Rivista di Diritti Comparati

Rivista Quadrimestrale

1/2021

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno V – N. 1/2021

DIREZIONE

Andrea Buratti (Università di Roma "Tor Vergata")
Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa)
Oreste Pollicino (Università commerciale "Bocconi" di Milano)
Giorgio Repetto (Università di Perugia)
Raffaele Torino (Università Roma Tre)

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Chieti-Pescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant'Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss "Guido Carli"), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Alessandra Di Martino (Univ. Sapienza, Roma), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss "Guido Carli"), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiares Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte di Giustizia UE), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss "Guido Carli"), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università commerciale "Bocconi" di Milano) - Giacomo Delledonne (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa) - Claudio Di Maio (Università della Calabria) - Silvia Filippi (Università di Perugia) - Francesco Saitto (Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

SOMMARIO

Saggi

SILVIA NICCOLAI, *Principi come* Regulae*: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola* Nemo audiatur allegans turpitudinem suam *(con una postilla sul caso Trentini)* (Parte II)

[pp. 1 - 94]

Note e commenti

ALESSANDRO STIANO, *Ancora sui «fratelli minori» di Contrada. Il caso Genco e l'(in)efficacia* ultra partes *del giudicato di Strasburgo*

[pp. 95 - 116]

VI Convegno annuale di *Diritti comparati*: Il costituzionalismo di Thomas Jefferson. Un percorso tra studi costituzionali e teoria politica (a cura di Andrea Buratti e Giuseppe Martinico) [pp. 117-296]

ANDREA BURATTI, GIUSEPPE MARTINICO, *Il costituzionalismo di Thomas Jefferson. Un'introduzione*

[pp. 118 - 122]

ROBERTO TONIATTI, *Le origini del costituzionalismo repubblicano statunitense nel pensiero di Thomas Jefferson*

[pp. 123 - 143]

PAOLA PERSANO, *Thomas Jefferson: un repubblicanesimo "generazionale"*

[pp. 144 - 152]

MARCO FIORAVANTI, *Jefferson a Parigi. Pensare la rivoluzione dei diritti tra le due sponde dell'Atlantico*

[pp. 153 - 167]

CHIARA BOLOGNA, *Jefferson e la separazione del potere*

[pp. 168 - 187]

LUIGI MARCO BASSANI, *Thomas Jefferson giudice della Costituzione degli Stati Uniti*

[pp. 188 - 207]

BENEDETTA BARBISAN, *Thomas Jefferson,* Marbury v. Madison *e il* countermajoritarian dilemma

[pp. 208 - 230]

PAOLO PAESANI, A wise and frugal government*. L'economia politica di Jefferson e lo scontro con Hamilton sulla banca federale: una nota*

[pp. 231 - 242]

GIUSEPPE MARTINICO, *Il federalismo di Thomas Jefferson*

[pp. 243 - 271]

ANDREA BURATTI, Empire of liberty*. Thomas Jefferson e la frontiera americana, dalla* North-West Ordinance *al* Louisana Purchase

[pp. 272 - 296]

Recensioni e letture critiche

GIUSI SORRENTI, *Recensione a M. D'Amico,* Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina, Milano, 2020*

[pp. 297 - 307]

MICHELA TRESCA, *Le sfide alla libertà di espressione online. Recensione a M. Bassini,* Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali *(Aracne editrice, Roma, 2019)*

[pp. 308 - 315]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.diritticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti (Università di Roma "Tor Vergata"), Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa), Oreste Pollicino (Università commerciale "Bocconi" di Milano), Giorgio Repetto (Università di Perugia), Raffaele Torino (Università Roma Tre)
Coordinatore Editoriale: Serenella Quari
Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma
ISSN: 2532-6619

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Principi come *Regulae*: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola *Nemo audiatur allegans turpitudinem suam* (con una postilla sul caso Trentini) *(Parte II)*[*]

Silvia Niccolai[**]

SOMMARIO: 1. PARTE I. Premesse. Il caso di studio e l'ipotesi di lavoro: principi costituzionali e *regulae*. – 1. Le regole – 1.1. Le *regulae iuris*. – 1.2. Azioni che si

---

∗ L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. La Parte I è stata pubblicata in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2020, pp. 1 ss.

** *Questo lavoro è dedicato alla memoria della mia mamma, Donatella Donati Niccolai, che due anni fa ha rinunciato alle cure, dopo averne a lungo parlato con i suoi figli.*

Il saggio ricollega gli esiti controversi della decisione della Corte costituzionale sul "caso Cappato" all'origine strategica del processo *a quo*; esso sviluppa un'argomentazione basata sulle antiche *regulae iuris* e in particolare sulla regola *Nemo audiatur allegans turpitudinem suam*. Nella parte I è discusso il ruolo delle *regulae iuris* nella conoscenza e nella pratica giuridica, e, facendo particolare riferimento agli studi di, e su, Alessandro Giuliani, sono introdotte alcune ragioni a favore di una riscoperta delle regole, in quanto «principi costitutivi del diritto», nell'interpretazione costituzionale; successivamente, *Nemo audiatur* viene chiamata in causa in relazione al divieto di *lis ficta* nel processo incidentale. Nella parte II, un'analisi del "caso Cappato", dalle decisioni di merito alle pronunce della Corte costituzionale, si propone di evidenziare che la natura strumentale del processo *a quo* ha condizionato l'intera vicenda giudiziaria, riducendo le possibilità di un'adeguata esplorazione tanto della vicenda concretamente in causa quanto della portata del divieto di aiuto al suicidio, così come dei beni costituzionali coinvolti. Qui viene anche mostrato come la prospettiva delle *regulae iuris* possa offrire punti di vista significativi per discutere sia la teoria dell'autodeterminazione e le sue fallacie, sia alcuni usi attuali del concetto di dignità umana. Infine, dopo un rapido confronto con altre recenti decisioni della Corte costituzionale, sono svolte alcune considerazioni conclusive sul perché interpretare i principi come regole e con regole potrebbe fornire un grado di stabilità ed efficacia ai principi costituzionali, minati invece da ogni concezione strumentale del diritto.

Ringrazio Francesco Cerrone, Alessandra Di Martino, Stefania Ferrando, Elisa Olivito, Salvatore Prisco e Giorgio Repetto per avere letto e discusso con me questo scritto prima della pubblicazione, e i revisori anonimi per i loro attenti commenti.

possono osservare e capire. – 1.3. Relazioni. – 1.4. Definizioni dialettiche. – 1.5. Centri di argomentazione. – 1.6. Le regole e le forme della ragione. – 1.7. Gli studi sulle regole e l'evidenziazione dei limiti dello strumentalismo giuridico. – 1.8. Norme e regole – 1.9. Ricercare la regola nella norma (e nella sentenza). – 2. Il caso Cappato: se diventa impossibile far diritto con regole. – 2.1. Breve riepilogo di un caso famoso e alcune ragioni per rileggerlo attraverso le *regulae*. – 2.2. La prevalenza delle componenti strumentali. – 2.3. Quando una sentenza può dare regola? – 2.4. Le liti strategiche. – 2.5. "Inerzia del legislatore" e logica dell'incidentalità – 3. *Nemo audiatur*: veracità e lealtà come condizioni della fisiologia del processo quale articolazione della sfera pubblica. – 3.1. Sul senso complessivo della regola. – 3.2. Le tradizionali critiche alla regola. – 3.3. Le sue buone ragioni. *Nemo audiatur* e la logica della controversia. – 3.4. *Nemo audiatur*, le liti strategiche e il processo costituzionale. Una questione di 'buoni esempi'. PARTE II. 4. Un processo *a quo* non esemplare: la costruzione dell'astratta opposizione tra 'libertà' e 'autorità'. – 4.1. Dall'auto-denuncia alla Corte di Assise. – 4.2. La debole esemplarità del processo *a quo* e una *quaestio* insidiosa. – 5. Quale regola di giudizio, senza poter osservare la condotta degli uni nella relazione con gli altri? La cattura della Corte nella logica della lite strumentale. – 5.1. Il caso come 'dato'. – 5.2. Mitologie dell'autodeterminazione: quale libertà è coinvolta dal divieto di aiuto al suicidio? – 5.3. La rinuncia a ricercare la regola attraverso la relazione. – 5.4. Libertà astratta e concreta: le fragili difese della Corte davanti a un luogo argomentativo 'turpe'. – 5.5. Il processo come strumento (per arrivare a una norma). – 6. Conclusioni. Le regole, una risorsa presente-assente nel diritto costituzionale oggi. – 7. Postilla.

4. *Un processo* a quo *non esemplare: la costruzione dell'astratta opposizione tra 'libertà' e 'autorità'*

4.1. *Dall'auto-denuncia alla Corte di Assise*

I giornali riferirono dell'auto-denuncia di Cappato, che, dopo aver visto archiviata l'indagine promossa dalla Procura di Novara nei suoi confronti per l'aiuto al suicidio di Dominique Venuti, a sua volta originata da una autodenuncia, si sarebbe di lì a poco autodenunciato davanti alla Procura di Massa per l'aiuto al suicidio di Davide Trentini.

«La stesura del verbale dura meno di due ore. Quello che è successo lo sanno tutti. A Marco Cappato interessa il gesto che potrebbe smuovere il Parlamento: "Continueremo fino a quando non saremo fermati. Allora diventerà evidente che lo Stato non si sarà assunto la propria responsabilità. Ci sono altri due malati che hanno ottenuto il

codice verde a procedere in Svizzera. Uno lo aiuto economicamente insieme all'Associazione Luca Coscioni. L'altro personalmente (…) Chiediamo l'assunzione di responsabilità al Parlamento che decida al di là di ogni responsabilità individuale. I diritti devono essere garantiti a tutti. A Fabo avevo detto che avrei fatto conoscere la sua storia per aiutare le persone a ragionare". In questi anni Marco Cappato e l'associazione Luca Coscioni hanno assistito un centinaio di persone. A molte sono state fornite solo informazioni. Altre sono state aiutate economicamente – le procedure nella clinica Dignitas costano circa 13 mila euro – altre ancora con un aiuto diretto come è stato per Dj Fabo. Il reato che potrebbe per questo essere contestato a Marco Cappato è di aiuto al suicidio. Il codice penale prevede una pena massima di 12 anni di carcere. Al leader radicale interessa poco: "Non mi addentro in possibili interpretazioni giuridiche sul possibile procedimento a mio carico. Ma se il processo potesse servire come precedente per superare le situazioni di clandestinità di tante persone allora sarebbe utile. I principi costituzionali di libertà e responsabilità fondamentali sono più forti di un codice penale scritto in epoca fascista"»[1].

Nel fraseggio – che, ed è importante notarlo, legge in termini negativi ("clandestinità") la condotta umana che si svolge in assenza di, o negli interstizi de, la legge dello Stato[2] – si ritrova la prefigurazione del tema che sarà sviluppato davanti ai giudici ordinari e dalla Corte: l'esigenza di sancire un diritto di libertà conculcato dal codice penale fascista, così come vi si rinvengono argomenti ripresi in dottrina, in particolare la necessità che l'opinione pubblica ragioni e il Parlamento intervenga, nel senso di permettere l'aiuto al suicidio, motivi che, lo ricordavo poco sopra, sono stati spesso portati a giustificazione, in

[1] F. POLETTI, *Marco Cappato si autodenuncia ai carabinieri ecc.,* in *La Stampa*, 1.3.2017.

[2] Mentre l'autonomia che si avvale delle zone d'ombra della legge ha ricevuto valorizzazione da una parte dell'opinione penalistica italiana; si ricorda al riguardo particolarmente l'opera di Bricola: cfr. A. MASSARO, *Il 'caso Cappato' davanti al giudice delle leggi*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2019, p. 1 ss., p. 19 e nota 56.

particolare, dell'ordinanza con cui la Corte assegnò il termine al legislatore[3].

Nella locuzione plurale («Continueremo, chiediamo, ecc.») risiede un aspetto qualificante dell'intera vicenda; è vero che, a giudizio di alcuni, il divieto della *lis ficta*, ai fini del processo costituzionale, dovrebbe considerarsi superato tutte le volte che una persona fa valere un suo interesse soggettivo[4]; né vi ha dubbio che chi si autodenuncia possa avere un proprio interesse soggettivo a farlo: per esempio, l'interesse a far accertare, tramite il processo, la liceità della propria condotta, e proprio mettendo così in discussione la norma incriminante (ma si potrebbe pensare anche all'interesse a essere riconosciuto colpevole, in nome dei propri obblighi di solidarietà verso la società, di chi senta il peso della propria colpevolezza). Ma, conducendo una battaglia politica[5], Marco Cappato non sta facendo valere una *propria* situazione soggettiva: egli porta nel processo penale, che accerta responsabilità personali, un soggetto plurale, nel cui nome parla[6]. Mentre il processo assume una funzione rappresentativa, resta indeterminato l'interesse di cui è portatore il soggetto che agisce (sia

[3] Sono molti i commenti che sottolineano come l'ord. n. 207 abbia inteso avviare un dibattito pubblico, tra questi v. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio*, in *Diritti Comparati*, 23.11.2018, p. 1 ss. (v. *supra*, nota 118, Parte I)

[4] Cfr. G. REPETTO, *Il divieto di* fictio litis, in *Riv. AIC,* 3/2013, p. 1 ss.

[5] Sull'autodenuncia di Cappato «atto politico posto in essere per sollevare l'incidente di costituzionalità» secondo «le strategie politiche dei movimenti per il riconoscimento dei c.d. «diritti civili» (tra i quali va annoverato anche il movimento radicale che ha supportato, attraverso l'Associazione Luca Coscioni, la battaglia giudiziaria di Cappato)» v. A. PISANÒ, *Il re è nudo! La nuova forma di collaborazione, ecc.*, in *Pol. Dir.*, 2020/1, p. 67. Sottolineando che l'autodenuncia era tesa a sollevare l'incidente di costituzionalità l'A. fornisce una piana descrizione del processo originato da lite strumentale come *lis ficta* nei termini che della definizione offre M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, Padova, 1984, p. 59, ripreso da E. OLIVITO, *L'eccezione che conferma la regola, ecc..,* in *Dir. Soc.,* 2/2019, p. 237: *lis ficta* non significa assenza dell'interesse soggettivo, ma significa che, pur coinvolgendo situazioni soggettive autentiche, il processo ha per oggetto soltanto il dubbio di costituzionalità

[6] Tipicamente la *human rights strategic litigation* consiste in «una vera e propria strategia che considera il ricorso giudiziario non come fine per soddisfare le pretese di una parte processuale, ma come mezzo per vedere affrontate, dibattute e anche riconosciute le pretese di una *platea generalizzata di individui*» (A. PISANÒ, *Il re,* p.73, corsivo aggiunto).

salva l'improprietà dell'espressione con riferimento al contesto penale), in quanto quell'interesse coinvolge anche e soprattutto altri: tutti coloro che aiutano i malati a suicidarsi, tutti coloro che desiderano suicidarsi, o anche entrambi, oppure tutti i cittadini, in quanto titolari dei diritti costituzionali ancora traditi[7]. Certamente viene in primo piano, anche per effetto della suggestione esercitata dalla terribile condizione di Antoniani, ampiamente portata a conoscenza dell'opinione pubblica, la contrapposizione tra i 'diritti' individuali e il codice fascista che priva le persone del potere di disporre di sé. Tramite l'empatia che molti hanno potuto provare nei confronti del desiderio di Antoniani di porre fine alla propria sofferenza si è certamente consolidato il messaggio, che la lite trasmette, secondo il quale il diritto penale impone un *dovere di vivere* contro l'autodeterminazione individuale di chi intende scegliere se e come morire.

