mastella" in materia di reati ministeriali e "taglia i ponti" tra le Camere e l'autorità giudiziaria*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), n. 2/2012
- CARMINATI A., *La scomposizione del Potere dello Stato. Osservazioni sull'ordinamento nordamericano*, Roma, 2005
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. II, Paris, 1922
- CARTER S. L., *The Confirmation Mess*, in *Harvard Law Review*, n. 101/1988, p. 1185 ss.
- CARTER S. L., *The Independent Counsel Mess*, in *Harvard Law Review*, n. 102/1988, p. 105 ss.
- CASS R. A., *The Rule of Law in America*, Baltimora (MD), 2001
- CASTO W. R., *James Iredell and the American Origins of Judicial Review*, in *Connecticut Law Review*, n. 27-2/1995, p. 329 ss.
- CASTO W. R., *The Supreme Court in the Early Republic: The Chief Justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth*, Columbia (S.C.), 1995
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 2005
- CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.
- CHAFETZ J. A., *Congress's Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 160/2012, p. 715 ss.

- CHAFETZ J. A., *Democracy's Privileged Few, Legislative Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitutions*, New Haven (CT), 2007
- CHAFETZ J. A., *Executive Branch Contempt of Congress*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 76-3/2009, p. 1083 ss.
- CHAFETZ J. A., *The Unconstitutionality of the Filibuster*, in *Connecticut Law Review*, n. 43-4/2011, p. 1003 ss.
- CHAMPAGNE A., *Partisan Judicial Elections: Lessons from a Bellwether State*, in *Willamette Law Review*, n. 39/2003, p. 1457 ss.
- CHANDLER H. P., *Some Major Advances in the Federal Judicial System, 1922-1947*, in *Federal Rules Decisions*, n. 31/1963, p. 307 ss.
- CHASE J. S., *Emergence of the Presidential Nominating Convention, 1789-1832*, Urbana (IL), 1973
- CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967
- CHESSA O., *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010
- CHIMENTI C., *I partiti politici*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 327 ss.
- CHOPER J. H., *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, 1980
- CHOPER J. H., *The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 122/1974, p. 810 ss.
- CLINTON R. L., *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence (KS), 1989
- COLLINS M. G., *Article III Cases, State Court Duties, and the Madisonian Compromise*, in *Wisconsin Law Review*, n. 39/1995, p. 39 ss.
- CONSTANT B., *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2005 (1819)
- CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, n. 2/1981, p. 755 ss.
- CORWIN E. S., *The President. Office and Powers, 1787-1957. History and Analysis of Practice and Opinion*, IV ed., New York, 1957
- CORWIN E. S., *The Steel Seizure Case: A Judicial Brick Without Straw*, in *Columbia Law Review*, n. 53-1/1953, p. 53 ss.
- COSTA P., *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 89 ss.
- COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002
- COTTA S., *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des États-Unis*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n. 1/1951, p. 225 ss.
- CROSS F. B., *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, in *Cornell Law Review*, n. 85/2000, p. 1529 ss.

- CROSS F. B., *Judicial Independence*, in WHITTINGTON K. E., KELEMEN R. D., CALDEIRA G. A. (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford (N.Y.), 2008, p. 557 ss.
- CROSSKEY W. W., *Politics and the Constitution in the History of the United States*, vol. II, Chicago, 1953
- CURRIE D. P., *The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801-1835*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 49/1982, p. 646 ss.
- CUTLER L. N., *To Form a Government*, in *Foreign Affairs*, n. 59-1/1980, p. 126 ss.
- D'ADDIO M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966
- D'ANDREA A., *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, 2004
- D'ANDREA A., *La prospettiva della democrazia costituzionale in Italia e in Europa*, in corso di pubblicazione negli *Studi in Onore di Claudio Rossano*
- D'ANDREA A., *Partiti politici ed evoluzione della forma di governo nell'ordinamento italiano*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it)
- DAHL R. A., *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Emory Law Journal*, n. 50/2001 (1957), p. 563 ss.
- DAHL R. A., *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*, Chicago, 1967
- DANGEL S. A. J., *Is Prosecution a Core Executive Function? Morrison v. Olson and the Framers' Intent*, in *The Yale Law Journal*, n. 99-5/1990, p. 1069 ss.
- DAVIS K. C., *Administrative Law Treatise*, II ed., vol. V, San Diego (CA), 1984
- DAWSON N. L., *Louis D. Brandeis, Felix Frankfurter and the New Deal*, Hamden (CT), 1980
- DE CONDORCET J. A. C., *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, in CONDORCET-O'CONNOR A., ARAGO M. F. (a cura di), *Œuvres*, vol. VII, Paris, 1847-1849 (1791)
- DE FRANCISCIS M. E., VOLCANSEK M. L., *La responsabilità e l'indipendenza del giudice in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America*, in *Innovazione e Diritto* (www.inno-vazionediritto.unina.it), n. 5/2007, p. 18 ss.
- DE GROOT-VAN LEEUWEN L. E., ROMBOUTS W., *Separation of powers: An Overview*, in DE GROOT-VAN LEEUWEN L. E., ROMBOUTS W. (a cura di), *Separation of Powers in Theory and Practice. An international Perspective*, Nijmegen (Olanda), 2010, p. 1 ss.
- DE GROOT-VAN LEEUWEN L. E., ROMBOUTS W. (a cura di), *Separation of Powers in Theory and Practice. An international Perspective*, Nijmegen (Olanda), 2010
- DE MARCO E., *Valore attuale del principio della separazione dei poteri*, in PACE A. (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. I, Milano, 1999, p. 409 ss.
- DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, trad. di VIVANTI SALMON A., a cura di VIVANTI C., Torino, 2006 (1835-1840)

- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, IV ed., Padova, 1993
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, V ed., Padova, 1999
- DELL'ACQUA C., *Il principio della divisione dei poteri e lo Stato totalitario: l'esperienza fascista e nazionalsocialista*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. I, Padova, 1995
- DEVINS N., FISHER L., *Judicial Exclusivity and Political Instability*, in *Virginia Law Review*, Vol. 84-1/1998, p. 83 ss.
- DICEY A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1982 (1885)
- DILLER P. A., *Habeas and (Non-)Delegation*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 77-2/2010, p. 585 ss.
- DILLIARD I., *Samuel Chase*, in FRIEDMAN L., ISRAEL F. (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. I, New York, 1969, p. 185 ss.
- DILLON C. D., *The Challenge of Modern Governance*, in ROBINSON D. L. (a cura di), *Reforming American Government: The Bicentennial Papers of The Comittee on The Constitutional System*, Boulder (CO), 1985, p. 24 ss.
- DORF M. C., *The Undead Constitution*, in *Harvard Law Review*, n. 125-8/2012, p. 2011 ss.
- DOUGLAS W. O., *The Right of the People*, Garden City (N.Y.), 1958
- DRY M., *The Separation of Powers and the Representative Government*, in *The political Science Reviewer*, n. 3/1973, p. 43 ss.
- DUBECK L. B., *Understanding "Judicial Lockjaw": The Debate over Extrajudicial Activity*, in *New York University Law Review*, n. 82-2/2007, p. 569 ss.
- DWORKIN R., *Comment*, in SCALIA A., GUTMANN A. (a cura di), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton (N.J.), 1997, p. 115 ss.
- DWORKIN R., *Law's Empire*, Cambridge (MA), 1986
- DWORKIN R., *The Bork Nomination*, in *Cardozo Law Review*, n. 9/1987, p. 101
- DWORKIN R., *Why It Was a Great Victory*, in *The New York Review Books*, n. 55-13/2008, p. 18 ss.
- ELLIOTT E. D., *Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal*, in *The George Washington Law Review*, n. 57-3/1989, p. 506 ss.
- ELLIS R., *The Impeachment of Samuel Chase*, in BELKNAP M. R. (a cura di), *American Political Trials*, Westport (CT) 1994, p. 57 ss.
- ELY J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), 1980
- EPSTEIN L., KNIGHT J., MARTIN A. D., *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U.S. Supreme Court*, in *California Law Review*, n. 91-4/2003, p. 903 ss.
- EPSTEIN L., SEGAL J. A., SPAETH H. J., WALKER T. G., *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments*, III ed., Washington (D.C.), 2003