Su questo motivo, in cui perde centralità la posizione di chi aiuta al suicidio, che pure era quella di colui che aveva aperto il processo, si è intelaiata la vicenda sul piano giudiziario, anche grazie all'affermarsi, tra le due strade che sin dall'origine si sono delineate, l'una minimizzante, l'altra enfatizzante, di questa seconda[8].

---

[7] L'indeterminatezza dell'interesse soggettivo espresso dalla domanda si è ripercossa fino al processo costituzionale, con riguardo al quale è stato rilevato che «non è chiaro se il *caso* cui fare riferimento sia quello specifico di Marco Cappato, o quello di chiunque si trovi in una situazione processuale simile alla sua (ossia imputato di un reato che prevede una pena molto alta, essendosi *autodenunciato* di quel reato allo specifico scopo di suscitare una reazione politica e produrre un mutamento legislativo), o ancora più in generale quello di qualunque malato terminale che si trovi in una delle condizioni di particolare vulnerabilità che avevano condotto Fabiano Antoniani ad avvalersi dell'aiuto di un terzo» (E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, in *Quad. Cost.*, 2019/3, p. 544 nota 18, che si richiama anche a M. MASSA, *Un'ordinanza interlocutoria*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2019, p. 1 ss.).

[8] Cfr. S. PRISCO, *Il caso Cappato*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, n. 3/2018, p. 161, che, con riferimento alla posizione poi presa dalla Corte, nota come, «a fronte della scelta di mantenere vigile l'attenzione al tema e di pervenire a una soluzione tendenzialmente *generale e normativa* su di esso (assecondata dal g.i.p. di Milano e dalla Corte di Assise, essendosi rifiutato il primo di archiviare l'autodenuncia) (…) si sarebbe potuti pervenire alla indolore chiusura della vicenda». (Corsivo aggiunto.) Di rilievo l'annotazione sulla volontà di pervenire a una soluzione generale e normativa sul tema, 'assecondata' dal gip di Milano, dalla Corte d'Assise, e dalla Corte costituzionale, che si contrappone alla narrazione della Corte «costretta ad

La prima direzione, che conduceva all'archiviazione, è stata seguita con scarsa convinzione dalla Procura, ed è stata evitata dalla difesa dell'indagato, come è logico dal momento che lo scopo era arrivare al processo, ed evitare in primo luogo l'archiviazione, da poco subita, per così dire, in una vicenda simile.

Vengono in rilievo, in particolare, tre provvedimenti. Il primo è l'ordinanza della Procura[9], dove il problema, se abbia Marco Cappato commesso la condotta incriminata dall'art. 580 c.p. sfocia nel tema di politica del diritto se sia necessario riconoscere, almeno in certi casi, il diritto al suicidio.

È noto che l'art. 580 incrimina sia l'istigazione al suicidio (intesa tanto come determinazione di altri al suicidio quanto come rafforzamento dell'altrui proposito di suicidio) *sia* l'agevolazione, «in qualsiasi modo», della sua esecuzione. Poiché la Procura ha accertato

---

assumersi un ruolo di supplenza non voluta» (M. D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte*, in *Riv. AIC*, 1/2020, p. 301), narrazione, questa seconda, che di solito va a corredo delle argomentazioni di chi vede con favore la tecnica della lite strategica ma d'altronde ritiene di poter e dover tener fermi alcuni assunti dogmatici (come la separazione dei poteri, o la soggezione del giudice alla legge, sul cui travolgimento la tecnica, viceversa, per così dire 'scommette' apertamente). Sul carattere politico del caso Cappato e su come esso sia «proseguito grazie alla altrettanto consapevole e deliberata scelta della Corte di Assise di Milano di non accettare il *commodus discessus* che le era stato prospettato» dalla richiesta di archiviazione (su cui però *infra* nel testo) v. anche E. GROSSO, *Il rinvio,* p. 541; la Corte ha dimostrato una consimile volontà con le cure profuse sull'ordinanza di rinvio cui ha rivolto un atteggiamento «sanante», «minimizzandone le sviste», smorzandone «la connotazione ancipite e intrinsecamente ambigua» e introducendo parametri ulteriori rispetto a quelli indicati dall'ordinanza di rimessione, e in particolare quello, decisivo, offerto dall'art. 32: C. SALAZAR, "*Morire si*", in *Quad. Cost.*, 2019/1, 567 ss., 567 e 569. La Corte ha dimostrato volontà di decidere la questione, anche scartando anche altre alternative, in particolare quella della rimessione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, dato l'intervento della legge sulle Dat (DAL CANTO, *Il 'caso Cappato' e l'ambigua concretezza*, in *Forum di Quad. Cost.* (5.6.2019), p. 1 ss., p. 4), non da ultimo aggirando in modo poco convincente l'argomento (cu cui si imperniava l'obiezione dell'Avvocatura), circa il tendere la questione a una pronuncia manipolatoria in campo penale, se non altro perché «è evidente che anche dalle mere ablazioni operate dalle sentenze di accoglimento possono derivare profonde trasformazioni delle norme colpite» (Salazar, *"Morire sì"*, p. 570).

[9] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017. Il provvedimento si legge, come tutti gli altri qui riferiti, nella documentazione offerta dalla Rivista *Dir. Pen. Contemp.*

che Antoniani si era autonomamente orientato al suicidio, e dunque l'istigazione, anche nella forma del rafforzamento, è esclusa, sul terreno rimane la questione se Cappato sia colpevole di agevolazione. Per tutta una prima parte l'ordinanza della Procura conduce un'argomentazione incentrata su un'interpretazione restrittiva e, a suo dire, costituzionalmente orientata della fattispecie normativa e basata espressamente sul *favor rei*[10]; nella ricostruzione del caso concreto vi è una lettura attenta di una serie di aspetti che depongono per l'inoffensività della condotta di Cappato, che si è limitato ad accompagnare in auto Antoniani nel luogo in cui questi è stato preso in carico da operatori medici e sanitari; costoro, nota la Procura, sono diventati da quel momento gli unici interlocutori della volontà di Antoniani per il suicidio, volontà rispetto alla cui esecuzione Cappato è stato a tutto concedere, scrivono le PM, un «mero osservatore». Quanto all'interpretazione della fattispecie normativa, la Procura si confronta con la sentenza della Cassazione, I Sez. Penale, del 6.2.1998, n. 3147[11], che ha adottato un'interpretazione estensiva del concetto di agevolazione al suicidio, facendovi rientrare qualsiasi condotta causalmente connessa con l'atto suicidario. Diversamente dalla Cassazione, la Procura ritiene possibile «un'interpretazione più restrittiva, in ossequio ai principi del *favor rei*»; alla luce di questa interpretazione rientrerebbe nell'agevolazione solo la condotta di chi «abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso». Tanto non è avvenuto nel caso di specie, dove «in nessun caso si potrebbe dire che l'evento lesivo, il suicidio, sia conseguenza dell'accompagnamento del soggetto agente», anche considerata l'assoluta incapacità motoria di Antoniani, «che presuppone plurimi affidamenti a soggetti che agiscono in vece sua e diano concretezza alla sua volontà», con la conseguenza che «ciascun passaggio di fase interrompe il nesso di causalità tra la condotta di chi come Cappato ha offerto aiuto all'Antoniani e l'evento suicidio».

---

[10] La valorizza S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 162 ss.

[11] È la sentenza destinata a rappresentare quel "diritto vivente" che per la Corte d'Assise, diversamente da come opina la Procura, preclude interpretazioni adeguatrici dell'art. 580 c.p.

Occorre dar conto, brevemente, del fatto che la Procura adotta una delle due concezioni restrittive dell'art. 580 e della nozione di aiuto al suicidio che nel tempo, in occasione delle rare applicazioni della disposizione, si sono profilate. Per una prima concezione, che sarà poi ripresa dalla Corte d'Assise, dovrebbero rientrare nell'aiuto al suicidio solo le condotte che hanno influenza sulla formazione della volontà suicida, il che però significa ricondurre integralmente l'aiuto al suicidio all'istigazione e in sostanza sopprimere la fattispecie. Contro questo orientamento, effettivamente difficile da condividere, perché probabilmente lascerebbe fuori dalla sfera della punibilità proprio le condotte più tipiche che l' 580 c.p. intende reprimere (ad esempio quella del farmacista che vende sottobanco i barbiturici sapendo che chi li acquista li userà per suicidarsi), si indirizzò la sentenza della Cassazione del 1998, la quale, decidendo su una vicenda molto diversa dal quella del caso Cappato, precisò che l'art. 580, con la fattispecie dell'aiuto al suicidio, intende punire anche chi agevola il suicidio senza influire sul processo deliberativo[12]. Il secondo orientamento è più recente e ha preso forma con riferimento a una vicenda invece molto simile al caso Cappato, quella di chi aveva accompagnato in auto in Svizzera un'amica che lì sarebbe stata assistita al suicidio. In questo caso il Tribunale di Vicenza, nel 2015, seguito dall'Appello di Venezia[13] sviluppò la concezione restrittiva dell'aiuto come riferito solo alle condotte direttamente o strutturalmente connesse all'esecuzione del suicidio e che la facilitano, così escludendo dall'imputazione quelle meramente preparatorie e oltretutto 'fungibili', come l'accompagnamento in auto. Questo secondo orientamento restrittivo consiste nel ritenere punibili, a titolo di aiuto al suicidio, solo le

[12] Con questo la Cassazione non escludeva, peraltro, che l'agevolazione possa influire sul processo deliberativo. Il caso era quello di un giovane sopravvissuto a un 'doppio suicidio', e che, pentitosi del proprio intento suicidario quando il compagno era già morto per i gas che avevano riempito la villetta in cui i due si erano rinchiusi per darsi la morte, cercò inutilmente di aiutarlo e poi inavvertitamente provocò un'esplosione: si tratta del 'caso Munaò', sul quale A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 4 s. da dove traggo gli elementi riferiti nel testo sulla storia interpretativa dell'art. 580.

[13] Rispettivamente con sent.14.10.2015 e n. 9 del 10.5.2017.

condotte che entrano nella fase strettamente esecutiva del suicidio e con caratteri di causalità[14].

Dopo avere svolto il punto dell'inoffensività della condotta di Cappato, l'ordinanza della Procura imbocca la via del diritto al suicidio, fondato, si argomenta, sull'autodeterminazione e la dignità personale, invocando l'intervento del legislatore per la regolamentazione 'rigorosa' di tale diritto[15]. Data la spontaneità e pienezza della volontà di Antoniani, la Procura conclude che la condotta di Cappato non assume rilievo penale perché «l'aiuto al suicidio si è rivelato penalmente irrilevante» in quanto Antoniani esercitava un diritto costituzionale a disporre della propria vita. L'esercizio del diritto al suicidio da parte di Antoniani configura una «causa di giustificazione impropria con rilievo oggettivo» e la condotta di Cappato «che ha la struttura del concorso, risulta scriminata dalla diversa qualificazione del fatto cui ha concorso».

La domanda di archiviazione si conclude con la richiesta in subordine di sollevare q.l.c. dell'art. 580 c.p. «al fine di verificarne la compatibilità con i principi fondamentali di dignità della persona umana e di libertà dell'individuo».

Dovendo confrontarsi con una richiesta di archiviazione così formulata, e cioè che slitta tra l'essere la condotta inoffensiva (Cappato non ha aiutato Antoniani a suicidarsi) e l'essere la condotta scriminata (Cappato ha aiutato Antoniani a suicidarsi, ma non ha commesso un reato perché il secondo esercitava un diritto costituzionale) la meditata decisione del Gip[16] non può a sua volta mantenersi sul solo profilo

---

[14] Secondo A. MASSARO, *Il caso Cappato,* p. 22, ferma la difficoltà di distinguere fasi meramente preparatorie da quelle direttamente esecutive, questi orientamenti hanno il pregio di tendere a una maggiore determinatezza e offensività della fattispecie di aiuto.

[15] «Sarebbe altamente opportuno (e se ne auspica l'intervento urgente) che il legislatore si facesse carico in prima persona del problema, disciplinando rigorosamente [queste] ipotesi in modo da prevenire rischi di abuso, ad esempio, sotto forma di pratiche eutanasiche nei confronti di persone il cui consenso non sia sufficientemente certo».

[16] Tribunale di Milano, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, Ordinanza 10 luglio 2017 (Gargiulo). Rende omaggio alle «tutt'altro che peregrine considerazioni» del Gip Moccheggiani, *Intervento*, in *Seminario preventivo*, p. 23 ss., p. 30. Ricordiamo qui solo il punto, molto denso, in cui il Gip sottolinea che sempre la scelta suicidaria presuppone una «valutazione dell'individuo del senso della propria

attinente alla qualificazione del comportamento di Cappato; deve incamminarsi anche sulla strada del diritto al suicidio, della dignità, dell'autodeterminazione, perché in tale direzione era già la seconda parte del decreto della Procura e soprattutto vi andavano le eccezioni di legittimità costituzionale a quel punto sollevate sia dalla Procura sia dalla difesa. Sul primo punto, quello delle fattispecie imputabili a Cappato, il Gip da un lato ritiene di riconoscere nella condotta di Cappato sia gli estremi dell'istigazione, nella forma del rafforzamento dell'intento suicida, sia quelli dell'agevolazione. Il giudice fa proprio il principio affermato dalla Cassazione, per cui l'agevolazione al suicidio prescinde del tutto dal fatto che la volontà di autosoppressione del suicida sia spontanea. Il Gip, paragonando la condotta di Cappato a quella di colui che consegna al suicida l'arma che questi userà altrove e in un secondo tempo, conclude che nell'agevolazione rientra qualunque condotta «che abbia dato un apporto causalmente apprezzabile all'atto suicidario», tenuto conto che per l'operare del meccanismo della causalità «basta la consapevolezza dell'agevolatore del proposito di autosoppressione e della funzionalità della sua condotta ad esso». Sul secondo punto, il Gip ritiene di non poter sollevare questione di legittimità costituzionale: considera che il bene tutelato dall'art. 580 c.p. è la vita, e pertanto non ritiene possibile dubitare della costituzionalità della disposizione, anche in considerazione del carattere della questione che, egli pensa non senza motivo, sarebbe destinata a essere respinta in quanto inammissibile perché invasiva della discrezionalità del legislatore in materia penale. Il giudice è convinto che il valore della vita, sotteso all'art. 580 c.p. sarebbe messo a repentaglio anche da un'interpretazione restrittiva della disposizione, nel senso prospettato dalla Procura. Così il Gip respinge la domanda di archiviazione, nella volontà di arrivare al processo per motivi contrari a quelli che muovono l'indagato: la convinzione dell'intangibilità del valore della vita, così come dell'irrilevanza e della non fondatezza della questione.

---

vita nei termini dell'indegnità (ad esempio per il rimorso per un gesto compiuto) o dell'eccessivo peso (per esempio un lutto non rielaborato, la solitudine, la sofferenza fisica o una sopravvenuta menomazione», sollevando un ordine di idee gravido di serie perplessità sull'idoneità del riferimento alla 'dignità' in questa materia (sull'impiego dell'argomento dignitario nelle decisioni della Corte verremo più avanti).

Si può annotare, da una parte, che la Procura e il Gip concordano sull'idea che l'aiuto appartenga alla sola sfera materiale dell'esecuzione del suicidio, ma divergono sui requisiti che la condotta di aiuto deve avere per risultare punibile. Dall'altra parte che, attraverso la prospettazione dei profili di incostituzionalità dell'art. 580 viene emergendo la contrapposizione tra il diritto alla vita, legittimamente tutelato, secondo il Gip, dalla disposizione, e l'autodeterminazione, illegittimamente sacrificata, secondo la Procura, in nome di presunti interessi collettivi. Inoltre, si può osservare che allorquando, come ritiene il Gip, nell'istigazione rientri anche l'aver fornito a Antoniani informazioni sulla clinica svizzera, sarebbero state allora imputabili per istigazione anche la fidanzata, o forse anche la madre di Antoniani, che hanno tenuto condotte analoghe; imputazione che però il Gip naturalmente non può formulare. Il fatto che Cappato rimanga solo sulla scena del processo ha un duplice effetto: da una parte viene rafforzata l'impressione che l'art. 580 c.p. si indirizzi contro chi, come Cappato, ha agito in nome della libertà individuale contro l''Autorità'. Dall'altro risulta ridotta, ed è questo un rilievo che riprenderemo, la possibilità di esaminare il problema dell'aiuto al suicidio all'interno di relazioni qualificate che intercorrano tra chi aspira a suicidarsi e chi lo aiuta, e in particolare nella cornice delle relazioni familiari e affettive.

Nella direzione del contrasto tra il principio di libertà e il principio di autorità va decisamente la Corte d'Assise[17], che, come la Procura, esclude la presenza, nel caso di specie, dell'elemento morale, e cioè esclude che Cappato abbia istigato o rafforzato la volontà suicida di Antoniani; la questione diventa così se sia legittimo incriminare per agevolazione al suicidio chi ha fornito solo un aiuto materiale a una persona che si è autonomamente determinata a suicidarsi, e del tutto indipendentemente tanto dalle *condizioni* in cui versi chi intende suicidarsi, quanto dal *rapporto* che intercorra tra costui e la persona da cui ottiene aiuto, due profili ai quali la Corte d'Assise non fa alcun riferimento.

Anche la Corte d'Assise si richiama alla sentenza della Cassazione del 1998; essa ritiene che la Cassazione, quando ha posto il principio per cui l'art. 580 punisce anche l'aiuto al suicidio che non abbia inciso sul processo volitivo, ha esattamente espresso lo spirito dell'art. 580 c.p.,

[17] Assise Milano, ord. 14 febbraio 2018.

che sarebbe quello di ritenere «indisponibile il bene della vita in relazione agli obblighi sociali dell'individuo ritenuti preminenti durante il fascismo». Nell'attuale quadro costituzionale, però, ragiona la Corte d'Assise, il diritto alla vita deve essere inteso diversamente, non cioè nella chiave dell'indisponibilità, ma in quella della disponibilità: «il principio personalista significa libertà dell'individuo di decidere sulla propria vita, anche quando da ciò dipenda la propria morte» e senza che alcun limite sia declinabile in nome di «obblighi solidaristici». Richiamandosi alla legge n. 219 del 2017, che ha riconosciuto il diritto a lasciarsi morire, la Corte d'Assise afferma che i principi che hanno ispirato quella legge devono presidiare l'esegesi dell'art 580, orientando l'interprete nell'individuazione del bene giuridico tutelato e delle condotte idonee a lederlo: «il riconoscimento del diritto di ciascuno ad autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza porta a ritenere sanzionabili solo le condotte che 'in qualsiasi modo' abbiano alterato il percorso psichico del soggetto passivo impedendogli di addivenire in modo consapevole e ponderato a tale scelta».

Ma la lettera appare insuperabile, e di qui la questione di costituzionalità: incriminabile, alla luce dei valori costituzionali, è solo il «comportamento che abbia alterato il processo di formazione della volontà dell'aspirante suicida» e l'agevolazione, pertanto, dovrebbe essere punita esclusivamente se ha ricadute su quella libertà, menomandola o alterandola. La Corte d'Assise non condivide l'intento della giurisprudenza di merito più recente di «evitare i profili di incostituzionalità» dell'art. 580 c.p., perché intende al contrario farli risaltare, onde far emergere una data visione della libertà dell'individuo, libertà della quale la scelta per il suicidio, queste le parole letterali dell'ordinanza, è «l'espressione più radicale ma anche più significativa». Così, con l'appello al diritto vivente rappresentato da una sentenza della Cassazione risalente a quasi vent'anni prima, che le impedirebbe un'interpretazione adeguatrice dell'art. 580 c.p. (e che invero si oppone a una *intepretatio abrogans* dell'art. 580 c.p. nella parte concernente l'agevolazione al suicidio, in cui si risolve la questione sollevata), la Corte d'Assise scarta la possibilità di ispirarsi a

una giurisprudenza di merito più vicina nel tempo [18]. Una giurisprudenza, a differenza della sentenza della Cassazione, dettata su casi molti prossimi a quello su cui la Corte d'Assise era chiamata a pronunciarsi, e significativa del modo in cui l'art. 580 c.p., in questo tipo di casi, vive nell'ordinamento (la stessa presenza di previe archiviazioni nei confronti di Cappato era un indice non privo di rilievo del sentire della magistratura[19]). Se è vero che, in effetti, gli orientamenti restrittivi possono avere elementi non convincenti, o addirittura 'sofistici'[20], essi certamente smentiscono però le affermazioni della Corte

[18] «Contrariamente a quanto afferma la Corte d'Assise, non c'è una nozione consolidata di agevolazione al suicidio, l'art. 580 c.p. è del resto rarissime volte applicato e il *leading case* è una sentenza della Cassazione che nulla ha a che vedere con il suicidio assistito per porre fine a gravi e irreversibili patologie» (A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 4-5). «L'unica decisione della Cassazione in materia… non è un vincolo giuridico, semplicemente perché non è "diritto vivente" nel senso proprio del termine» (A. MORRONE, *Introduzione*, p. 5, richiamando A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, Giuffrè, 1994). Nello stesso senso Manes, *Aiuto a morire,* p. 54: la pronuncia della Cassazione «è diritto vivente in un senso davvero molto fragile». Pugiotto sottolinea che il giudice *a quo* intende il concetto di diritto vivente «secondo un'impropria accezione gerarchica», così travisandone profondamente il senso (*Variazioni processuali*, p. 42). All'epoca del sollevamento della q.l.c., questo A. scriveva che, considerata la scarsa vita applicativa dell'art. 580 c.p., come «il giudice *a quo* ai fini dell'applicazione dell'art. 580 c.p. nel processo Cappato, così ora anche la Corte costituzionale si trova davanti una situazione ordinamentale di *assenza* di diritto vivente» (corsivo A.). Su come il diritto vivente fosse «tutto da dimostrare» anche VERONESI, *Aiuto al suicidio*, in *Seminario preventivo*, p. 56 ss., p. 57. Nell'ord. n. 207 la Corte dirà però che a formare il diritto vivente basta una sola sentenza; l'affermazione ha contribuito a formare l'apparenza dell'impossibilità di una decisione di inammissibilità a valenza interpretativa, che invitasse il giudice a farsi carico di un'interpretazione costituzionalmente conforme.

[19] Convinta dell'esistenza di un «vero e proprio diritto al suicidio», la Corte d'Assise ha «scartato ogni interpretazione alternativa dell'art. 580, in particolare quella che non riteneva punibile condotte preliminari come il mero trasporto nel luogo in cui si sarebbe compiuto il suicidio» (M. MASSA, *Un'ordinanza,* p. 14). Occorre in effetti dolersi che, a sua volta, nell'ordinanza n. 207, la Corte abbia «gettato un'ombra sugli orientamenti dei giudici di merito menzionati dall'ordinanza di rimessione, i quali si esprimono in tale ultimo senso (C. SALAZAR, *"Morire sì",* p. 569).

[20] Non è certo improprio il rilievo di Mantovani (*Suicidio assistito o omicidio del consenziente*, in *La giustizia penale,* 2017, p. II, 31 ss.), sul carattere 'sofistico' di distinzioni come quella che si impernia sul carattere fungibile o meno di una data condotta e così perviene a escludere che nell'agevolazione rientri l'accompagnamento

d'Assise secondo cui una concezione fascista della vita come proprietà e interesse dello Stato vivrebbe nell'ordinamento[21]. Gli orientamenti giurisprudenziali in discorso delineano semmai, e invece, i primi passi di un lavorio rivolto all'identificazione di una portata della nozione di agevolazione al suicidio più aderente all'emergere di situazioni che – e in questo caso mi pare da richiamare il tempo l'art. 580 fu concepito – il codice non prende in considerazione, quelli cioè in cui la scelta di chi aiuta al suicidio trae i propri motivi nel rapporto con qualcuno, che vuole porre fine a una grave e irreversibile patologia di cui soffre, ma nonostante la quale trattamenti medico sanitari molto avanzati ed invasivi gli permettono di continuare a vivere[22]. La Corte d'Assise del

in auto. Lo stesso rilievo potrebbe rivolgersi anche all'argomento, sviluppato dalla Procura di Milano, che fa leva sull'inoffensività della condotta di accompagnamento per inesistenza del nesso causale con l'evento suicidio. In entrambi i casi non si tiene nel giusto conto, come invece fa Mantovani e come fa il Gip, che il motivo incriminante è la *consapevolezza* della funzionalità della propria condotta alla realizzazione dell'evento suicidario. Mi pare in effetti fragile sul piano logico, e poco convincente su quello costituzionale ogni ragionamento intorno all'interpretazione dell'aiuto al suicidio che non guardi ai *motivi* che spingono il suicida al suo gesto, e l'aiutante al suo, e cioè alle «relazioni retrostanti», specie se fermo nel presumere nel suicida una perfetta autodeterminazione, sulla quale in nessun modo incide l'aiuto. Così mi pare una fuga dal problema di dare all'art. 580 c.p. un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' l'orientamento secondo il quale dovrebbero ritenersi non punibili le condotte che abbiano influito solo 'marginalmente' sull'evento, come ho visto sostenuto ad es. da Ortolani, *La rilevanza spazio-temporale ecc.*, in *Giurisprudenzapenaleweb*, 2019, p. 1 ss. (dove il riferimento a Mantovani), ma anche in più contributi all'interno del *Seminario preventivo*.

[21] Per A. PUGIOTTO, *Variazioni*, p. 42, la Corte d'Assise, che parla di diritto vivente ma dà conto dei diversi orientamenti esistenti in giurisprudenza, cade in una «*contradictio in adiecto*».

[22] Cfr. A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 17: «una delle difficoltà derivanti dall'art. 579 [omicidio del consenziente] e 580 c.p. è la mancata valorizzazione delle 'cause' dell'omicidio del consenziente e del suicidio, e in particolare l'indifferenza legislativa di fronte alla decisione di darsi la morte per porre fine alle sofferenze derivanti da una grave e irreversibile patologia. Volendo banalizzare, la condotta di chi decide di gettarsi da un ponte dopo l'ennesima delusione amorosa è giuridicamente parificata a quella di chi assume un potente barbiturico perché non è più in grado di sopportare la sofferenza derivante dall'aggravarsi di una distrofia muscolare progressiva». Forse il discorso di Massaro rischia un poco di distinguere suicidi sorretti da motivi validi e suicidi sorretti da motivi futili. Ma, tenendo fermo che l'art. 580 verte su chi aiuta al suicidio, e non su chi si suicida, mi pare si possa

resto, interessata a promuovere l'affermazione di un principio opposto a quello a suo giudizio soggiacente all'art. 580, abbandona a sua volta a se stesse queste situazioni, cui non si interessa affatto. L'affermazione della Corte d'Assise a favore del diritto al suicidio come espressione di libertà in nessun modo fa riferimento, infatti, alle condizioni particolari in cui si trovino il suicida e chi lo aiuta, ai rapporti che li leghino[23]. Per ciò si potrebbe dire che la Corte d'Assise sembra più preoccupata di pervenire, attraverso il processo, all'individuazione di norme con cui disciplinare (definire) una classe di eventi, ovverosia tutti indistintamente i casi di aiuto al suicidio, anziché all'individuazione di una regola di giudizio con cui rispecchiare la realtà (nelle sue componenti di valore, o in quelle di disvalore) di un evento ogni volta unico; strada quest'ultima che impegnerebbe invece ad una ravvicinata considerazione della 'realtà', cioè delle relazioni per come concretamente si dispongono ogni volta nella concretezza dei casi.