- ERVIN, S. J., JR., *Separation of Powers: Judicial Independence*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 35-1/1970, p. 108 ss.
- ESAYIAN L. G., *Separation of Powers: The Federal Sentencing Commission: Unconstitutional Delegation and Threat to Judicial Impartiality?*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, n. 80-4/1990, p. 944 ss.
- Executive Revision of Judicial Decisions*, in *Harvard Law Review*, n. 109-8/1996, p. 2020 ss.
- FAIRMAN C., *History of the Supreme Court of the United States*, vol. VI, *Reconstruction and Reunion, 1864-88*, New York, 1971
- FALLON R. H., JR., *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, in *Harvard Law Review*, n. 101-5/1988, p. 915 ss.
- FALLON R. H., JR., *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, in *Virginia Law Review*, n. 96-5/2010, p. 1043 ss.
- FALLON R. H., JR., MELTZER D. J., *Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror*, in *Harvard Law Review*, n. 120/2007, p. 2029 ss.
- FALLON R. H., JR., MELTZER D. J., *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harvard Law Review*, n. 104-8/1991, p. 1731 ss.
- FALLON R. H., JR., MELTZER D. J., SHAPIRO D. L., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, IV ed., Westbury (N.Y.), 1996
- FALLON R. H., JR., MELTZER D. J., SHAPIRO D. L., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, V ed., New York, 2003
- FALLON R. H., JR., MANNING J. F., MELTZER D. J., SHAPIRO D. L., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, VI ed., New York, 2009
- FARBER D. A., *The Supreme Court and the Rule of Law: Cooper v. Aaron Revisited*, in *University of Illinois Law Review*, n. 2/1982, p. 387 ss.
- FARRAND M. (a cura di), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. I, New Haven (CT), 1911
- FEIN B., *Commentary, A Circumscribed Senate Confirmation Role*, in *Harvard Law Review*, n. 102/1989, p. 672 ss.
- FERRAJOLI L., *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 349 ss.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Bari, 2007
- FINLEY L. M., *Article III Limits on Article I Courts: The Constitutionality of the Bankruptcy Court and the 1979 Magistrate Act*, in *Columbia Law Review*, n. 80/1980, p. 560 ss.
- FIORAVANTI M., *Il principio di uguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici. Atti del XIII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 1999
- FISH P. G., *The Politics of Federal Judicial Administration*, Princeton (N.J.), 1973

- FISH P. G., *The Politics of Federal Judicial Administration: Transfer of the Federal Probation System*, in *The Western Political Quarterly*, n. 23-4/1970, p. 769 ss.
- FISHER L., *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton (N.J.), 1988
- FISK C., CHEMERINSKY E., *The Filibuster*, in *Stanford Law Review*, n. 49-2/1997, p. 181 ss.
- FLAHERTY M. S., *The Most Dangerous Branch*, in *The Yale Law Journal*, n. 105-7/1996, p. 1725 ss.
- FODERARO S., *La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1939, p. 745 ss.
- FOIS S., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963
- FRANK J. P., *Marble Palace: The Supreme Court in American Life*, New York, 1958
- FRANKFURTER F., *Personal Ambitions of Judges: Should a Judge "Think Beyond the Judicial"?*, in *American Bar Association Journal*, n. 34/1948, p. 656 ss.
- FRANKFURTER F., *The Supreme Court in the Mirror of Justices*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 105/1957, p. 781 ss.
- FRANKFURTER F., LANDIS J. M., *The Business of the Supreme Court: A Study in the Federal Judicial System*, New York, 1928
- FRANKLIN B., *Information to Those Who Would Remove to America*, in LEMAY J. A. L. (a cura di), *Benjamin Franklin, Writings*, New York, 1987, p. 975 ss.
- FRAU M., *Le origini weimariane del voto di sfiducia costruttivo e la prassi applicativa dell'istituto con particolare riferimento all'ordinamento tedesco*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.associazionedeico-stituzionalisti.it), n. 3/2012
- FREEDMAN M. (a cura di), *Roosevelt and Frankfurter: Their Correspondence, 1928-45*, Boston, 1967
- FREUND P. A., *Appointment of Justices: Some Historical Perspectives*, in *Harvard Law Review*, n. 101/1988, p. 1146 ss.
- FRIEDMAN B., *Dialogue and Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, n. 91-4/1993, p. 577 ss.
- FRIEDMAN B., *The Birth Of An Academic Obsession: The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, n. 112-2/2002, p. 153 ss.
- FRIEDMAN B., *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*, in *Northwestern University Law Review*, n. 95-3/2001, p. 933 ss.
- FRIEDMAN B., *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 148/2000, p. 971 ss.
- FRIEDMAN B., *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson Of Lochner*, in *New York University Law Review*, n. 76/2001, p. 1383 ss.

- FRIEDMAN B., *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in *Georgetown Law Journal*, n. 91/2002, p. 1 ss.
- FRIEDMAN L. M., *A History of American Law*, New York, 1973
- FRIEDMAN L., ISRAEL F. (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. I-II-III-IV, New York, 1969
- GARDNER J. A., *Democracy Without a Net? Separation of Powers and the Idea of Self-Sustaining Constitutional Constraints on Undemocratic Behavior*, in *St. John's Law Review*, n. 79/2005, p. 293 ss.
- GARSONNET J. B. E., *Traité théorique et pratique de procédure*, vol. I, Paris, 1898
- GATELL F. O., *Roger B. Taney*, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. I, New York, 1969, p. 635 ss.
- GERBER S. D., *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford (N.Y.), 2011
- GERHARDT M. J., *The Federal Appointments Process: a Constitutional and Historical Analysis*, Durham (NC), 2000
- GERHART E. C., *America's Advocate: Robert H. Jackson*, Indianapolis (IN), 1958
- GEYH C. G., *Customary Independence*, in BURBANK S. B., FRIEDMAN B. (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 160 ss.
- GEYH C. G., *The Choreography of Courts-Congress Conflicts*, in PEABODY B. (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimore (MD), 2011, p. 19 ss.
- GEYH C. G., *When Courts and Congress Collide: The Struggle for Control of America's Judicial System*, Ann Arbor (MI), 2006
- GEYH C. G., VAN TASSEL E. F., *The Independence of the Judicial Branch in the New Republic*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 74-1/1998, p. 31 ss.
- GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia. 1848/1948*, Bari, 2000 (1974)
- GINSBURG R. B., *Remarks on Judicial Independence: The situation of the US Federal Judiciary*, in SAUNDERS C., LE ROY K. (a cura di), *The Rule of Law*, Leichhardt (New South Wales-Australia), 2003, p. 57 ss.
- GOEBEL J., JR. (a cura di), *The Law Practice of Alexander Hamilton: Documents and Commentary*, New York, 1964
- GOLDFORD D. J., *The American Constitution and the Debate Over Originalism*, New York, 2005
- GOLDMAN S., *Judicial appointments to the United States Courts of Appeals*, in *Wisconsin Law Review*, n. 86/1967, p. 186 ss.
- GOLDMAN S., *Picking federal judges: Lower court selection from Roosevelt through Reagan*, New Haven (CT), 1997
- GOLDMAN S., SLOTNICK E. E., *Introduction: Clinton's Judicial Legacy*, in *Judicature*, n. 84/2001, p. 227 ss.

- GOLDMAN S., SLOTNICK E. E., GRYSKI G., ZUK G., *Clinton's judges: Summing up the legacy*, in *Judicature*, n. 84-5/2001, p. 228 ss.
- GOLDWIN R. A., KAUFMAN A. (a cura di), *Separation of Powers: Does It Still Work?*, Washington (D.C.), 1986
- GORLANI M., *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004
- GOZZI G., *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 260 ss.
- GRABER M. A., *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, in *Studies in American Political Development*, n. 7-1/1993, p. 35 ss.
- GREENE J., *Selling Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, n. 97/2009, p. 657 ss.
- GRIFFIN S. M., *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003 (1996)
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2002
- GUET Y., *De l'unité du cabinet parlementaire*, Paris, 1930
- GUNTHER G., *Congressional Power to Curtail Federal Court Jurisdiction: An Opinionated Guide to the Ongoing Debate*, in *Stanford Law Review*, n. 36-4/1984, p. 895 ss.
- GWYN W. B., *Separation of Powers and the Executive Branch. The Reagan Era in Retrospect. The Indeterminacy of the Separation of Powers and the Federal Courts*, in *The George Washington Law Review*, n. 57/1989, p. 474 ss.
- GWYN W. B., *The Meaning of the Separation of Powers*, New Orleans (LA), 1965
- HALL K. L., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, II ed., Oxford (N.Y.), 2005
- HALL K. L., MCGUIRE K. T. (a cura di), *The Judicial Branch*, Oxford (U.K.) – New York, 2005
- HALSEY D. P., *Virginia's Part in Framing the National Constitution*, in *The Virginia Law Register*, n. 11-11/1926, p. 641 ss.
- HAMBURGER P., *Law and Judicial Duty*, Cambridge (MA), 2008
- HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *Il federalista*, ed. a cura di D'ADDIO M., NEGRI G., Bologna, 1997 (1787-1788)
- HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *Il Federalista*, ed. a cura di SACERDOTI MARIANI G., Torino, 1997 (1787-1788)
- HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *The Federalist Papers*, ed. a cura di ROSSITER C., New York, 1961 (1787-1788)
- HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *The Federalist Papers*, New York, 2006 (1787-1788)
- HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *The Federalist with Letters of "Brutus"*, ed. a cura di BALL T., Cambridge (U.K.), 2003 (1787-1788)

- HARDIN C. M., *The Separation of Powers Needs Major Revision*, in GOLDWIN R. A., KAUFMAN A. (a cura di), *Separation of Powers: Does It Still Work?*, Washington (D.C.), 1986, p. 90 ss.
- HARLEY H., *Forced Retirement of Federal Trial Judges*, in *Journal of the American Judicature Society*, n. 21-3/1937, p. 86 ss.
- HARRIS R., *The Advice and Consent of the Senate: A Study of the Confirmation of Appointments by the United States Senate*, II ed., Berkeley – Los Angeles (CA), 1958
- HARRISON J., *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, in *Virginia Law Review*, n. 84-3/1998, p. 333 ss.
- HARRISON J., *The Role of the Legislative and Executive Branches in Interpreting the Constitution*, in *Cornell Law Review*, n. 73/1988, p. 371 ss.
- HART H. M., JR., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, in *Harvard Law Review*, n. 66-8/1953, p. 1362 ss.
- HARTNETT E. A., *A Matter of Judgement, not a Matter of Opinion*, in *New York University Law Review*, n. 74/1999, p. 123 ss.
- HASKINS G. L., JOHNSON H. A., *Foundations of Power: John Marshall, 1801-15*, New York, 1981
- HEARN W. E., *The Government of England. Its Structure and its Development*, London, 1867
- HERSHKOFF H., *State Courts and the "Passive Virtues": Rethinking the Judicial Function*, in *Harvard Law Review*, n. 114-7/2001, p. 1833 ss.
- HOCKETT J. D., *Justice Robert H. Jackson, the Supreme Court, and the Nuremberg Trial*, in *The Supreme Court Review*, 1990, p. 257 ss.
- HODAK G., *Judges in the Culture Wars Crossfire*, in *American Bar Association Journal*, n. 91-10/2005, p. 44 ss.
- HYNEMAN C. S., *The Supreme Court on Trial*, New York, 1963
- HYNEMAN C. S., LUTZ D. S. (a cura di), *American Political Writing During the Founding Era*, vol. II, Indianapolis (IN), 1983
- JACKSON R. H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Cambridge (MA), 1955
- JAY S., *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges*, New Haven (CT), 1997
- JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen, 1919 (1887)
- JOHNSON D. E., *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 67-3/2004, p. 105 ss.
- JOHNSTON H. P. (a cura di), *Correspondence & Public Papers of John Jay*, vol. III, 1782-1793, New York, 1890-1893
- JUDGE I., *Una magistratura indipendente*, in *Questione giustizia*, n. 3/2006, p. 557 ss.

- KAMMEN M. G., *A Machine That Would Go of Itself*, New York, 1986
- KATYAL N. K., *Law Impeachment as Congressional Constitutional Interpretation*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 63-1.2/2000, p. 169 ss.
- KATYAL N. K., *Judges as Advicegivers*, in *Stanford Law Review*, n. 50-6/1998, p. 1709 ss.
- KATZ M. J., *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping: The Imperial President Meets the Imperial Court*, in *Constitutional Commentary*, n. 25-3/2009, p. 377 ss.
- KATZMANN R. A., *Courts and Congress*, Washington (D.C.), 1997
- KAUFMAN I. R., *Chilling Judicial Independence*, in *The Yale Law Journal*, n. 88/1979, p. 681 ss.
- KAYE J. S., *Safeguarding a Crown Jewel: Judicial Independence and Lawyer Criticism of Courts*, in *Hofstra Law Review*, n. 25/1997, p. 703 ss.
- KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *La democrazia*, trad. di MELLONI G., Bologna, 1981 (1929)
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, trad. di COTTA S., TREVES G., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, vol. II, Milano, 1959 (1945)
- KELSEN H., *La democrazia*, trad. di G. MELLONI, Bologna, 1981 (1920-1929)
- KENT J., *Introductory Lecture*, in HYNEMAN C. S., LUTZ D. S. (a cura di), *American Political Writing During the Founding Era*, vol. II, Indianapolis (IN), 1983, p. 937 ss.
- KIRKENDALL R., *Fred M. Vinson*, in FRIEDMAN L., ISRAEL F. (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. IV, New York, 1969, p. 2639 ss.
- KLARMAN M. J., *How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?*, in *Virginia Law Review*, n. 87/2001, p. 1111 ss.
- KLARMAN M. J., *What's So Great About Constitutionalism?*, in *Northwestern University Law Review*, n. 93/1998, p. 145 ss.
- KLINE S. O., *Revisiting FDR's Court Packing Plan: Are the Current Attacks on Judicial Independence so Bad?*, in *McGeorge Law Review*, n. 30-3/1999, p. 863 ss.
- KORNHAUSER L. A., *Is Judicial Independence a Useful Concept?*, in BURBANK S. B., FRIEDMAN B. (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 45 ss.
- KRAMER L. D., *Popular Constitutionalism, circa 2004*, in *California Law Review*, n. 92/2004, p. 959 ss.
- KRAMER L. D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, 2004
- KRAMER L. D., *The Supreme Court, 2000 Term—Foreword: We, the Court*, in *Harvard Law Review*, n. 115/2001, p. 4 ss.
- KURLAND P. B., *Bork: The Transformation of a Conservative Constitutionalist*, in *Cardozo Law Review*, n. 9/1987, p. 127 ss.

- KUTLER S. I., *David Davis*, in FRIEDMAN L., ISRAEL F. (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. II, New York, 1969, p. 1045 ss.
- LANGBEIN J. H., *Chancellor Kent and the History of Legal Literature*, in *Columbia Law Review*, n. 93/1993, p. 547 ss.
- LANGELOTTIG A., *The Department of Justice of the United States*, Baltimora (MD), 1927
- LAWLOR J. M., *Court Packing Revisited: A Proposal for Rationalizing the Timing of Appointments to the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, p. 967 ss.
- LAWSON G., *Territorial Governments and the Limits of Formalism*, in *California Law Review*, n. 78-4/1990, p. 853 ss.
- LAWSON G., MOORE C. D., *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, in *Iowa Law Review*, n. 81/1996, p. 1267 ss.
- LEE E. T., *Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness*, in *Harvard Law Review*, n. 105-3/1992, p. 603 ss.
- LEMAY J. A. L. (a cura di), *Benjamin Franklin, Writings*, New York, 1987
- LEONARD G., *The Invention of Party Politics*, Chapel Hill (N.C.), 2002
- LESSIG L., SUNSTEIN C. R., *The President and the Administration*, in *Columbia Law Review*, n. 94-1/1994, p. 1 ss.
- LEUCHTENBURG W. E., *FDR's Court-Packing Plan: A Second Life, a Second Death*, in *Duke Law Journal*, n. 3-4/1985, p. 673 ss.
- LEVINSON D. J., PILDES R. H., *Separation of Parties, Not Powers*, in *Harvard Law Review*, n. 119-8/2006, p. 2311 ss.
- LEVINSON S., *Bush v. Gore and the French Revolution: A Tentative List Some Early Lessons*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 65-3/2002, p. 7 ss.
- LEVINSON S., *Constitutional faith*, Princeton (N.J.), 1988
- LEVINSON S., *Perspective on the Authoritativeness of Supreme Court Decision: Could Meese Be Right This Time?*, in *Tulane Law Review*, n. 61/1987, p. 1071 ss.
- LEVY L. W., *Original Intent and the Framers' Constitution*, Chicago, 1988
- LILLICH R. B., *The Chase Impeachment*, in *American Journal of Legal History*, n. 4/1960, p. 49 ss.
- LINCOLN A., *Sixth Debate with Stephen A. Douglas*, 13 ottobre 1858, Quincy (IL), in *The Collected Works Of Abraham Lincoln*, ed. a cura di BASLER R. P., New Brunswick (N.J.), vol. III, 1953
- LIPPMAN J., *The Judge and Extrajudicial Conduct: Challenges, Lessons Learned, and a Proposed Framework for Assessing the Propriety of Pursuing Activities Beyond the Bench*, in *Cardozo Law Review*, n. 33-4/2012, p. 1341 ss.
- LIPTAK A., *Hints in New Scalia Book of Views on Health Law*, in *The New York Times*, 16 giugno 2012, p. A12
- LIPTAK A., KOPICKI A., *Approval Rating For Justices Hits Just 44% in Poll. Decline Spans 25 Years. Role of Personal Views Is Seen in Survey on Supreme Court*, in *The New York Times*, 8 giugno 2012, p. A1 e p. A16