Di fatto, la questione sollevata dalla Corte d'Assise era così ampia, e così irrelata al caso concreto (essa chiedeva la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 in quanto incrimina «le condotte di aiuto al suicidio che non hanno contribuito a determinare o rafforzare il proposito della vittima»), che la difesa dell'imputato, forse temendo un rigetto della questione per mancato esame della rilevanza, è venuta in soccorso, proponendo un *petitum* più circostanziato, come tornerò presto a dire. Ma proprio appellandosi all'ampia domanda della Corte d'Assise la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 207, ha potuto affermare che le non veniva chiesto un intervento manipolatorio, ma strettamente ablativo, e, questo, in replica ai rilievi dell'Avvocatura che andavano nel senso dell'inammissibilità della questione; per poi costruire su questa premessa una delle pronunce più arditamente manipolative della sua storia.

4.2. *La debole esemplarità del processo* a quo *e una* quaestio *insidiosa*

---

trarre da queste riflessioni la suggestione che l'ordinamento dovrebbe tener conto delle motivazioni del suicida *in quanto riverberano sulla qualificazione della condotta di chi lo aiuta e concorrono a qualificarla.*

[23] Cfr. Picchi, *Leale e dialettica*, p. 6: «la Corte d'Assise esalta l'autodeterminazione indipendentemente dal riferimento alla condizione clinica della persona che ha deciso di suicidarsi»; analogamente Veronesi, *Aiuto al suicidio*, p. 58.

La costruzione un poco artificiosa del diritto vivente in materia di aiuto al suicidio pare rispondere all'intenzione del giudice di raccogliere *magis ut valeat* le ragioni che avevano spinto Cappato ad autodenunciarsi, e cioè all'intenzione di far sì che *il fine politico attribuito al processo potesse pervenire a realizzazione*. La giurisprudenza di merito che dà una interpretazione mite dell'art. 580 c.p. viene messa da parte perché è di ostacolo alla formulazione di una *quaestio* imperniata sull'art. 580 come norma che sacrifica irrimediabilmente e totalmente le ragioni della libertà a quelle dell'autorità; formulazione che richiede di asserire che l'art. 580 sarebbe rimasto cristallizzato all'epoca della sua approvazione.

Vi è, oltre a questo, qualche altro segnale che depone nel senso della debole capacità del processo, costruito strategicamente, di restituire un'immagine realistica, e in questo senso esemplare, del modo in cui la norma denunciata vive nell'ordinamento, e di come quest'ultimo reagisce alla situazione in causa.

Si può ritornare, intanto, sull'ordinanza della Procura, dove vi è forse l'intento di «evitare l'applicazione ingiusta di una norma a un fatto percepito come non meritevole di pena»[24], ma questo intento viene accompagnato, e quindi surclassato, da quello di mettere in discussione la giustizia della norma in generale. Un effetto di questo secondo intento è stato che un argomento molto forte, che avrebbe potuto spingere nel senso dell'archiviazione, è stato sostanzialmente escluso dal novero dei profili considerati. Si tratta dell'argomento della *lex loci*, sul quale l'ordinanza della Procura si sofferma solo il tempo necessario per escludere la possibilità di incriminare i medici svizzeri, e che viceversa avrebbe potuto spingere nel senso dell'imperseguibilità di Cappato, anche in armonia col resto dell'impostazione della Procura, nella sua prima parte (dove si rileva che la condotta di Cappato non ha

[24] R. E. OMODEI, *L'istigazione e l'aiuto al suicidio,* in *Dir. Pen. Contemp.*, 10/2017, p. 143 ss., p. 149. Le parole dell'A. che riporto nel testo sono letteralmente corrispondenti a quelle con cui più volte Giuliani esprime l'ideale della giustizia come equità, ideale negativo e antiromantico, in quanto orientato a evitare l'applicazione ingiusta della legge che può in generale essere giusta, rinunciando alla retorica della giustizia da realizzare. Ma è verso l'opposto ideale che forse propende la posizione degli inquirenti, e ancor più andrà quello della Corte d'Assise.

ruolo causale, ma meramente preparatorio, nell'evento del suicidio, che si è svolto in Svizzera).

Secondo il principio della doppia incriminazione non sono perseguibili i cittadini che hanno compiuto all'estero una condotta che in Italia è reato, ma non lo è nel Paese in cui si è svolta, a meno che in Italia non si sia tenuto un frammento della condotta, anche tale da non realizzare gli estremi del tentativo. L'argomento della *lex loci* racchiudeva, nel caso di specie, una forza notevole, almeno se si tiene presente che «la condotta vietata dalla legge italiana non è il suicidio, bensì la condotta che la rubrica dell'art. 580 definisce *aiuto*». Quest'ultima, «secondo gli schemi della teoria del reato, è una tipica modalità di concorso atipico: *agevolazione*, dice l'art. 580, usando il linguaggio della teoria del concorso di persone nel reato. È una *condotta che mutua il proprio disvalore da quello attribuito all'evento suicidario*. Un evento non estraneo alla fattispecie dell'art. 580, determinante ai fini della punibilità. Da ciò l'interrogativo: se il suicidio è stato realizzato all'estero in conformità alla *lex loci*, quale valutazione è ravvisabile nell'ordinamento italiano per l'eventuale condotta agevolatrice realizzata in Italia?»[25].

Il ricorso alla *lex loci*, quanto meno come argomento da vagliare, era tanto più coerente, dicevamo, in quanto era collegabile alle interpretazioni restrittive del concetto di agevolazione, che la Procura aveva fatto sue, e secondo le quali «la condotta tipizzata nell'art. 580 sarebbe l'aiuto nella realizzazione del suicidio, che non comprende atti preparatori come l'accompagnamento dall'Italia alla Svizzera», ovverosia «condotte che, secondo la normativa sul concorso di persone nel reato, sarebbero modalità di agevolazione, antecedenti causali (*sine quibus non*) del suicidio assistito così come in concreto è stato realizzato». Proprio su queste premesse «nel caso specifico dell'aiuto in Italia in vista di un suicidio da realizzare in Svizzera, l'argomento assiologicamente forte, a sostegno della non applicabilità della legge italiana, è la legittimità – per la *lex loci* – del fatto cui l'aiuto accede»[26].

---

[25] Pulitanò, *Il diritto penale*, p. 18 (corsivi A.).

[26] D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 7/2018, p. 73, richiamando la nozione del concetto di aiuto fatta propria da Trib. Vicenza 14.10.2015. Anche la Procura adotta l'argomento della *lex loci*, ma, come accennato, per affermare che i medici svizzeri non sarebbero perseguibili (anche ove

L'argomento della *lex loci*, in casi che presentano analogie con quello considerato, in quanto si configurano come esercizio all'estero di una attività vietata in Italia e da alcuni qualificata come diritto di libertà, ha preso questa direzione: la coppia che si reca all'estero per fare ricorso alla maternità surrogata non è perseguibile, in quanto, essendo la condotta lecita all'estero, scusabilmente ha confidato sulla non incriminabilità della propria condotta secondo la legge italiana, e tanto assorbe gli eventuali 'frammenti' della medesima che abbiano avuto luogo in Italia; non è punibile, precisamente, né per la realizzazione della surrogazione né per aver richiesto in Italia la trascrizione dell'atto di nascita del figlio. In particolare, la domanda di trascrizione, proprio per la conformità alla *lex loci* del documento di nascita, non configura reato di falso, anche se rimane d'altro canto ferma la possibilità che il documento sia impugnato sul piano civile per difetto di veridicità[27].

Nel caso che ci occupa, la linea dell'errore scusabile era esclusa dall'auto-denuncia di Cappato, che rendeva evidente come egli non dubitasse della propria incriminabilità; l'evento suicidio, non di meno, è accaduto all'estero, dove l'aiuto non è punito. Allora, se è vero che

---

sussistessero le altre necessarie condizioni di procedibilità, come la loro presenza nel territorio italiano), dal momento che, in assenza di doppia incriminazione, vige il presupposto dell'errore scusabile sulla legge penale (sono i principi da Cass. V Sez. Pen., 10.2.2016, n. 13525, in tema di surrogazione di maternità e documenti di nascita redatti all'estero). Viceversa, nei confronti dell'aiuto al suicidio, la Procura aderisce all'interpretazione estensiva delle norme sulla punibilità del reato commesso all'estero, interpretazione secondo la quale tale reato è perseguibile purché in Italia si sia compiuto anche solo un frammento della condotta, sia pure privo dei requisiti di idoneità e inequivocabilità richiesti per il tentativo (nei termini di Cass. Pen. IV, 20.1.2017, n. 6376, in tema di omicidio colposo del dipendente da parte del capitano della nave). Pulitanò pare invece pensare che l'agevolazione al suicidio, per la parte svoltasi in Italia, non costituisce un 'frammento di condotta' che rende punibile l'agente nonostante l'ordinamento straniero non punisca l'aiuto al suicidio. Questo perché, se l'evento che rende l'agevolazione punibile, il suicidio, ha luogo all'estero, dove la condotta di aiuto non è punita, di quest'ultima viene meno l'intero disvalore penale, onde non residua la possibilità di pensare a una condotta di agevolazione, e tantomeno a un suo 'frammento' punibile in quanto svoltosi in Italia.

[27] Non entriamo in una analisi dettagliata di questa complessa giurisprudenza, rinviando a A. DI MARTINO, *Pensiero femminista* e *tecnologie riproduttive,* Milano-Udine, 2020, p. 150 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della maternità surrogata*, Napoli, 2020, spec. p. 226 ss.

«riconoscere come rilevante anche per l'ordinamento italiano la legittimità secondo la legge del luogo è soluzione rispettosa dei limiti della potestà dello Stato, e della dignità di scelte personali che hanno comunque tenuto conto della dimensione giuridica»[28], forse la Procura milanese avrebbe dovuto tener conto in modo più approfondito di un principio che, nei termini esposti, è di civiltà penale generale e, come tale, non è pieghevole alle intenzioni soggettive dell'agente: il fatto che questi non invochi la propria non punibilità non significa che questa non possa essere comunque rilevata.

Non tener conto della *lex loci* ha avuto dunque come conseguenza che è stata elusa «una ragionevole ermeneutica del diritto vigente: del codice Rocco inserito in un universo di democrazia liberale», che avrebbe permesso «rispetto al conflitto *di principio* una mossa sdrammatizzante»[29].

Il ruolo liminare svolto nel caso considerato dal tema, invece fondamentale, della *lex loci* può essere un segnale di come il carattere strategico del processo si traduca in un condizionamento delle sue dinamiche, in particolare dei suoi itinerari logici, da parte dell'indagato/imputato, che sembra tenerne, per così dire, il timone. Al rilievo circa le timidezze della Procura sul punto della *lex loci* forse non è peregrino accostare quello circa il disinteresse dimostrato dall'accusato per questo elemento, al quale un 'vero' indagato non avrebbe mancato di appellarsi[30]. Per un complesso di concorrenti

[28] D. PULITANÒ, *Il diritto penale,* p. 74-5.

[29] D. PULITANÒ, *Il diritto penale,* p. 74. Anche la Corte costituzionale non ha dato alcun rilievo al punto mentre «avrebbe potuto dare rilievo al fatto che il suicidio è avvenuto in Svizzera dove (…) la pratica è del tutto lecita» come osserva Dal Canto, *Il caso Cappato,* p.1-2. Secondo Dal Canto ciò avrebbe permesso alla Corte di «dare una dichiarazione di incostituzionalità cucita sul caso concreto», ma, come osserva l'A. e anche qui sosterrò, il punto è che il caso concreto non ha relazione con la sentenza. Come cercherò di chiarire, «sdrammatizzare» era, a mio giudizio, un intento pregevole perché coincidente con un più accurato (in quanto più *misurato* nel riscontro con le cose), governo dei principi che sono stati spesi in materia (libertà, dignità, autodeterminazione).

[30] Le vie difensive di un 'vero' imputato erano molteplici; poteva per esempio sostenere: di avere solo 'parlato' a Antoniani della clinica svizzera, peraltro reperibilissima da chiunque su Internet (il *leaflet* illustrativo della clinica svizzera fu peraltro inviato a casa della di lui fidanzata, che lo aveva richiesto); di avere guidato la macchina spinto dall'intento di aiutare due donne troppo provate e sofferenti; di

ragioni (la Procura non può argomentare l'errore scusabile di Cappato, che si è autoaccusato; tanto meno lo fa lui stesso; né l'accusa né la difesa danno altrimenti rilievo alla *lex loci*) si è ottenuta dal processo *l'immagine di un ordinamento che perseguita i suoi cittadini anche fuori dei confini*. È un'immagine poco veritiera, se si tiene conto che in vicende molto simili l'ordinamento si orienta nel senso della non punibilità, come avviene nei casi di coloro che, così come Fabiano Antoniani si è recato all'estero per acquistare una prestazione di morte, vi si recano per acquistare una prestazione di maternità surrogata, e che, in nome della *lex loci*, non possono essere perseguiti per averlo fatto.

Il riferimento al principio della *lex loci* avrebbe dunque forse conferito all'argomentazione degli inquirenti nel senso dell'archiviazione, «lodevole ma non convincente»[31], la forza che le manca. A questa considerazione se ne può aggiungere un'altra, ovverosia che è chiaro, d'altro canto, che una cosa è agire «tenendo conto della dimensione giuridica» per andare all'estero a fare qualcosa che in Italia è vietato e giovarsi della non punibilità grazie al principio della *lex loci*; altra cosa è basarsi su un atto o un rapporto giuridico, che si è inteso formare all'estero perché in Italia non è consentito, onde guadagnare in Italia precisamente *le conseguenze* che il diritto italiano, vietando quel comportamento, intende impedire, come, nel caso ora in esame, la legalizzazione del suicidio assistito, e in altri casi la formazione di un legame di filiazione pieno, in tutto analogo alla filiazione naturale, sulla base del ricorso alla surrogazione di maternità[32]. In queste ipotesi

---

aver perduto, comunque, una volta entrati in clinica, ogni possibilità di influire sulla situazione e il suo esito; di essere moralmente contrario al suicidio e aver cercato di dissuadere Antoniani (una linea difensiva certo impossibile per un membro dell'Associazione Coscioni, ma percorribile da un vero 'imputato' in un processo sorto come nella normalità delle ipotesi *suo malgrado*). La madre e la fidanzata, se indagate, avrebbero potuto sostenere di avere agito per motivi etici, di avere fatto di tutto per evitare il suicidio, di non aver potuto opporsi all'ultimo desiderio di una persona amata, e a loro volta di non essere state di alcun modo di aiuto al suicidio una volta entrate nella clinica e consegnato il loro caro al personale medico.