- LO VERDE G., *L'applicazione del principio della divisione dei poteri come mezzo per isolare un potere dello Stato*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, vol. XXIX, 1935, p. 171 ss.
- LOCKE J., *Second Treatise of Government*, ed. a cura di R. H. COX, Arlington Heights (IL), 1982
- LOCKE J., *Two Treatises on Government*, trad. di DE CAPRARIS A., ed. a cura di BATTAGLIA F., *Antologia degli scritti politici di John Locke*, Bologna, 1962 (1690)
- LOMBARDI G., *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Politica del diritto*, n. 1/1999, p. 7 ss.
- LOTH D. G., *Chief Justice; John Marshall and the Growth of the Republic*, New York, 1949
- LOWI T. J., *President v. Congress: What the Two-Party Duopoly Has Done to the American Separation of Powers*, in *Case Western Reserve Law Review*, n. 47/1997, p. 1219 ss.
- LUCIANI M., *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 2/1991, p. 183 ss.
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Torino, 1994, p. 79 ss.
- LUHMANN N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990 (1964-1970)
- LUTZ D. S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Baton Rouge (LA), 1980
- LUTZ D. S., *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge (LA), 1988
- MACCORMICK N. D., *Der Rechtsstaat und die Rule of Law*, in *Juristenzeitung*, n. 39/1984, p. 65 ss.
- MACKENZIE C. G., *The Politics of Presidential Appointments*, New York, 1981
- MANGIAMELI S., *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia*, Torino, 1998
- MAGILL M. E., *The Real Separation in Separation of Powers Law*, in *Virginia Law Review*, n. 86-6/2000, p. 1127 ss.
- MANNING J. F., *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in *Harvard Law Review*, n. 124/2011, p. 1939 ss.
- MARANINI G., *La divisione dei poteri e la riforma costituzionale*, Venezia, 1928
- MARSHALL T. R., *Public Opinion and the Supreme Court*, Boston, 1989
- MARTIN A. D., *Statutory Battles and Constitutional Wars: Congress and the Supreme Court*, in ROGERS J. R., FLEMMING R. B., BOND J. R. (a cura di), *Institutional Games and the Supreme Court*, Charlottesville (VA), 2006, p. 3 ss.
- MASON A. T., *Brandeis: A Free Man's Life*, New York, 1946
- MASON A. T., *Extra-Judicial Work for Judges: The Views of Chief Justice Stone*, in *Harvard Law Review*, n. 67-2/1953, p. 193 ss.
- MASON A. T., *William Howard Taft, Chief Justice*, New York, 1965
- MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, p. 802 ss.

- MCCONNELL M. W., *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores*, in *Harvard Law Review*, n. 111/1997, p. 153 ss.
- MCGINNIS J. O., *The President, the Senate, the Constitution, and the Confirmation Process: A Reply to Professors Strauss and Sunstein*, in *Texas Law Review* n. 71/1993, p. 633 ss.
- MCGINNIS J. O., RAPPAPORT M. B., *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction*, in *Northwestern University Law Review*, n. 103-2/2009, p. 751 ss.
- MCGINNIS J. O., RAPPAPORT M. B., *The Judicial Filibuster, the Median Senator, and the Countermajoritarian Difficulty*, in *The Supreme Court Review*, 2005, p. 257 ss.
- MCILWAIN C. H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990 (1947)
- MCKAY R. B., *The Judiciary and Nonjudicial Activities*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 35/1970, p. 9 ss.
- MCLEAN E. B., *The Most Dangerous Branch. The Judicial Assault on American Culture*, Lanham (MD), 2008
- MCNALLY J. D., *Constitutional Law—Did Congress Overreach in its Reaction to Lampf?*, in *Western New England Law Review*, n. 16-2/1994, p. 397 ss.
- MCREE G. J. (a cura di), *Life and Correspondence of James Iredell*, New York, 1949 (1857)
- MCREE G. J. (a cura di), *Life and Correspondence of James Iredell*, vol. I, New York, 1857
- MEESE E., III, *The Law of the Constitution*, in *Tulane Law Review*, n. 61/1987, p. 979 ss.
- MELONCELLI A., *Giurisprudenza (disciplina costituzionale della)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 1 ss.
- MILL J. S., *Sulla libertà*, trad. a cura di G. MOLLIKA, Milano, 2000 (1859)
- MILLER M. C., *The Separation of Powers and Threats to Judicial Independence in the United States*, in DE GROOT-VAN LEEUWEN L. E., ROMBOUTS W. (a cura di), *Separation of Powers in Theory and Practice. An international Perspective*, Nijmegen (Olanda), 2010, p. 81 ss.
- MILLER S. F., *Lectures on the Constitution of the United States*, New York, 1881
- MITCHELL K. J., *Neither Purse Nor Sword: Lessons Europe Can Learn From American Courts' Struggle For Democratic Legitimacy*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, n. 38/2006-2007, p. 653 ss.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 474 ss.
- MONAGHAN F., *John Jay, Defender of Liberty*, New York, 1935
- MONAGHAN H. P., *The Confirmation Process: Law or Politics?*, in *Harvard Law Review*, n. 101-6/1988, p. 858 ss.
- MONTESQUIEU C. L. DE SECONDAT BARON DE LA BRÈDE ET DE, *Lo spirito delle leggi*, trad. di BOFFITO SERRA B., vol. I, Milano, 1989

- MONTESQUIEU C. L. DE SECONDAT BARON DE LA BRÈDE ET DE, *Lo spirito delle leggi*, ed. a cura di COTTA S., vol. I, Torino, 2002 (1748)
- MOORE K. N., *The Supreme Court's Role in Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*, in *Hastings Law Journal*, n. 44/1993, p. 1039 ss.
- MORGAN D. G., *Justice William Johnson, the First Dissenter: The Career and Constitutional Philosophy of a Jeffersonian Judge*, Columbia (S.C.), 1954
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975
- MORTATI C., *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973
- Mr. Menendez's Missing 'Blue Slip', in *The New York Times*, 10 gennaio 2012, p. A22
- MULLENIX L. S., *Unconstitutional Rulemaking: The Civil Justice Reform Act and Separation of Powers*, in *Minnesota Law Review*, n. 77/1993, p. 1283 ss.
- MURPHY B. A., *The Brandeis/Frankfurter Connection: the Secret Political Activities of Two Supreme Court Justices*, New York, 1982
- MURPHY W. F., James F. Byrnes, in L. FRIEDMAN, F. ISRAEL (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. IV, New York, 1969, p. 2531 ss.
- MURPHY W. F., *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, in *The Review of Politics*, n. 48-3/1986, p. 401 ss.
- NAGEL J. C., *Lame Duck Logic*, in *UC Davis Law Review*, n. 45/2012, p. 1177 ss.
- NAGEL R. F., *Advice, Consent, and Influence*, in *Northwestern University Law Review*, n. 84/1990, p. 858 ss.
- NAGEL R. F., *Unrestrained. Judicial Excess and the Mind of the American Lawyer*, New Brunswick (N.J.) – London, 2008
- NELSON M., *The President and the Court: Reinterpreting the Court-Packing Episode of 1937*, in *Political Science Quarterly*, n. 103-2/1988, p. 267 ss.
- NEUSTADT R. E., *Presidential Power and the Modern Presidents. The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York – Toronto, 1990
- O'BRIAN D. M., *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, IX ed., New York – London, 2011
- OCONE C., URBINATI N. (a cura di), *La libertà e i suoi limiti. Antologia del pensiero liberale da Filangieri a Bobbio*, Bari, 2006
- ONIDA V., *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Questione giustizia*, n. 1/2005, p. 1 ss.
- ONIDA V., *Eguaglianza, legalità, costituzione*, in *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici. Atti del XIII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 1999, p. 261 ss.
- ORLANDO V. E., *Introduzione al diritto amministrativo*, in ORLANDO V. E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1897
- ORLANDO V. E. (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900

- PACE A., *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996
- PACE A. (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. I, Milano, 1999
- PAULSEN M. S., *Protestantism and Comparative Competence: A Reply to Professors Levinson and Eisgruber*, in *Georgetown Law Journal*, n. 83/1994, p. 385 ss.
- PAULSEN M. S., *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, in *Georgetown Law Journal*, n. 83/1994, p. 217 ss.
- PAUST J. J., *Beyond the Law: The Bush Administration's Unlawful Responses in the "War" On Terror*, New York, 2007
- PAYREYSON L. (a cura di), *Due Trattati sul Governo e altri scritti politici di John Locke*, Torino, 1982
- PEABODY B. (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimora (MD), 2011
- PEPPER G. W., *Senate Cloture*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, n. 74-2/1925, p. 131 ss.
- PERETTI T. J., *Does Judicial Independence Exist? The Lessons of Social Science Research*, in BURBANK S. B., FRIEDMAN B. (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 103 ss.
- PERETTI, T. J. *In Defense of a Political Court*, Princeton (N.J.), 1999
- PEZZINI B., *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001
- PFANDER J. E., *Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States*, in *Harvard Law Review*, n. 118-2/2004, p. 643 ss.
- PFANDER J. E., *Removing Federal Judges*, in *University of Chicago Law Review*, n. 74/2007, p. 1227 ss.
- PICKERILL J. M., *Institutional Interdependence and the Separation of Powers*, in PEABODY B. (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimora (MD), 2011, p. 100 ss.
- PIERCE R. J., JR., *Morrison v. Olson, Separation of Powers, and the Structure of Government*, in *The Supreme Court Review*, 1988, p. 1 ss.
- PINARDI R. (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007
- PINNA P., *Il principio di leale collaborazione, l'indipendenza della magistratura e la separazione del potere*, in *diritto & questioni pubbliche*, n. 11/2011, p. 771 ss.
- PIZZORUSSO A., *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation: A Comparison of Recent Tendencies*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 38-2/1990, p. 373 ss.
- PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Milano, 1990

- PIZZORUSSO A., *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, n. 2/2003, p. 340 ss.
- PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974
- PODETTA M., *Il lungo, maldestro surplace del legislatore statale a proposito della tutela delle lingue minoritarie e le recenti aperture regionalistiche del giudice costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 12 luglio 2012
- POSNER R. A., *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge (MA), 2001
- POST R. C., SIEGEL R. B., *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, in *The Yale Law Journal*, n. 112/2003, p. 1943 ss.
- POST R. C., SIEGEL R. B., *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Review*, n. 75/2006, p. 545 ss.
- POST R. C., SIEGEL R. B., *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in *California Law Review*, n. 92-4/2004, p. 1027 ss.
- POUND R., *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Law Review*, n. 40/1906, p. 729 ss.
- POUND R., *The Rule-Making Power of the Courts*, in *American Bar Association Journal*, n. 12/1926, p. 599 ss.
- PRAKASH S., SMITH S. D., *How to Remove a Federal Judge*, in *The Yale Law Journal*, n. 116/2006, p. 72 ss.
- PRAKASH S. B., YOO J. C., *Against Interpretive Supremacy* (recensione a KRAMER L. D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, 2004), in *Michigan Law Review*, n. 103-6/2005, p. 1539 ss.
- PRAKASH S. B., YOO J. C., *The Origins of Judicial Review*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 70/2003, p. 887 ss.
- PUSHAW R. J., *Why the Supreme Court Never Gets Any "Dear John" Letters: Advisory Opinions in Historical Perspective*, in *Georgetown Law Journal*, n. 87/1998, p. 473 ss.
- RAKOVE J. N. (a cura di), *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston, 1999
- RAPPAPORT M. B., *The Selective Nondelegation Doctrine and the Line Item Veto: A New Approach to the Nondelegation Doctrine and Its Implications for Clinton v. City of New York*, in *Tulane Law review*, n. 76/2001, p. 265 ss.
- RATNER L. G., *Congressional Power Over the Appellate Jurisdiction of the Supreme Court*, in *Pennsylvania Law Review*, n. 109-2/1960, p. 157 ss.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, Milano, 2002 (1971)
- REDISH M. H., *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, Indianapolis (IN), 1980
- REDISH M. H., *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, II ed., Charlottesville (VA), 1990

- REDISH M. H., *Good Behavior, Judicial Independence, and the Foundations of American Constitutionalism*, in *The Yale Law Journal*, n. 116/2006, p. 139 ss.
- REDISH M. H., *Legislative Courts, Administrative Agencies and the Northern Pipeline Decision*, in *Duke Law Journal*, n. 2/1983, p. 197 ss.
- REDISH M. H., CISAR E. J., *"If Angels Were to Govern": The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory*, in *Duke Law Journal*, n. 41-3/1991, p. 449 ss.
- REDISH M. H., MARSHALL L. C., *Adjudicatory Independence and the Value of Procedural Due Process*, in *The Yale Law Journal*, n. 95/1986, p. 455 ss.
- REGNERY A. S., *The Most Dangerous Branch*, in *The American Spectator*, n. 39-4/2006, p. 4 ss.
- REHNQUIST W. H., *The Notion of a Living Constitution*, in *Texas Law Review*, n. 54/1976, p. 693 ss.
- REHNQUIST W. H., *Year-End Report on the Federal Judiciary*, in www.supremecourtus.gov, 1 gennaio 2002
- REINSTEIN R. J., SILVERGLATE H. A., *Legislative Privilege and the Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, n. 86-7/1973, p. 1113 ss.
- RESNIK J., *Constricting Remedies: The Rehnquist Judiciary, Congress, and Federal Power*, in *Indiana Law Journal*, n. 78/2003, p. 223 ss.
- RESNIK J., *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure*, in *Cardozo Law Review*, n. 26/2005, p. 579 ss.
- RESNIK J., *"Uncle Sam Modernizes His Justice": Inventing the Federal District Courts of the Twentieth Century for the District of Columbia and the Nation*, in *Georgetown Law Journal*, n. 90/2002, p. 607 ss.
- RIFKIND S. H., *A Judge's Non-Judicial Behavior*, in *New York State Bar Journal*, n. 38/1966, p. 22 ss.
- ROBERTS O. J., *Now Is the Time: Fortifying the Supreme Court's Independence*, in *American Bar Association Journal*, n. 35-1/1949, p. 1 ss.
- ROBINSON D. L. (a cura di), *Reforming American Government: The Bicentennial Papers of The Comitee on The Constitutional System*, Boulder (CO), 1985
- ROGERS J. R., FLEMMING R. B., BOND J. R. (a cura di), *Institutional Games and the Supreme Court*, Charlottesville (VA), 2006
- ROMAGNOSI G. D., *La scienza delle Costituzioni*, vol. I, Roma 1937 (1848)
- ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Torino, 1994
- ROSS W. G., *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890-1937*, Princeton (N.J.), 1994
- ROSS W. G., *Presidential Ambitions of U.S. Supreme Court Justices: A History and an Ethical Warning*, in *Northern Kentucky Law Review*, n. 38-1/2011, p. 115 ss.
- ROSS W. G., *The Questioning of Supreme Court Nominees at Senate Confirmation Hearings*, in *Tulane Law Review*, n. 62/1987, p. 109 ss.