[31] R. E. OMODEI, *L'istigazione,* p. 149.

[32] Come si sa, a domande tendenti in questa direzione è attualmente opposto che, per contemperare l'interesse del bambino alla verità del proprio *status filiationis,* da un lato, e, dall'altro lato, quello alla continuità delle relazioni familiari acquisite, nei confronti del genitore non biologico è da percorrersi la via dell'adozione in casi

il quadro giuridico non è «tenuto presente», e si realizzano le tipiche circostanze su cui *Nemo audiatur* richiama l'attenzione, e cioè l'utilizzazione del processo, che dovrebbe tendere all'attuazione del diritto[33], per consolidare pretese radicate nella violazione del diritto.

Da questo punto di vista il mancato ricorso alla *lex loci* nel caso Cappato assume un'ulteriore valenza, in quanto, a ben guardare, esso ha coinciso con il rafforzamento della direzione, presa dal processo, nei confronti della legalizzazione del suicidio assistito. La sottovalutazione della portata scusante della *lex loci*, che poteva condurre all'archiviazione, ha fatto sì che dall'atto, o fatto, compiuto all'estero in quanto non consentito in Italia, non si è ricavata la pretesa, volta *in negativo* alla non punibilità del singolo (e che è anche affermazione di disinteresse dell'ordinamento, di indifferenza rispetto alle scelte regolative compiute in altri Paesi); ma si è ricavata l'indicazione *in positivo* della doverosità di una modifica dell'ordinamento che legalizzi la condotta in discorso, doverosità tanto più forte in quanto quella

---

particolari, secondo indicazioni espresse da Corte cost. sent. n. 272/2017 e n. 221/2019.

Considerazione specifica va riservata al diverso tema della fecondazione eterologa con riferimento a donne sole o facenti parti di coppie lesbiche dove una delle due donne abbia partorito e l'altra intenda essere indicata a sua volta come madre. Specialmente in seguito a Corte cost. n. 221/2019, la giurisprudenza si orienta oggi nel senso di riconoscere i certificati di nascita redatti all'estero che menzionino come madre di un bambino sia la partoriente sia la sua compagna, ma nega la possibilità di riconoscere 'due madri' quando il parto sia avvenuto in Italia, e questo, sulla base delle prescrizioni della legge n. 40/2004. Al riguardo v. F. ANGELINI, *Profili costituzionali,* p. 35 ss., che critica la mancata considerazione, da parte della legge, della speciale posizione della donna nella procreazione. Tenendo conto di quest'ultima, da un lato il divieto di accedere alla p.m.a. nei confronti di donne non facenti parte di coppie eterosessuali appare all'A irragionevole, dall'altra il divieto di maternità surrogata appare invece coerente e legittimo. Sul tema, destinato a breve a interrogare la Corte costituzionale che è stata investita da questione simile da Trib. Venezia, II Sez. civ., 3.4.2019, tornerò brevemente nelle conclusioni.

[33] Uso l'espressione 'attuazione' e non 'applicazione' del diritto per tener fermo l'ordine di idee che vengo proponendo, in base al quale, nella ricerca della regola di giudizio, il giudice manovra un complesso di principi il cui operare dovrebbe tendere al mantenimento o al ripristino, nella situazione concreta che viene decisa, di condizioni di fondo, che si risolvono nel rispetto di coordinate di eguaglianza e non arbitrarietà, attraverso le quali nel singolo caso vivono i valori, o i principi, comuni a tutti, in questo senso generali, del diritto.

condotta è altrove consentita[34]. La battaglia di principio per riconoscere in positivo il diritto di morire con l'aiuto di altri, se non la libertà di suicidio, negati dal codice "fascista", si è così sostituita al lavoro di ricostruzione delle possibilità ricavabili dal sistema per escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio, in un caso nel quale, per più versi, né la fattispecie delineata dalla norma né il suo fine general-preventivo parevano ricorrere.

Né è del resto facile argomentare convincentemente per l'archiviazione, quando il collegio difensivo spinge per l'incriminazione[35]. Inoltre, quando un caso ha un impatto mediatico enorme si può comprendere che il giudice ritenga più dannoso archiviarlo che promuovere il processo; questo può spiegare quella certa sottovalutazione degli elementi che deponevano per l'inoffensività della condotta di Cappato, che è stata rinvenuta nella argomentazione del Gip[36]. Date le dimensioni assunte dalla vicenda presso l'opinione pubblica, ben si può immaginare che si sia prospettata alla mente del giudice la preoccupazione, che poi la Corte costituzionale ha esplicitato e fatto propria, che dal processo corresse il messaggio di una *interpretatio abrogans* dell'art. 580 c.p. nella parte relativa all'agevolazione, che poteva aprire la via al pericolo di abusi, o a un *far west* delle prestazioni di aiuto al suicidio[37]. È anche vero, però, che

[34] E dunque il nostro Paese è 'arretrato' rispetto a altri più 'progrediti'.

[35] Prisco, *Il caso Cappato*, p. 162, ricorda che quando la Procura della Repubblica è giunta a formulare l'imputazione, dopo il respingimento della richiesta di archiviazione, e lo ha fatto con una ordinanza molto articolata, quest'ultima è stata «assecondata da una memoria sostanzialmente in termini della difesa».

[36] Da Bernardoni, *Aiuto al suicidio: il Gip rigetta la richiesta di archiviazione*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 5/2017, p. 381 ss.

[37] Chi scrive ritiene che la via dell'archiviazione, purtroppo divenuta nel caso di specie impossibile e anche nei fatti sconsigliata, ma in altri casi seguita, fosse la soluzione preferibile dal punto di vista giuridico e anche dell'opportunità. In primo luogo, si trattava forse della soluzione più vicina a un senso comune, che tra i due estremi (il divieto di essere aiutati a morire, la legalizzazione di un principio che fragilizza l'eguale dignità della vita) sembra propendere per l'idea che la sobrietà, specie intorno alle vicende ultimative, sia l'atteggiamento più appropriato (mi paiono in questo senso, in dottrina, segnatamente le opinioni di Prisco e di Politi). In secondo luogo, si trattava anche della soluzione non rinunciataria rispetto all'idea che un controllo giurisdizionale – che a seconda delle circostanze del fatto potrà giungere all'archiviazione, o viceversa allo svolgimento del processo – sia esercitabile in questi

mentre, la preoccupazione di dar corso a interpretazioni non volute era pienamente legittima e comprensibile presso il Gip, che non ha alcun controllo o influenza sugli orientamenti generali, molto meno lo è presso la Corte costituzionale, per definizione ha le risorse per contribuire a plasmarli[38].

Torneremo più avanti sulla rinuncia della Corte a emettere una decisione interpretativa di rigetto; per ora, e per concludere sul punto del mancato richiamo nel processo *a quo* al «principio di civiltà» della *lex loci*, vorrei aggiungere che la sottovalutazione di questo principio, che è contenuto nel codice penale, coincide col dominare di uno sguardo negativo nei confronti del codice penale 'fascista', sguardo negativo che risulta funzionale all'istituzione della narrativa "libertà contro autorità" su cui si impernia la vicenda[39]. La Corte d'Assise, come abbiamo visto, imbraccia con grande convinzione l'argomento della 'norma fascista'; argomento che, forse è il caso di dirlo, può avere un peso in denunce politiche, o sul terreno mediatico, ma è piuttosto tenue

---

'casi difficili', in cui si tratta di riscontrare comportamenti alla luce da un modello di condotta individuato come preferibile, che aiuta a discriminare il penalmente rilevante dal penalmente irrilevante o il lecito dall'illecito. La vicenda Cappato in realtà si è risolta, come verrò dicendo, nella rinuncia, da parte del giudice, e anche della Corte, a elaborare un simile modello di condotta, il quale non può essere delucidato se non tenendo conto (osservandoli e valutandoli) dei comportamenti di singole persone nelle concrete circostanze delle relazioni che le legano.

[38] Dimostrando in effetti una non completa fiducia in se stessa, e cioè nella forza della sua parola, nell'ord. n. 207 la Corte esclude, implicitamente, la possibilità di ricorrere a una interpretativa di rigetto con l'argomento che se essa si limitasse alla «mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti» di dati soggetti, «in assenza di una specifica disciplina della materia qualsiasi soggetto, anche non esercente una professione sanitaria, potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o anche a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa, e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti».

[39] Cfr. Canale, in *Forum sull'ordinanza Cappato*, p. 219, annota che l'imputato ha «dichiarato la sua insolita soddisfazione di fronte alla decisione del Gip di non accettare la richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero e di imporre a quest'ultimo la formulazione del rinvio a giudizio, *affermando che finalmente col suo processo si poteva processare una legge fascista*» (corsivo aggiunto). Sul codice Rocco «fondato su valori opposti a quelli della nostra Costituzione», insiste per esempio M. D'AMICO, *Il 'fine vita'*, p. 294, supportiva alla logica della lite strategica.

in un'aula di giustizia, dal momento che «andare a cercare le motivazioni del legislatore storico (il regime fascista) … non può essere una chiave di lettura dei principi costituzionali, né un buon approccio alle etiche del 21° secolo e all'interpretazione sistematica dell'ordinamento vigente»[40]. Per contrapporre i principi costituzionali di libertà a quelli totalitari fascisti, che vogliono la persona e la sua vita 'proprietà' dello Stato, e dunque conculcano la libertà di darsi la morte, la Corte d'Assise rivendica in particolare, come abbiamo appena visto, che ogni persona è proprietà solo di se stessa. La Corte d'Assise afferma infatti che l'agevolazione al suicidio, se non ha inciso sul procedimento deliberativo, non è punibile in alcun caso (a meno che non siano integrati altri profili, come il traffico di droga o di stupefacenti). Come ho già sottolineato, e in molti hanno notato, la Corte non dà alcun rilievo alla situazione del suicida, Antoniani, alle sue limitate capacità di movimento e quindi al suo bisogno della cooperazione altrui, elementi invece sensibili per qualificare la condotta dell'aiutante, e afferma che «proprio il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva preso la sua scelta liberamente e consapevolmente. In questo caso la condotta dell'agente 'agevolatore' si pone come *strumento per la realizzazione di quanto deciso dal soggetto che esercita la sua libertà* e risulta di conseguenza non lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma in esame» (Corsivi aggiunti).

Riprendendo la Cassazione sul caso Englaro, il giudice assume che il principio personalista, che vede a base del diritto al suicidio, «vieta ogni strumentalizzazione della persona per alcun fine eteronomo e assorbente». Tale (eteronoma e assorbente) diventa però nella sua argomentazione la volontà di taluno, quando diviene per l'altro la fonte di un obbligo che lo annulla a mezzo per il perseguimento di un fine altrui. Descrivendo l'agevolatore come *strumento* la Corte d'Assise consente al singolo – alla sua autodeterminazione – di fare a un altro essere umano quello che mai a un essere umano potrebbe fare 'l'autorità': davanti all'autodeterminazione dell'uno, l'altro si riduce a

[40] D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 67.

esecutore inanimato[41]. La Corte d'Assise così interpreta, o riduce, il principio personalista all'autodeterminazione, in chiave volontarista; e non esita ad applicare la dinamica diritto/obbligo a situazioni, relazionali, di intensa complessità e dove è in gioco, da entrambe le parti, la coscienza. Si potrebbe ben dubitare che quella predicata dalla Corte d'Assise corrisponda alla visione costituzionale della persona e delle relazioni umane[42], ma allora, se l'interpretazione adeguatrice

[41] Sul come la riduzione della persona a strumento di un fine altrui sia inconciliabile con la visione costituzionale, perché questa è imperniata sul binomio libertà *e* uguaglianza v. felicemente F. ANGELINI, *Profili costituzionali,* p. 70, con ulteriori richiami; è questa una «traiettoria» fondamentale nell'articolazione del concetto di dignità in specie per come declinato nella nostra cultura: A. DI MARTINO, *Profili costituzionali*, p. 156, anche per gli aspetti comparatistici. Su come d'altro canto sia caratteristica precipua del pensiero neoliberale spezzare la relazione tra libertà e eguaglianza v. O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020, spec. p. 98 ss. In effetti, se ragionare di diritti può avere come esito ridurre l'altro a strumento della volontà (del diritto/potere) dell'uno, poco vi può essere di più convincente a dimostrare che «la proliferazione dei diritti non è di per sé un dato positivo né garantisce di per sé una migliore tutela della dignità della persona umana»: M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc, del Dir.*, *Aggiornamenti, ad vocem*, Milano, 2016, p. 452. Nel senso che «Oggi il problema più grande e delicato è quello di preservare la natura dei diritti individuali come garanzia della persona umana nei confronti di ogni forma di potere, preservandoli dal rischio di diventare essi stessi uno strumento di esercizio del potere sulla persona umana» rifletteva M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti,* in *Stato Chiese Pluralismo confessionale*, 1/2011, p. 1 ss, p. 19. È stato fatto notare come «l'acritica e esasperata tutela di un diritto porti con sé 'la negazione dei diritti in nome dei diritti'» (A. SPADARO, *I due volti del costituzionalismo davanti al principio di autodeterminazione, in Pol. Dir.*, 3/2014, p. 439, rinviando a G. PALOMBELLA, in *Abuse: the Dark Side of Fundamental Rights*, The Hague, 2006, p. 5 ss.) e che «lo stesso ragionamento può farsi per la gran parte di ogni altra situazione giuridica attiva, espressione di c.d. autodeterminazione». Con riferimento al caso Cappato segnala il problema del dovere di uccidere correlato al diritto al suicidio G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni*, in *Forum di Quad. Cost.*, 19.6.2019, p. 1 ss.