- ROSS W. G., *The Role of Religion in the Defeat of the 1937 Court-Packing Plan*, in *Journal of Law and Religion*, n. 23-2/2007-2008, p. 629 ss.
- ROTUNDA R. D., *Constitutionalizing Judicial Ethics: Judicial Elections after Republican Party of Minnesota v. White, Caperton and Citizens United*, in *Arkansas Law Review*, n. 64/2011, p. 1 ss.
- ROUSSEAU J. J., *Il contratto sociale*, trad. di G. BARNI, Milano, 1974 (1762)
- ROUSSEAU J. J., *Il contratto sociale*, vol. IV, Milano, 2010 (1762)
- RUBIN E. L., *Independence as a Governance Mechanism*, in BURBANK S. B., FRIEDMAN B. (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks (CA), 2002, p. 56 ss.
- RUBIN H. T., *The Courts: Fulcrum of the Justice System*, II ed., New York, 1984
- RUCKMAN P. S., *The Supreme Court, critical nominations, and the Senate confirmation process*, in *Journal of Politics*, n. 55-3/1993, p. 793 ss.
- RUOTOLO M., *A mo' di introduzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2008
- SAGER L. G., *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven (CT), 2004
- SAGER L. G., *The Supreme Court, 1980 Term – Foreword: Constitutional Limitations on Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of Federal Courts*, in *Harvard Law Review*, n. 95/1981, p. 17 ss.
- SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000
- SANTORO E., *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 173 ss.
- SAPHIRE R. B., SOLIMINE M. E., *Shoring Up Article III: Legislative Court Doctrine in the Post CFTC v. Schor Era*, in *Boston University Law Review*, n. 68/1988, p. 85 ss.
- SAUNDERS C., LE ROY K. (a cura di), *The Rule of Law*, Leichhardt (New South Wales-Australia), 2003
- SAVAGE G., *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, New York, 2007
- SAVCHAK E. C., HANSFORD T. G., SONGER D. R., MANNINGAND K. L., CARP R. A., *Taking It to the Next Level: The Elevation of District Court Judges to the U.S. Courts of Appeals*, in *American Journal of Political Science*, n. 50-2/2006, p. 478 ss.
- SAYLOR J. R., *"Court Packing" Prior to FDR*, in *Baylor Law Review*, n. 20/1968, p. 147 ss.
- SCALIA A., *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, n. 57/1989, p. 849 ss.
- SCALIA A., GARNER B. A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (MN), 2012

- SCALIA A., GUTMANN A. (a cura di), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton (N.J.), 1997
- SCHLUETER D. A., *The Court-Martial: An Historical Survey*, in *Military Law Review*, n. 87/1980, p. 129 ss.
- SCHMIDHAUSER J. R., *Extrajudicial Activities*, in HALL K. L., ELY J. W., GROSSMAN J. B., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, II ed., Oxford (N.Y.), 2005, p. 312 ss.
- SCHMIDHAUSER J. R., *The Justices of the Supreme Court: A Collective Portrait*, in *Midwest Journal of Political Science*, n. 3/1959, p. 1 ss.
- SCHULTZ D., *Minnesota Republican Party v. White and the Future of State Judicial Selection*, in *Albany Law Review*, n. 69/2006, p. 985 ss.
- SCHWARTZ L. B., *Options in Constructing a Sentencing System: Sentencing Guidelines Under Legislative or Judicial Hegemony*, in *Virginia Law Review*, n. 67-4/1981, p. 637 ss.
- SCOTT J., *Article III En Banc: The Judicial Conference as an Advisory Intercircuit Court of Appeals*, in *The Yale Law Journal*, n. 116-7/2007, p. 1625 ss.
- SEGAL J. A., SPAETH H. J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge (UK) – New York, 1993
- SEGAL J. A., SPAETH H. J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge (UK) – New York, 2002
- SHAFROTH W., *New Machinery for Effective Administration of Federal Courts*, in *American Bar Association Journal*, n. 25/1939, p. 738 ss.
- SHARP M. P., *The Classical American Doctrine of “The Separation of Powers”*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 2-3/1935, p. 385 ss.
- SHERRY S., *The Founders’ Unwritten Constitution*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 54/1987, p. 1127 ss.
- SHERRY S., *The Ghost of Liberalism Past*, in *Harvard Law Review*, n. 105/1992, p. 918 ss.
- SHESOL J., *Should Justices Keep Their Opinions to Themselves?*, in *The New York Times*, 29 giugno 2011, p. A23
- SIDGWICK H., *The methods of Ethics*, London, 1907
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, vol. I, Milano, 1979
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, vol. II, Milano, 1984
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss.
- SMELSER M., *The Democratic Republic, 1801-1815*, New York, 1968
- SNOWISS S., *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven (CT), 1990
- SOSIN J. M., *The Aristocracy of the Long Robe: The Origins of Judicial Review in America*, New York, 1989
- SPAETH H. J., SEGAL J. A., *Majority Rule or Minority Will, Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*, Cambridge (U.K.) – New York, 1999

- SPAGNA MUSSO E., *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 931 ss.
- SPRIGGS J. F., WAHLBECK P. J., *Calling It Quits: Strategic Retirement on the Federal Courts of Appeals, 1893-1991*, in *Political Research Quarter*, n. 48-3/1995, p. 573 ss.
- SPURLIN P. M., *Montesquieu in America, 1760-1801*, II ed., New York, 1969 (1940)
- SPURLIN P. M., *Rousseau in America 1760-1809*, Tuscaloosa (AL), 1969
- STORY W. W. (a cura di), *Life and Letters of Joseph Story*, vol. I, Boston, 1851
- STRAUSS D. A., *The Living Constitution*, New York, 2010
- STRAUSS D. A., SUNSTEIN C. R., *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, in *The Yale Law Journal*, n. 101/1992, p. 1491 ss.
- STRAUSS P. L., *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish Inconsistency?*, in *Cornell Law Review*, n. 72/1987, p. 488 ss.
- STREB M. J. (a cura di), *Running for Judge: The Rising Political, Financial, and Legal Stakes of Judicial Elections*, New York, 2009
- STRUVE C. T., *The Paradox of Delegation: Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure*, *University of Pennsylvania Law Review*, n. 150-4/2002, p. 1099 ss.
- SUNSTEIN C. R., *Judges and Democracy: The Changing Role of the United States Supreme Court*, in HALL K. L., MCGUIRE K. T. (a cura di), *The Judicial Branch*, Oxford (U.K.) – New York, 2005, p. 32 ss.
- SUNSTEIN C. R., *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (MA), 1999
- SWISHER C. B., *Roger B. Taney*, New York, 1935
- TAFT W. H., *The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925*, in *The Yale Law Journal*, n. 35-1/1925, p. 1 ss.
- THAYER J. B., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, n. 7/1893, p. 129 ss.
- The Federal Judicial Council*, in *Texas Law Review*, n. 2/1924, p. 458 ss.
- TREANOR W. M., *Judicial Review Before Marbury*, in *Stanford Law Review*, n. 58-2/2005, p. 455 ss.
- TREANOR W. M., *The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 143/1994, p. 491 ss.
- TRIBE L. H., *American Constitutional Law*, III ed., vol. I, New York, 2000
- TRIBE L. H., *Foreword*, in AA. VV., *It Is a Constitution We Are Expounding. Collected Writings on Interpreting Our Founding Document*, Washington (D.C.), 2009
- TRIBE L. H., *God Save This Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, New York, 1985
- TRIBE L. H., *The People's Court*, in *The New York Times* (www.nytimes.com), 24 ottobre 2004

- TRIMBLE B. R., *Chief Justice Waite: Defender of the Public Interest*, Princeton (N.J.) – London, 1938
- TURLEY J., *Senate Trials and Factional Disputes: Impeachment as a Madisonian Device*, in *Duke Law Journal*, n. 49-1/1999, p. 1 ss.
- TURNER L. W., *The Impeachment of John Pickering*, in *American Historical Review*, n. 54/1949, p. 485 ss.
- TUSHNET M. V., *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, n. 101-8/2003, p. 2781 ss.
- TUSHNET M. V., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton (N.J.), 1999
- TUSHNET M. V., *The Sentencing Commission and Constitutional Theory: Bowls and Plateaus in Separation of Powers Theory*, in *Southern California Law Review*, n. 66/1992, p. 581 ss.
- TYLER G. G., *The Origin of the Rule-Making Power and its Exercise by Legislatures*, in *Annual Report of the American Bar Association*, n. 61/1936, p. 532 ss.
- VAN ALSTYNE W. W., *A Critical Guide to Ex Parte McCordle*, in *Arizona Law Review*, n. 15/1973, p. 229 ss.
- VAN ALSTYNE W. W., *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in *Duke Law Journal*, n. 18/1969, p. 1 ss.
- VERMEULE A., *Judicial Review and Institutional Choice*, in *William & Mary Law Review*, n. 43-4/2002, p. 1557 ss.
- VIEIRA N., GROSS L. E., *The Appointments Clause: Judge Bork and the Role of Ideology in Judicial Confirmations*, in *Journal of Legal History*, n. 11/1990, p. 311 ss.
- VILE M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford (U.K.), 1967
- VILE J. R., *The Constitutional Convention of 1787: A Comprehensive Encyclopedia of America's Founding*, Santa Barbara (CA), 2005
- VLADECK S. I., *Federal Courts, Practice & Procedure: Boumediene's Quiet Theory: Access to Courts and the Separation of Powers*, in *Notre Dame Law Review*, n. 84/2009, p. 2107 ss.
- VOLCANSEK M. L., *Appointing Judges the European Way*, in *Fordham Urban Law Journal*, n. 34/2007, p. 363 ss.
- VON MOHL R., *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. I-II-III, Tübingen, 1832-1834
- WALDRON J., *Law and Disagreement*, Oxford (N.Y.), 1999
- WALSH C. M., *The political Science of John Adams*, New York, 1915
- WARE J., *The Missouri Plan in National Perspective*, in *Missouri Law Review*, n. 74/2009, p. 751 ss.
- WARREN C., *The Supreme Court in United States History*, vol. I, 1789-1821, rev. ed., Boston, 1937
- WARREN E., *The Memoirs of Earl Warren*, Garden City (N.Y.), 1977

- WATTS J. F., JR., *William Moody*, in FRIEDMAN L., ISRAEL F. (a cura di), *The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969*, vol. III, New York, 1969, p. 1801 ss.
- WECHSLER H., *The Courts and the Constitution*, in *Columbia Law Review*, n. 65-6/1965, p. 1001 ss.
- WECHSLER H., *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, in *Columbia Law Review*, n. 54/1954, p. 543 ss.
- WEINSTEIN J. B., *Reform of Court Rule-Making Procedures*, Columbus (OH), 1977
- WEISENBURGER F. P., *The Life of John McLean, a Politician on the United States Supreme Court*, Columbus (OH), 1937
- WELLS H. T., *Foreword*, in PEABODY B. (a cura di), *The Politics of Judicial Independence. Courts, Politics, and the Public*, Baltimora (MD), 2011, p. vii ss.
- WESTIN A. F., *Out-of-Court Commentary by United States Supreme Court Justices, 1790-1962: of Free Speech and Judicial Lockjaw*, in *Columbia Law Review*, n. 62/1962, p. 633 ss.
- WHEELER R. R., *Extrajudicial Activities of the Early Supreme Court*, in *The Supreme Court Review*, 1973, p. 123 ss.
- WHEELER R. R., *Of Standards for Extra-Judicial Behavior*, in *Michigan Law Review*, n. 81/1983, p. 931 ss.
- WHITE G. E., *The Marshall Court and Cultural Change, 1813-35*, New York, 1988
- WHITTEN R. U., *Separation of Powers Restrictions on Judicial Rulemaking: A Case Study of Federal Rule 4*, in *Maine Law Review*, n. 4-40/1988, p. 41 ss.
- WHITTINGTON K. E., *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge (MA), 1999
- WHITTINGTON K. E., *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, in *North Carolina Law Review*, n. 80/2002, p. 773 ss.
- WHITTINGTON K. E., *Presidents, Senates, and Failed Supreme Court Nominations*, in *The Supreme Court Review*, 2006, p. 401 ss.
- WHITTINGTON K. E., *Reconstructing the Federal Judiciary: The Chase Impeachment and the Constitution*, in *Studies in American Political Development*, n. 9/1995, p. 55 ss.
- WHITTINGTON K. E., KELEMEN R. D., CALDEIRA G. A. (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford (N.Y.), 2008
- WIGMORE J. H., *All Legislative Rules For Judiciary Procedure are Void Constitutionally*, in *Illinois Law Review*, n. 23/1928, p. 276 ss.
- WILLOUGHBY W. F., *Principles of Judicial Administration*, Washington (D.C.), 1929
- WILSON W., *Constitutional Government in the United States*, New York, 1908
- WOLFE C., *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, New York, 1986

- WOOD G. S., *La costruzione della Repubblica: 1760 - 1820*, in BAILYN B., WOOD G. S., *Le origini degli Stati Uniti*, parte II, Bologna, 1987, p. 231 ss.
- WOOD G. S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill (N.C.), 1969
- WOOD H., JR., *Judiciary Reform: Recent Improvements in Federal Judicial Administration*, in *The American University Law Review*, vol. 44/1995, p. 1557 ss.
- WRIGHT C. A., *The Law of Federal Courts*, IV ed., St. Paul (MN), 1983
- WRIGHT J. S., *Review: Beyond Discretionary Justice*, in *The Yale Law Journal*, n. 81-3/1972, p. 575 ss.
- YALOF D. A., *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, 1999
- YEAZELL S. C., *Judging Rules, Ruling Judges*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 61-3/1998, p. 229 ss.
- YOO J. C., *Choosing Justices: A Political Appointments Process and the Wages of Judicial Supremacy*, (recensione a PERETTI T. J., *In Defense of a Political Court*, e a YALOF D. A., *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*), in *Michigan Law Review*, n. 98-6/2000, p. 1436 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988
- ZINN H., *Storia del popolo americano. Dal 1492 ad oggi*, Milano, 2010
- ZOLO D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 17 ss.

ELENCO DEI CASI CITATI

<i>Airports Auth. v. Citizens for Noise Abatement</i>	501 U.S. 252	(1991)
<i>American Insurance Company v. Canter</i>	26 U.S. 511	(1828)
<i>American Power & Light Co. v. SEC</i>	329 U.S. 90	(1946)
<i>Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett</i>	531 U.S. 356	(2001)
<i>Baker v. Carr</i>	369 U.S. 186	(1962)
<i>Bayard v. Singleton</i>	1 N.C. (Mart.) 5	(1787)
<i>Beers v. Haughton</i>	34 U.S. 329	(1835)
<i>Bonham's Case</i>	77 Eng. Rep. 646	(1610)
<i>Boumediene v. Bush</i>	553 U.S. 723	(2008)
<i>Bowsher v. Synar</i>	478 U.S. 714	(1986)
<i>Brown v. Board of Education</i>	347 U.S. 483	(1954)
<i>Buckley v. Valeo</i>	424 U.S. 1	(1976)
<i>Burlington Northern Railroad Co. v. Woods</i>	480 U.S. 1	(1987)
<i>Bush v. Gore</i>	531 U.S. 98	(2000)
<i>Chandler v. Judicial Council</i>	398 U.S. 74	(1970)
<i>Citizens United v. Federal Election Commission</i>	558 U.S. 50	(2010)
<i>City of Boerne v. Flores</i>	521 U.S. 507	(1997)
<i>Clinton v. City of New York</i>	524 U.S. 417	(1998)
<i>Clinton v. Jones</i>	520 U.S. 681	(1997)
<i>Commodity Futures Trading Commission v. Schor</i>	478 U.S. 833	(1986)
<i>Commonwealth v. Caton</i>	8 Va. (4 Call) 5	(1782)
<i>Cooper v. Aaron</i>	358 U.S. 1	(1958)
<i>Crowell v. Benson</i>	285 U.S. 22	(1932)
<i>District of Columbia v. Heller</i>	554 U.S. 570	(2008)
<i>Dred Scott v. Sandford</i>	60 U.S. 393	(1856)
<i>Dynes v. Hoover</i>	61 U.S. 65	(1857)
<i>Ex parte Bakelite Corporation</i>	279 U.S. 438	(1929)
<i>Ex parte McCardle</i>	74 U.S. 506	(1868)
<i>Ex parte Merryman</i>	17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861)	
<i>Ex parte Siebold</i>	100 U.S. 371	(1879)
<i>Felker v. Turpin, Warden</i>	518 U.S. 651	(1996)
<i>Field v. Clark</i>	143 U.S. 649	(1892)
<i>Flast v. Cohen</i>	392 U.S. 83	(1968)
<i>Glidden Company v. Zdanok</i>	370 U.S. 530	(1962)
<i>Goodrich v. Department of Public Health</i>	798 N.E.2d 941	(2003)
<i>Hamdan v. Rumsfeld</i>	548 U.S. 557	(2006)
<i>Hamdi v. Rumsfeld</i>	542 U.S. 507	(2004)
<i>Hanna v. Plumer</i>	380 U.S. 460	(1965)
<i>Hayburn's Case</i>	2 U.S. 409	(1792)
<i>Hepburn v. Griswold</i>	75 U.S. 603	(1870)
<i>Humphrey's Executor v. United States</i>	295 U.S. 602	(1935)
<i>Immigration and Naturalization Service v. Chadha</i>	462 U.S. 919	(1983)
<i>Immigration and Naturalization Service v. St Cyr.</i>	533 U.S. 289	(2001)
<i>Indus. Union Dept., AFL-CIO v. Amer. Petroleum Inst.</i>	448 U.S. 607	(1980)