[42] «È tutta da dimostrare l'esistenza del bene giuridico [il diritto di autodeterminazione e quindi al suicidio] di cui parla il giudice *a quo*, dato, invece, per *ius receptum* alla luce delle fonti richiamate dall'ordinanza»: A. MORRONE, *Introduzione*, p. 5 e 6, che, scrivendo all'epoca del sollevamento della questione, considerava «evidente il carattere malfermo della prognosi sulla "non manifesta infondatezza": il dubbio sussiste perché il giudice *a quo* riconosce come diritto un bene che, tuttavia, nella Costituzione e nel diritto vivente giurisprudenziale semplicemente non esiste». Per l'A. l'ordinanza della Corte d'Assise incorre in

dell'art. 580 è apparsa impossibile alla Corte d'Assise, ciò par dipendere dal fatto che quest'ultima, con la sua *quaestio*, sottoponeva al vaglio della Corte un'interpretazione 'adeguatrice' della Costituzione, e adeguatrice, si badi, non ai tempi, o alle domande di giustizia, o ad innovative concezioni, ma a concezioni che affermano un'idea di autodeterminazione intesa in senso potestativo, orientate da presupposti schiettamente individualistici che, si può dire, esistono da sempre, ma non consta siano state sposate dalla 'tavola' costituzionale[43]. Si potrebbe dire che il processo finisce così per dare non una rappresentazione dei vizi della legge alla luce della Costituzione, delle sue condivise e assodate concezioni, ma *della Costituzione alla luce di un'ideologia*[44], del tutto affine a quella che sostiene tutta la lite. Per questo, come dicevo, alla Corte d'Assise non pare meritevole di considerazione la ricerca di modelli interpretativi 'miti', che pure impegna la giurisprudenza di merito in casi analoghi. Per questa stessa ragione la sua osservazione del modo in cui la norma vive nell'ordinamento, così come degli orientamenti di quest'ultimo, risulta non del tutto imparziale, sicché il giudice non pare, come dovrebbe,

---

particolare nel limite teorico di scambiare libertà con diritto soggettivo laddove vi sono comportamenti liberi, in quanto leciti, che però sono protetti in quanto «contro la vita umana» (*ib.,* p. 12).

[43] Già Francisco De Vitoria – che in nome dell'universalismo dei diritti giustificava come si sa il colonialismo – ha sostenuto che se la vittima consente alla propria uccisione non vi è *iniuria*: Milazzo, " *Volenti non fit iniuria*", 2011, p. 1 ss., p. 7 (reperibile su *academia.edu*). Nel ragionare della Corte d'Assise si avverte in effetti piuttosto chiaramente l'intervenire della regola *Volenti non fit iniuria*, declinata in una logica moderna, formalizzata che ne fa l'espressione del dogma dell'autodeterminazione (cfr. *supra*, nota 124). Tanto che, ed è interessante rilevarlo, nella sua memoria l'avvocato difensore di Cappato, il Prof. Manes, forse avvertendo che il richiamo troppo evidente a questo 'dogma' potesse nuocere al successo della questione di legittimità sull'art. 580, precisa che la questione non tende a chiedere alla Corte «di accogliere un liberalismo sfrenato dove tutto è rimesso al consenso (*Volenti non fit iniuria*) e tutto è consentito» (*Aiuto a morire*, p. 55).

[44] L'ideologia, come si sa, fu un movimento di pensiero espressivo dell'illuminismo razionalista, materialista, liberista e utilitarista; la nostra Costituzione accoglie invece una concezione «spiritualistica dell'uomo» (Mazziotti di Celso e Salerno, *Istituzioni di diritto pubblico*, 5° ed., Padova, 2010, p. 161). Sicché si potrebbe anche dire che la questione della Corte d'Assise è sollevata alla luce *dell'ideologia.*

decentrarsi dal proprio punto di vista, ma al contrario, lo mette in primo piano.

In effetti la Corte 'Assise non fa molto per ricondurre la sua visione della persona e della libertà all'ordinamento costituzionale, ma rimette la maggior parte dei suoi argomenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[45], le cui sentenze paiono intese a loro volta come disposizioni, norme, prescrizioni, e non 'precedenti' calati in contesti[46].

L'ordinanza della Corte d'Assise ci conduce così sul terreno delle forme della ragione, che animano le diverse letture del problema dell'aiuto al suicidio; insieme ai capisaldi della dottrina dell''antipaternalismo penale', di quest'ultimo orientamento giuridico appaiono nitidamente gli assiomi, tutti radicati nei dogmi di una razionalità moderna e formalizzata: solo il singolo può avere voce in capitolo sul valore della propria vita, e dunque solo il singolo deve avere il diritto/potere di compiere tutte le scelte conseguenti, e l'ordinamento, se esprime un punto di vista che interferisce con le scelte individuali, può farlo soltanto laddove vi siano motivi "oggettivi" per escludere che la libertà di scelta del soggetto sia piena e libera – come

[45] Si tratta delle decisioni *Pretty c. UK* (2002); *Haas c. Svizzera* (2011); *Gross c. Svizzera* (2013). La Corte d'Assise cita anche, com'è noto, decisioni provenienti dal Regno Unito e dal Canada.

[46] La sent. n. 49/2015 della Corte costituzionale aveva pur già ricordato «il predominio assiologico della Costituzione italiana» sulla Cedu; l'indicazione, che non dovrebbe essere intesa in senso gerarchico, ma nella logica del preferibile (usare il patrimonio sovranazionale in una direzione schiarita dagli orientamenti discendenti dal nostro patrimonio costituzionale come storicamente vivente) certamente si indirizza contro una tendenza opposta, a intendere cioè i principi sovranazionali come (gerarchicamente) superiori alla Costituzione, tendenza della quale dà, mi pare, chiara prova la Corte d'Assise di Milano. In effetti la Corte costituzionale, nell'ord. n. 207, svolge una lettura della giurisprudenza di Strasburgo in materia di aiuto al suicidio intesa come ancora imperniata su *Pretty vs Regno Unito*, precedente considerato invece superato dalla Corte d'Assise, e nel quale può essere visto un punto di congiunzione tra l'intendimento costituzionale interno e quello sovranazionale del valore della vita. È stato osservato che «la giurisprudenza dalla Corte EDU potrebbe valorizzarsi in senso esattamente opposto a quello invocato dal giudice *a quo*»: A. MASSARO, *Il 'caso Cappato',* p. 18. Per MORRONE, *Introduzione*, p. 7, la giurisprudenza della Corte Edu è «interpolata nell'ordinanza, facendo parlare i giudici di Strasburgo una lingua di cui non c'è traccia nelle decisioni più rilevanti». Morrone ricorda anche come «nel contesto della Convenzione europea, il Consiglio d'Europa abbia adottato una Risoluzione (n. 1859 del 2571/2012), in cui si dice apertamente che l'"eutanasia deve essere sempre proibita"».

nel caso delle persone in condizioni di particolare "vulnerabilità"[47] – ma mai in nome di valori condivisi, per definizione o inafferrabili o autoritari. Nella luce relativistica e soggettivizzata della ragione moderna richiamarsi a valori condivisi rappresenta infatti un'intromissione inammissibile nella sfera individuale perché essi si risolvono in *idee* (la vita è preferibile alla morte) indimostrabili se non appellandosi a giudizi opinabili, e cioè a convinzioni/convenzioni sociali, al fondo «irrazionali» alle quali sarebbe arbitrario dare il sostegno del diritto; quest'ultimo è, a sua volta, inteso solo come espressione dell'"autorità" che minaccia le libertà individuali e non come il frutto di esperienze intersoggettive, comuni a tutti, nelle quali prendono corpo i principi che il diritto protegge[48]. La dinamica oppositiva autorità/libertà sopprime il punto di vista prudenziale, assumendo il quale si riconosce invece piuttosto facilmente l'indicazione nel senso del preferibile racchiusa in disposizioni quali il divieto di aiuto al suicidio: è *meglio* non uccidere, né aiutare altri a morire perché non è irragionevole il timore che la convivenza, che si basasse sul principio opposto, potrebbe facilmente degenerare. Da quello stesso punto di vista prudenziale il problema che il giurista, che il diritto, deve porsi, nell'accostare la questione della volontà individuale è quello di come darle rilevanza nel modo *più «equilibrato possibile*, non nel modo più "esatto" possibile»[49].

---

[47] "Vulnerabilità" che peraltro da annoverare in posizione primaria tra gli odierni «dogmi del neoliberismo», insieme alle declinazioni individualistiche e potestative dell'autodeterminazione: O. GIOLO, *La vulnerabilità neoliberale*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, cur. Giolo e Pastore, Roma, 2018, p. 253 ss. e p. 266.

[48] La ragione moderna 'soggettivizzata' ripudia le «verità intuitive» che presumono «la possibilità che nella natura delle cose la ragione riconosca se stessa e da questo comportamento scaturisca il retto comportamento dell'uomo»: M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale* (1947), trad. it. Torino, 1969, p. 18, 20, 33; il quale rileva che entro queste premesse «sarebbe quasi impossibile indicare semplicemente nella natura del male e nella natura dell'umanità i motivi che impongono di intraprendere la lotta» contro «anche il più grande dei mali immaginabili» (*ib.,* p. 34). Horkheimer si muove del tutto nel campo della qualità, dove il giudizio, è stato detto mi pare con precisione, si esercita come «apprezzamento senza fini utilitaristici e senza modelli né termini di confronto istituiti» (L. MURARO, *Le amiche di Dio*, Milano, 2014, p. 107).

[49] Sul punto, tanto fondamentale quanto classico, così si esprime C. BEDUSCHI, *Scritti scelti*, a cura di Nogler e Santucci, Trento, 2017, 196 nt 23.

In una parola, il luogo argomentativo proposto alla Corte costituzionale, quello di sancire in nome della libertà il diritto di scegliere se e come morire e il conseguente obbligo dell'altro, implicava il prendere congedo dalla consapevolezza che «il divieto di uccidere anche chi vi consenta o addirittura lo chieda *protegge lo spazio morale delle relazioni tra le persone*, escludendo che l'uccisione dell'altro possa essere proposta come una possibilità da prendere in considerazione, e in questo senso protegge anche i destinatari del divieto». Consapevolezza la quale spinge piuttosto a domandarsi se, «in una ragionevole regolazione giuridica dei rapporti fra persone, non sia *preferibile* tagliare via un siffatto campo di problemi»[50].

È precisamente questo il consiglio di *Nemo audiatur* che il giudice di merito non ha tenuto presente, e di questo ha risentito il giudizio costituzionale.

5. *Quale regola di giudizio, senza poter osservare la condotta degli uni nella relazione con gli altri? La cattura della Corte nella logica della lite strumentale*

5.1. *Il caso come 'dato'*

Per più versi la decisione della Corte (intesa adesso come il complesso delle due) mostra di risentire il condizionamento della lite strategica da cui originava il processo *a quo*: condizionamento che si avverte sia nella lettura del 'caso' sia nella visione del processo, e in particolare del processo costituzionale, che la vicenda ci lascia. La Corte, come vengo dicendo, ha ricevuto dalla Corte d'Assise di Milano una questione imperniata su un luogo argomentativo insidioso: l'idea della libertà come potere, un potere su di sé che riduce l'altro a strumento (una libertà nella diseguaglianza), e che rimette a

[50] D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 65 (corsivo aggiunto); che conduce una profonda disanima delle tesi di Feinberg, padre dell'antipaternalismo penale. Tenendo presente che alle regole è sottesa la 'logica del preferibile', sottolineo nella frase citata la parola, che consegna questo ordine di idee: una ragionevole regolazione giuridica non può non riferirsi a un mondo di esperienza vissuta, mondo del quale siamo tutti partecipi; grazie a ciò conferiamo senso al diritto, riusciamo ad avvertirlo non solo come prodotto eteronomo e autoritario, e riusciamo a controllarlo.

insindacabili valutazioni soggettive la scelta sul se continuare o meno a vivere, sul presupposto che non possa esistere un punto di vista comune sulla vita e sul suo valore, una preferenza per la vita. Per la Corte d'Assise se taluno si è liberamente autodeterminato a morire in un dato modo, anche implicante l'aiuto di altri, non si dovrebbe far altro che assecondarlo, dato che si tratta (solo) della 'sua' vita. In questa ottica il divieto di aiuto al suicidio deve essere eliminato perché si traduce nell'attribuire a taluno (posto in condizione di negare l'aiuto richiesto) un potere sull'altro, in un'interferenza nella altrui libertà[51], in forza di valutazioni che sono a loro volta soggettive e relative, e che vengono arbitrariamente rivestite della pretesa di essere 'oggettive', di corrispondere cioè a valori condivisi, quando sono in realtà nient'altro che interferenze arbitrarie della collettività e dei suoi pregiudizi nella sfera individuale. È un luogo argomentativo insidioso, e in questo senso 'turpe'. Primo, perché, laddove fosse generalizzato a 'regola' di convivenza, esporrebbe in realtà quest'ultima a percorsi che potrebbero comprometterne il fondamento isonomico e la base personalista (facendo dell'uno lo strumento della volontà dell'altro ed eliminando il rilievo *sociale* delle operazioni della coscienza). Secondo, perché quel luogo argomentativo si fonda su un presupposto che mina la possibilità stessa del giudizio, vale a dire sull'idea che non è possibile, in base a esperienze comuni, sviluppare giudizi condivisi sulle «azioni e sui modi di essere dell'uomo», per riprendere un'espressione di Horkheimer.

La Corte accetta di muoversi in questo luogo argomentativo, sebbene, forse avvertendone la pericolosità, lo riconfiguri e lo riaggiusti. Questo, anche grazie a un soccorso, verosimilmente strategico, della parte privata, che, tenendo fermo il punto secondo cui l'annullamento dell'art. 580 dovrebbe intervenire «quando l'agevolazione ha carattere esecutivo della volontà, liberamente formatasi, della persona» precisava che occorresse tener presente la situazione di chi «versa in una condizione di malattia irreversibile e causa di gravi sofferenze» e di un'agevolazione «strumentale al suicidio

[51] In ciò si risolve, in questo ordine di idee, rendere rilevante la coscienza dell'altro: cfr., coerentemente l'argomentare di D'Amico sul tema dell'obiezione di coscienza del medico, cui stiamo per venire nel testo: «una coscienza *che avrà potere*» sull'altro, e a cui il diritto fondamentale di autodeterminazione verrà «*subordinato*» (*Il 'fine vita'*, p. 300).

di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari»[52].