<i>In Re Hennen</i>	38 U.S. 230	(1839)
<i>J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States</i>	276 U.S. 394	(1928)
<i>Kendall v. United States</i>	37 U.S. 524	(1838)
<i>Kilbourn v. Thompson</i>	103 U.S. 168	(1880)
<i>Knox v. Lee</i>	79 U.S. 457	(1871)
<i>Livingston v. Story</i>	34 U.S. 632	(1835)
<i>Lochner v. New York</i>	198 U.S. 45	(1905)
<i>Lockerty v. Phillips</i>	319 U.S. 182	(1943)
<i>Loving v. United States</i>	517 U.S. 748	(1996)
<i>Marbury v. Madison</i>	5 U.S. 137	(1803)
<i>Miranda v. Arizona</i>	384 U.S. 436	(1966)
<i>Mistretta v. United States</i>	488 U.S. 361	(1989)
<i>Morrison v. Olson</i>	487 U.S. 654	(1988)
<i>Murphy v. Ramsey</i>	114 U.S. 15	(1885)
<i>Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.</i>	59 U.S. 272	(1856)
<i>Muskrat v. United States</i>	219 U.S. 346	(1911)
<i>Myers v. United States</i>	272 U.S. 52	(1926)
<i>National Federation of Independent Business v. Sebelius</i>	567 U.S. n. 11/593	(2012)
<i>Nevada Department of Human Resources v. Hibbs</i>	538 U.S. 721	(2003)
<i>New York Times Co. v. Sullivan</i>	376 U.S. 254	(1964)
<i>Nixon v. Administrator of General Services</i>	433 U.S. 425	(1977)
<i>Northern Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co.</i>	458 U.S. 50	(1982)
<i>Palmore v. United States</i>	411 U.S. 389	(1973)
<i>Parker v. Davis</i>	79 U.S. 457	(1871)
<i>Planned Parenthood v. Casey</i>	505 U.S. 833	(1992)
<i>Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.</i>	514 U.S. 211	(1995)
<i>Rasul v. Bush</i>	542 U.S. 466	(2004)
<i>Republican Party of Minnesota v. White</i>	536 U.S. 765	(2002)
<i>Reynolds v. Sims</i>	377 U.S. 533	(1964)
<i>Roe v. Wade</i>	410 U.S. 113	(1973)
<i>Rutgers v. Waddington</i>	N.Y. City Mayor's Ct.	(1784)
<i>Sibbach v. Wilson & Co.</i>	312 U.S. 1	(1941)
<i>Stuart v. Laird</i>	5 U.S. 299	(1803)
<i>Supreme Court of Virginia v. Consumers Union, Inc.</i>	446 U.S. 719	(1980)
<i>Tarble's Case</i>	80 U.S. 397	(1871)
<i>Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co.</i>	473 U.S. 568	(1985)
<i>Trevett v. Weeden</i>	R.I.	(1786)
<i>United States v. Ferreira</i>	54 U.S. 40	(1851)
<i>United States v. Klein</i>	80 U.S. 128	(1871)
<i>United States v. Morrison</i>	529 U.S. 598	(2000)
<i>United States v. Nixon</i>	418 U.S. 683	(1974)
<i>United States v. Raddatz</i>	447 U.S. 667	(1980)
<i>United States v. Will</i>	449 U.S. 200	(1980)
<i>United States ex rel. Toth v. Quarles</i>	350 U.S. 11	(1955)
<i>Wayman v. Southard</i>	23 U.S. 1	(1825)
<i>Webster v. Doe</i>	486 U.S. 592	(1988)
<i>Williams v. United States</i>	289 U.S. 553	(1933)
<i>Willy v. Coastal Corporation</i>	503 U.S. 131	(1992)
<i>Worcester v. The State of Georgia</i>	31 U.S. 515	(1832)
<i>Yakus v. United States</i>	321 U.S. 414	(1944)
<i>Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer</i>	343 U.S. 579	(1952)

INDICE

<i>Ringraziamenti</i>	5
<i>Introduzione</i>	7

CAPITOLO 1

LA SEPARAZIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO DAI POTERI POLITICI TRA GOVERNO MISTO E *RULE OF LAW*

1. La duplice matrice della separazione del potere giudiziario nella dottrina di Montesquieu: governo misto e <i>rule of law</i>	15
2. La separazione dei poteri in Europa di fronte all'affermarsi del principio democratico. Fusione tra i poteri politici e conservazione dell'idea dell'applicazione imparziale della legge	30
3. Prevalenza del meccanismo dei <i>checks and balances</i> e inserimento del giudiziario all'interno del sistema di bilanciamento tra poteri nell'esperienza della democrazia americana	41

CAPITOLO 2

LA COLLOCAZIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO AMERICANO NEL SISTEMA DEI *CHECKS AND BALANCES*

SEZIONE I RILIEVI PRELIMINARI

1	Introduzione	65
2	L'affermazione dell'indipendenza del potere giudiziario e la <i>judicial review</i> delle leggi	68
3	L'omologazione del giudiziario alle altre <i>branches of government</i> nella lettura formalista e in quella funzionalista della separazione dei poteri	74

SEZIONE II LE INTERFERENZE ORGANICHE

1	La nomina dei giudici federali: prevalenza della dimensione politico-ideologica nel procedimento di selezione	85
2	La <i>elevation</i> a posizioni superiori: la "carriera" del giudice americano	104
3	La cessazione della carica: <i>impeachment</i> e dimissioni	112
4	La manipolazione del numero dei giudici e delle corti: <i>packing</i> e <i>unpacking</i>	122
5	Le attività extragiudiziarie quali "relazioni pericolose" dei giudici federali	131

SEZIONE III LE INTERFERENZE FUNZIONALI

1	Funzioni giurisdizionali sottratte alla competenza federale: il <i>jurisdiction stripping</i>	157
1.1	Il tradizionale <i>self restraint</i> di Congresso e Corte Suprema	159
1.2	L'inusitato attivismo dei poteri politici dopo l'11 settembre e la reazione del potere giudiziario	167
2	Funzioni giurisdizionali attratte nell'orbita dell'esecutivo	174
2.1	Le diverse tipologie di organi esterni al potere giudiziario investiti di funzioni giurisdizionali: <i>administrative tribunals</i> , <i>legislative courts</i> e <i>adjudicative agencies</i>	175
2.2	La dottrina e la giurisprudenza americane di fronte alle deroghe alla giurisdizione delle corti federali	179
2.3	Il ricorso ad organi dell'esecutivo per l'esercizio di funzioni giurisdizionali come strumento della <i>war on terror</i>	195
3	Funzioni normative esercitate da organi incardinati nel potere giudiziario: <i>rules of procedure and evidence</i> e <i>sentencing guidelines</i>	200
4	Funzioni amministrative di autorganizzazione in capo al potere giudiziario: la <i>Judicial Conference</i> e l' <i>Administrative Office</i>	213
5	Altre funzioni esecutive assegnate al potere giudiziario	234

CAPITOLO 3

LE RECENTI CONTESTAZIONI DEL RUOLO ACQUISITO DAL POTERE GIUDIZIARIO NELL'ORDINAMENTO NORDAMERICANO

1.	L'enfasi sulla caratura politica del giudiziario americano ed i recenti attacchi alla sua centralità	243
2.	L'originalismo come tentativo di restrizione dell'autonomia dei giudici	251
3.	Il dipartimentalismo e la negazione della <i>judicial supremacy</i>	256
4.	La polemica contro l'attribuzione ai giudici del potere di <i>judicial review</i> sulle leggi	268

CAPITOLO 4

FLESSIBILITÀ E RIGIDITÀ NELLA CONFIGURAZIONE DEL GIUDIZIARIO COME POTERE SEPARATO

1.	Il disegno dei padri fondatori e gli esiti della ricerca	275
1.1	Le linee di conformità: flessibilità della separazione e ruolo politico del potere giudiziario	276
1.2	Le linee di difformità: tentazioni maggioritarie e riemersione carsica del <i>rule of law</i>	284
2.	Il raffronto tra il sistema nordamericano e quello europeo	290
2.1	La convergenza verso un modello di democrazia antimaggioritaria	291
2.2	Una permanente divergenza: necessaria rigidità della separazione del potere giudiziario in Europa	300

<i>Bibliografia</i>	309
---------------------------	-----

<i>Elenco dei casi citati</i>	337
-------------------------------------	-----

Finito di stampare nel novembre 2012
presso Publistampa s.n.c. — 38057 Pergine Valsugana (Tn)
per conto di biblioFabbrica s.r.l.