Al riguardo si può rilevare che, davanti al Gip, la difesa di Cappato aveva, all'opposto, presentato una questione più ampia di quella prospettata dalla Procura: mentre quest'ultima si riferiva a «malati terminali o con patologie gravissime o irreversibili, quella censurava l'art. 580 per non riconoscere "un diritto al suicidio in ragioni di condizioni di vita ritenute non più dignitose"»[53] ed era forse più vicina all'autentico punto di vista dell'associazione cui Cappato appartiene, che pubblicamente si impegna per l'eutanasia libera. La successiva delimitazione della *quaestio* rispetto a quella prospettata dalla Corte d'Assise appare per questo strategica, nel senso di intesa a superare i rischi di inammissibilità che potevano aprirsi davanti all'ampia formulazione della Corte d'Assise, e cioè frutto di un calcolo sui termini che avrebbero favorito l'accoglimento della questione di costituzionalità, calcolo il quale detta la formulazione della questione, che viene prescelta anche a costo di non rappresentare con precisione, si direbbe con veracità e sincerità, i valori sostenuti dall'imputato, ciò che preclude un aperto confronto con essi e con tutte le loro implicazioni. I motivi di un simile calcolo sono intuibili: esso si basa sul considerare plausibile che non solo la Corte costituzionale, ma la stessa opinione pubblica fossero più sensibili a un messaggio che esprimesse la volontà di consentire a persone ridotte 'a una vita vegetativa' di scegliere la morte; e meno a uno che tendesse alla liberalizzazione dell'eutanasia. Sotto questo profilo – cioè tenendo conto della riformulazione strategica dei profili di incostituzionalità dell'art. 580 da parte dell'imputato e del loro non riflettere trasparentemente, anche davanti all'opinione pubblica, i fini perseguiti – la vicenda in discorso, nell'intero suo iter, appare piuttosto lontana dall'aver istituito lo spazio del vichiano «scambio del vero nel vero»: né nel processo, né nella sfera pubblica[54].

---

[52] Su come il *petitum* 'troppo ampio' della Corte d'Assise sia stato ristretto dalla difesa dell'imputato v. M. MASSA, *Un'ordinanza,* p. 14.

[53] Così riassume S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 165.

[54] È ovvio che nel processo il calcolo difensivo è ammesso, ma quando lo scopo del processo è interpellare l'opinione pubblica, l'uso di argomenti strategici diventa assai ambigui. Su come, peraltro, le patologie della comunicazione nella sfera pubblica

Come che sia di ciò, il carattere più circoscritto della questione introdotta dalla parte privata è valso, nel processo davanti alla Corte, a ricondurre il *thema decidendum* in una cornice apparentemente più limitata, permettendo, in particolare, l'introduzione della prospettiva del diritto alla salute e così una declinazione del *thema* come pertinente a situazioni del tutto eccezionali[55]; quel che ha fatto sì che la sentenza sua apparsa ritagliata sul 'caso', come molti hanno sostenuto e come anche la Corte ha sottolineato. Nel rilievo del 'caso' è stato visto da alcuni il segnale di un volgere della giustizia costituzionale verso una sempre maggiore concretezza, che potrebbe implicare sempre maggiori vittorie per i diritti soggettivi[56], e un sempre migliore adattamento del

---

riflettano spesso le patologie del processo, e viceversa, v. F. CERRONE, *Appunti intorno a interpretazione e principi*, in F. CERRONE, G. REPETTO (cur.) *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, in *Quad. fiorentini*, n. 95, Milano, 2012, p. 670 ss., che richiama il nesso tra ragione controversiale e impegno etico per la veracità, particolarmente sottolineato nel pensiero giulianeo, nel solco della riflessione vichiana. Sotto il profilo della carenza dell'elemento della 'veracità' nel processo Cappato assumono rilievo anche le notazioni di chi (A. MORRONE, *Introduzione*, p. 8), ha rilevato un carattere contraddittorio e ancipite nell'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise, in quanto da una parte propugnava l'incostituzionalità del reato di aiuto al suicidio nella sua totalità, dall'altra chiedeva una limitazione della pena per esso prevista. Eppure, è molto importante, nella giurisprudenza costituzionale, il 'principio di sincerità' (M. LUCIANI, *Il principio di sincerità*, in *Pol. Dir.*, 4/2010, p. 575 ss.). Ci si potrebbe chiedere se le liti strategiche, che germinano sul presupposto vero o presunto dell'incapacità delle sedi politiche di rispondere ai bisogni della società, e cioè approfittano di disfunzioni della sfera comunicativa pubblica, siano espressione di una fisiologia, o non piuttosto di una patologia, delle democrazie contemporanee.

[55] Cfr. C. SALAZAR, *"Morire sì"*, p. 578: nelle decisioni Cappato la Corte si riferisce a pazienti medicalizzati, da qui l'introduzione dell'art. 32 Cost. e il risalto della legge n. 219 come *tertium comparationis.* L'art. 32 non era menzionato come parametro dalla Corte d'Assise, ma la Corte costituzionale lo ha ritenuto implicito negli argomenti del remittente; in vero, se il richiamo al diritto alla salute era implicito, lo era, semmai, negli argomenti della parte.

[56] P. CARNEVALE, *Incappare… in Cappato*, in *Consultaonline*, 2019/III , p. 380, che, riferendosi all'ord. n. 207), vi vede un modello di «giurisdizione costituzionale di diritto soggettivo».

diritto alla realtà che cambia[57] Altri, peraltro, hanno all'opposto osservato che la Corte ha fatto un giudizio del tutto astratto[58].

In effetti, si potrebbe anche rilevare che, se davvero avesse dominato la logica del caso, la decisione avrebbe dovuto essere casistica, non 'normativa'. 'Casistica' nel senso di capace di trarre da e per il caso uno «schema di razionalità», tale da fungere da guida nei casi simili. Il fatto che la Corte abbia emesso due dispositivi, uno per il futuro, e uno per il passato (e cioè per il 'caso')[59] depone nel senso che la sentenza non abbia avuto una virtù 'casistica', ma piuttosto una propensione normativa: la sentenza infatti vale per casi diversi da quelli oggetto del suo giudizio, che si configurano perciò come fattispecie astratte, sorrette non dal razionale collegamento col caso, ma dalla forza della previsione legislativa, che la Corte anticipa e nei fatti esprime.

È forse l'uso della parola 'caso', che andrebbe analizzato. Quando si dice che il 'caso', con la sua 'eccezionalità' si è imposto, ci si riferisce, sembra, al caso come a un 'dato', un fatto oggettivo, nitido, certo, che reca un senso, e un valore, auto-evidente[60]; si sottovaluta che il fatto è,

---

[57] L'argomento adattativo (per il quale v. anche U. ADAMO, *La Corte è attendista,* in *Forum Quad. Cost.*, 23.11.2018, p. 1 ss. p. 8-9:) va insieme alle giustificazioni strumentali, cui è implicito, cfr. ad es. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie,* in *Riv. AIC,* n. 2/2019, p. 644 ss., p. 648, decisamente a favore di una lettura 'evolutiva' delle regole processuali in funzione delle esigenze del diritto costituzionale sostanziale. Come dirò nelle conclusioni, a queste posizioni è sottesa una concezione strumentale della Costituzione, adattativa, concezione che del resto risale all'intendimento della Costituzione come norma, che fatalmente la pone all'inseguimento della realtà che cambia.

[58] Cfr. in particolare, e con diverse accentuazioni che qui non si analizzano: C. PANZERA, *L'ordinanza 'una e trina'*, in *Forum Quad. Cost.*, 7.6.2019, p. 1 ss.; DAL CANTO, *Il 'caso Cappato',* p. 8.; E. MALFATTI, in *Forum sull'ordinanza Cappato*, p. 233.

[59] Sul doppio dispositivo F. POLITI, *La sent. n. 242/2019*, in *Dirittifondamentali.it.,* 2020/1 (6.3.2020), p. 678 «la Corte vuole assicurare un effetto retroattivo che però sarebbe impossibile con riguardo alla disciplina introdotta dalla Corte stessa».

[60] In tal modo l'esaltazione dell'importanza dei 'casi concreti' non fa che rimandare a presupposti giuspositivi: per i giuspositivisti della fine dell'Ottocento «il richiamo alla positività dei fatti, come caratteristico di un procedimento scientifico anche nel campo degli studi giuridici, era essenziale» e «questa positività non si traduceva in una limitazione dell'indagine giuridica alle sole norme, da intendersi come fatti, poiché tutto il complesso del fenomeno giuridico era da vedersi come

sempre, frutto dell'assegnazione di un valore a una situazione[61], di un esercizio di senso, che coinvolge chi lo ha posto in essere e chi lo osserva per giudicarlo (per individuare il diritto applicabile). C'è il rischio altrimenti, come scrivevo in precedenza, di spegnere la *quaestio iuris* in *quaestio facti*; ed in effetti è questa la logica della lite strategica, che ci mostra un 'caso' alla ricerca di un 'dettato legislativo' che lo comprenda, dettato il cui contenuto si prospetta, per opposizione, già *mediante* il caso. Il caso del quale si fa bandiera la lite strategica, e su cui si impernia il processo *a quo*, il caso della persona costretta a continuare a vivere dal codice penale, introduce una lettura a senso unico del divieto di aiuto al suicidio, per cui esso ha questa e questa sola *ratio*, quella di imporre il dovere di vivere anche quando la vita diviene insopportabile; il 'caso' addita così perentoriamente nel riconoscimento della libertà di darsi la morte *l'unica* soluzione corretta. Il 'caso' viene prescelto perché considerato dotato di una tale *evidenza* per cui nessun dubbio può sorgere sul suo senso, che risulta, per così dire, preassegnato. In tal modo però, nonostante la sua 'singolarità' il caso perde i suoi caratteri di «evento unico», che come tale richiede un ancoraggio topico, attento ai suoi elementi circostanziali, alla sua specifica qualità, e cioè l'approccio proprio del giudizio; il caso diviene, invece, rappresentativo di una «classe di eventi», l'espressione di una

aspetto di una più ampia realtà sociale, e perciò da essere studiato nelle sue relazioni con l'economia, con la sociologia – la nuova scienza nata per effetto della propulsione degli studi positivistici – con la politica insomma con tutti gli altri fattori che influivano e influiscono sulla conformazione delle società» (F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani, in Dir. Pubbl., 3/2016*, p. 967-968). Non è un caso che Zagrebelsky, l'Autore cui maggiormente si deve in Italia la riscoperta del 'caso', richiami espressamente tra le proprie ascendenze culturali il positivismo sociale (*La giustizia costituzionale*, nuova ed., Bologna, 1988, p. 158). La centralità del 'caso', inteso come dato 'positivo' può non mettere in discussione la concezione strumentale del diritto, come tecnica servente e subalterna ad altre scienze (o alla società o alla 'vita'), e può rimanere interna alla 'pregiudiziale logica' secondo la quale cui il diritto è mera tecnica.

[61] A. GIULIANI, *La controversia*, Pavia, 1966, p. 122: «La natura del fatto è un atto di creazione umana: esso implica l'assegnazione di valore a una situazione»; sul passo, dove anche si legge «ecco perché la natura delle cose di cui parla il dialettico, lungi dall'essere il dominio della necessità, è quello della libertà umana», v. F. CERRONE, *Sull'esperienza*, p. 1005 e nota 98.

tipicità sociale, vale a dire coincide con il materiale a cui tipicamente si riferisce la normazione[62].

L'importante condizionamento impresso su tutto l'itinerario processuale, fin davanti alla Corte, dal provenire del caso da una lite strumentale, è precisamente questo: la difficoltà di discutere il senso del caso in modo aperto, problematico, libero (e cioè in un contesto di piena comunicazione intersoggettiva); la difficoltà di chiedersi se il caso fosse davvero osservato, descritto e quindi interpretato nel modo in tutti i sensi più corretto riguardandolo come una condotta di aiuto al suicidio cui era sotteso il 'valore' dell'autodeterminazione del singolo in solitaria "lotta per il diritto" contro il 'Potere'.

5.2. *Mitologie dell'autodeterminazione: quale libertà è coinvolta dal divieto di aiuto al suicidio?*

A questo riguardo è utile riconsiderare la premessa sulla quale tutta la vicenda processuale si snoda, e che la Corte riceve dal processo *a quo* e non discute: la netta distinzione tra le due situazioni di istigazione al suicidio e agevolazione della sua esecuzione. Questa netta distinzione è fondata sulla premessa che l'agevolazione può non avere alcuna influenza sul procedimento deliberativo e viene affermata senza dare rilevanza al *rapporto che intercorre tra l'aiutante e l'aiutato.* Se, rispetto alla *quaestio*, la Corte costituzionale recupera attenzione alla posizione di chi *chiede l'aiuto*, trascurata dalla Corte d'Assise, a sua volta conserva completo silenzio sulla posizione *dell'aiutante.*

Come si ricorderà, la tesi secondo cui può esistere un'agevolazione al suicidio *che non ha alcuna influenza sul procedimento deliberativo* è affermata dalla Corte di Cassazione e condivisa dalla Corte d'Assise, con la differenza che mentre la Corte di Cassazione la afferma per incriminare anche le condotte di agevolazione, che non incidono sul procedimento deliberativo, la Corte d'Assise la afferma per escludere queste condotte dalla punibilità: si intende così far risaltare la libertà della persona che si autodetermina al suicidio.

Si potrebbe osservare che il punto di vista della Cassazione e quello opposto della Corte d'Assise sono accomunati da un certo grado di *astrattezza.* In effetti, è piuttosto difficile negare che, all'atto pratico,

[62] Cerrone, *Sull'esperienza,* p. 1003.

se una persona sa che un'altra la aiuterà a suicidarsi questo ovviamente incide anche sul processo deliberativo. Ad esempio, se Tizio sa che Caio è disponibile a portarlo in Svizzera si determinerà sempre di più a morire nel modo in cui la clinica svizzera lo rende possibile, anziché a farlo staccando il respiratore. Ovverosia, si determinerà ancor più al suicidio, se, come nel caso di Fabiano Antoniani, non vorrebbe morire passando attraverso la lunga e pur incosciente agonia che conseguirebbe al distacco del respiratore e alla sedazione profonda, e potrebbe forse rinunciare al proposito suicida, se questa fosse l'unica possibilità per realizzarlo. Invero, se istigazione e agevolazione possono certamente esprimersi in condotte diverse, esse sono anche come il più che comprende il meno; una persona può certamente istigare un'altra al suicidio ("faresti meglio ad ammazzarti") senza agevolarla materialmente, e in questo senso senza dare un aiuto al suicidio, ma non sembra molto plausibile l'ipotesi inversa: l'aiuto materiale, che non può aver luogo se non previa comunicazione dell'intento di aiutare, ha anche un significato agevolante sul piano morale ("Vuoi ammazzarti? Ecco qui l'arma": il "Nulla in contrario" può rimanere implicito, ma c'è). Sotto questo aspetto l'aiuto al suicidio è una forma di consenso al suicidio altrui, e quindi un supporto morale che ha un'influenza sulla determinazione suicidaria. Questo è precisamente l'aspetto a cancellare o rimuovere il quale si rivolge la definizione dell'agevolatore come strumento introdotta dalla Corte d'Assise. Questa definizione è intesa a dimostrare che, siccome la persona si determina *da sola* al suicidio, l'agevolatore ha solo un ruolo meccanico e passivo; l'agevolatore come mero 'strumento' corrisponde all'esaltazione del carattere solitario (autodeterminato) della libertà in quanto volontà, non solo, ma anche, quando si indirizza al suicidio («espressione massima della libertà», per la Corte d'Assise)[63]. È questo il punto che l'intera vicenda, per come narrata, mette in primo piano: lo stesso Cappato sostiene che Antonioni si era già determinato, e pertanto egli era stato solo strumento della sua

[63] La condotta di aiuto, nei termini della Corte d'Assise, «è un mero strumento, sicché l'agente diventa una sorta di proiezione del soggetto passivo impedito fisicamente (anzi: il soggetto passivo diventa soggetto attivo, è lui stesso che uccide se stesso)», nota A. MORRONE, *Introduzione*, p. 8.

volontà e, di questo, prove non mancano di essere fornite nel processo[64].

Nelle narrazioni che si imperniano sull'autodeterminazione dell'uno, della quale l'altro si fa esecutore, non si tiene conto del fatto che nel momento in cui io mi faccio 'strumento' della volontà altrui i casi sono due: *o sono davvero solo 'strumento' cioè macchina, ovvero cosa*, oppure *non sono* solo strumento, ma sono soggetto pensante, cosciente, che, in forza di un orientamento verso ciò che sente di dover, e perciò di voler, fare, accetta l'altrui decisione e la condivide *al punto* di aiutarne l'esecuzione. Ma allora si vede che, a voler davvero assumere un punto di vista personalista, e cioè a voler ragionare delle persone (di tutte e sempre, non solo nei rapporti tra 'cittadino' e 'Stato', ma in primo luogo nelle relazioni *tra* le persone), a voler ragionare, dicevo, delle persone *non* come strumenti, chi aiuta un altro a suicidarsi, per esempio fornendogli l'arma, esprime anche un sostegno morale, che inevitabilmente l'aspirante suicida avverte e che proviene dal consenso altrui al proprio gesto, implicito nel supporto offerto[65]. Non solo l'aiuto ha o può avere un significato morale di sostegno, ma in ciò può risolversi quando, come nel caso di specie, non si trova in un effettivo rapporto causale con l'evento della morte e si traduce nel solo fatto di essere 'con' la persona che si suicida nel momento in cui si reca verso il luogo in cui la morte avverrà e nel momento in cui se la procura. L'aiuto al suicidio coincide in questi casi con una forma di sostegno morale, sul cui appoggio l'aspirante suicida confida (può essere la forza comunicata dalla certezza di non essere soli nell'ultimo momento), risolvendosi così l'aiuto in una 'istigazione' (perché già il sapere che quando mi ucciderò

[64] Come la Procura, la Corte d'Assise assume le testimonianze della madre e della fidanzata di Antoniani, che depongono nel senso che questi aveva deciso di suicidarsi prima di incontrare Cappato e di venire a conoscenza della clinica svizzera.

[65] In casi terribili, un tale supporto può essere anche quello consistente nel fatto che il suicida, vedendo che altri sono disposti ad aiutarlo a morire, ne ricava la conferma che veramente la sua vita non vale la pena di essere vissuta. Il codice penale, che imputa l'aiutante sul presupposto della *consapevolezza* (cioè dell'aver cognizione, *coscienza*) che la sua azione incide su un progetto suicidario, è da questo punto di vista assai più 'personalista' delle tesi cd *liberal,* che vorrebbero l'aiutante scusato, in quanto agente in realtà inanimato. Nel fraseggio di chi aderisce alla spiegazione del diritto al suicidio in termini di autodeterminazione non è casuale il ruolo dell'altro, di chi aiuta, sia descritto come «supporto materiale» (I. PELLIZZONE, *L'aiuto al suicidio*, in *Seminario preventivo*, p. 33 ss., p. 38).

non sarò solo può aiutarmi a determinarmi). Promesse, gesti e azioni concernenti il momento e il modo dell'esecuzione del suicidio ("ti accompagnerò, sarò con te, non aver paura") facilitano la decisione.

Che questa dimensione fosse presente nel caso di specie emerge da tanti passaggi della sentenza della Corte d'Assise, dove si rileva (sebbene con l'intento, opposto, di dimostrare l'autonomia del processo deliberativo di Antoniani), che egli ha potuto «attingere *sostegno* in tante altre persone per ponderare bene le sue decisioni» (è questo, anche, l'unico passaggio in cui si precisa che egli è stato «costretto a fare ricorso a un soggetto terzo solo perché impossibilitato a realizzare da solo quanto ha deciso»), o dove per contro si rileva che anche la fidanzata di Antoniani, Valeria Imbrogno, sarebbe imputabile per agevolazione avendo reperito i materiali informativi, avendo parlato con Antoniani della sua possibile decisione, non senza peraltro aver anche provato a dissuaderlo, e in sostanza avendogli fornito «un *aiuto* a ponderare bene le sue scelte» (enfasi aggiunta). Pur ispirata da una concezione potestativa e solitaria dell'autodeterminazione, la Corte d'Assise non può che restituire, ricostruendo la vicenda, il fatto che *per 'autodeterminarsi' Antoniani ha avuto bisogno di 'confrontarsi' con gli altri*, ricercandone il sostegno morale (non per forza l'approvazione). E del resto: «in un processo motivazionale così complesso come quello che conduce a darsi la morte, è indubbiamente complicato individuare i contorni di un aiuto meramente materiale che non si traduca anche, sia pur indirettamente, in un supporto morale offerto all'aspirante suicida in un momento tanto doloroso»[66].

La Corte costituzionale sposa a sua volta l'idea della netta distinzione tra istigazione e aiuto (e, come tornerò a dire, sposa la sottesa idea dell'autodeterminazione come funzione della volontà solitaria e autosufficiente[67]). Cionondimeno, il legame tra aiuto[68] e istigazione affiora anche nel suo ragionamento, in cui è stato rilevato come contraddizione logica. La Corte ha infatti argomentato che la

[66] A. MASSARO, *Il caso Cappato*, p. 18.

[67] Di tanto che l'unico momento di 'relazione' in rapporto al suicidio è per essa quello in cui taluno coadiuvi «il suicida nell'attuazione del suo proposito. Condotta che fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una *relatio ad alteros* di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita»: ord. n. 207, punto 8.

[68] D'ora in poi, nel senso di agevolazione all'esecuzione del suicidio.

giustificazione del reato di aiuto al suicidio consiste nella protezione dei soggetti deboli e vulnerabili, i quali, *in ragione delle loro condizioni*, potrebbero «*a*) essere più facilmente spinti da altri a commettere il suicidio ovvero *b*) non avere comunque compiuto una scelta libera e consapevole». Ma «l'argomento *a*) non può attenere alla giustificazione del reato di aiuto al suicidio, ma solo a quello di istigazione (della cui legittimità costituzionale nessuno dubita). L'argomento, infatti, si riferisce espressamente alla possibile "induzione a congedarsi prematuramente dalla vita" che terzi possano (più facilmente) cagionare al soggetto debole e vulnerabile (in ragione delle sue condizioni)».

In critica alla 'contraddizione' della Corte è stato rilevato che «è del tutto evidente che qualsiasi condotta in grado di determinare una simile conseguenza resta al di fuori del perimetro della fattispecie del reato di aiuto al suicidio e ricade, invece, in quella che punisce "chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio"» [69]. All'opposto, si potrebbe osservare che è la netta distinzione tra le due fattispecie, o meglio il volerle distinguere sulla base di una logica strettamente analitica, che è labile.

La 'contraddizione' in cui incorre la Corte quando descrive l'aiuto al suicidio come una forma di istigazione al suicidio è una spia di come l'aiuto influisca inevitabilmente sulla determinazione morale dell'aspirante suicida e di come il presupposto della possibilità di separarli, che ispira la *quaestio*, sia artificioso. L'elemento artificioso consiste nel voler far passare la linea distintiva tra le due fattispecie sul 'concetto' di autodeterminazione, allo scopo di esaltarla come processo solitario, anziché sul piano delle condotte: si istiga al suicidio con una azione solo morale, ma si aiuta al suicidio, alla sua esecuzione, con una azione anche materiale, che si estrinseca obiettivamente, e che può andare dal fornire l'arma all'essere 'con' nel momento della morte. Da questo punto di vista, da una parte, l'ampiezza della fattispecie dell'art. 580 risulta non del tutto irragionevole ed eccesso di razionalità appare invece quello di voler separare le due ipotesi, specialmente quando ciò sia fatto in astratto, e non per avvalersi di esse per esplorare una

[69] Così F. BRESCIANI, *La protezione dei deboli e dei vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, in *Quad. Cost.*, 2020/1, p. 111 ss., dove anche i virgolettati che precedono.

condotta determinata (e vagliare quindi se incriminarla, anche in base a un giudizio di prevalenza, come istigazione, o come aiuto, o come entrambi). Dall'altra parte, si avverte però che l'art. 580 c.p. si spinge nella sfera della manifestazione del pensiero e della libertà di coscienza perché finisce per imporre, onde non cadere nell'istigazione al suicidio *o* nell'aiuto al suicidio[70], se non un vero e proprio *dovere di dissuadere*, almeno un dovere di *non parlare* con l'aspirante suicida, che cerca un interlocutore con cui ponderare (o a cui anche solo comunicare) la propria decisione[71]. Un'intrusione che appare problematica quando si tenga conto della situazione di persone che si relazionano con una persona amata che vuole darsi la morte, e che è molto diversa da quella di chi, cinico trafficante d'armi o di droghe, fornisce a taluno il mezzo con cui darsi la morte per uno degli innumerevoli motivi che possono spingere in questa tragica direzione e ai quali l'aiutante, pur consapevole dell'intento suicida, rimane del tutto indifferente.

Calato nella prima situazione, l'art. 580, in quanto impone che intorno all'aspirante suicida vi debba essere un cordone di silenzio e di riprovazione nel momento in cui matura la decisione, e di solitudine nel momento in cui la esegue, appare lesivo della libertà di parola e di coscienza di ognuna delle persone coinvolte, della stessa libertà di autodeterminazione del suicida, quale persona. Precisamente, quest'ultimo appare violato *non* nella libertà di disporre di sé (anche per suicidarsi), ma nel diritto e nella libertà di pensare, e di parlare, *di tutto ciò che ci riguarda*, compresa la nostra morte; e la disposizione appare certamente offensiva della dignità del suicida, che davvero sarebbe quell'essere umano che merita in ogni caso di morire in solitudine perché compie un atto riprovevole. Come è stato detto efficacemente: «L'art. 580 c.p. si riferisce a rapporti intersoggettivi, a comunicazioni fra persone. Qui sì, è in gioco *un diritto di entrambe le parti: il diritto di parlare e di ragionare sui problemi del vivere e del morire; anche sul suicidio.* Per incriminazioni che hanno ad oggetto comunicazioni e manifestazioni espressive sul tema del suicidio, ciò

[70] Che del resto la rubrica della disposizione tiene insieme («Istigazione o aiuto al suicidio»).

[71] Così l'analisi di D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, che intitola un paragrafo alla domanda: «Come parlare con chi pensa al suicidio?», p. 68 ss.

pone un problema di limiti di legittimità, che valgono anche come indicazioni ermeneutiche»[72].

Mentre si avverte che l'art 580 c.p., a seconda dei contesti e cioè delle relazioni in cui la decisione suicidaria prende forma, si spinge troppo oltre, compromettendo la libertà di parola e di coscienza, e in questo senso l'autodeterminazione di tutte le persone coinvolte e la dignità del suicida, si percepisce così che la libertà del suicida non è esercizio solitario della volontà, quale la vorrebbe lo schema della «volontà che si autodetermina» ma *vicenda*, che si svolge nel rapporto con altri. Il fatto è, che noi, esseri umani, abbiamo bisogno degli altri per pensare e per vedere meglio dentro noi stessi e, non di rado, anche *per riuscire a fare quello che pure siamo convintissimi dentro di noi di voler fare*: può dunque il codice penale legittimamente impedire al consorte, al compagno, all'amico di un aspirante suicida di pensare che cosa sarebbe meglio per questa persona, e di ragionarne con lei? Di voler essere *insieme* nell'ultimo momento? Non implica questo un giudizio sulle relazioni retrostanti al suicidio del tutto squilibrato rispetto al modo in cui modo (alcuni, non pochi, sfortunatamente lo

[72] D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, p. 69. Il fatto che la relazione tra aiutante e aiutato non sia stata considerata come qualificante per interpretare l'art. 580 è da mettere in parallelo col predominare della logica dell'autodeterminazione, che tende a elidere lo spazio delle problematiche della coscienza; cfr. A. SPADARO, *I due volti*, p. 442 ss.: «credo che occorra fare un uso ben più accorto e moderato proprio dello stesso termine, intrinsecamente volontaristico, quando non aggressivo, *di autodeterminazione*. Se invece si discutesse di *libertà di coscienza* – concetto ben più profondo e mite, ne avremmo tutti, credenti o non, un gran vantaggio. Lavorando sul concetto di libertà di coscienza probabilmente troveremmo più facilmente soluzioni imperfette ma condivise ai rischi di eccessi connessi al principio di autodeterminazione». Tali soluzioni (imperfette ma condivise), sono veicolate, secondo l'A., da concetti e valori contermini a quello della coscienza: «solidarietà, altruismo, eterocentrismo», e, questo, perché «il concetto di *libertà di coscienza* coglie meglio l'idea di un 'io' che cerca di convivere armonicamente con un 'noi'. Passare dall'individualismo volontaristico (auto-determinazione) a un personalismo solidaristico (libertà di coscienza) è un fattore che dovrebbe caratterizzare lo stato costituzionale» (Corsivi A.). È un ordine di idee, lo richiamavamo in precedenza, che, affine a quello in cui affonda la concezione della 'regola di condotta' come scelta del soggetto in ordine a come meglio svolgere le proprie relazioni con gli altri, rivela la profonda affinità di molta parte della nostra interpretazione costituzionale coi presupposti premoderni di una ragione che confida nel *sensus recti ac iniusti*.

sanno per diretta esperienza, ma tutti possiamo immaginarlo) quelle relazioni, in quei casi, si presentano?

Da una parte occorre dire dunque che è vero, ogni parola e ogni atto (e non solo di consenso e di supporto, ma anche di cattiveria e egoismo) può incidere nella formazione della volontà di una persona al suicidio e lo stesso caso di specie dimostra che vi sono aspetti di partecipazione materiale all'esecuzione del suicidio che si risolvono in gesti che, nel linguaggio dell'art. 580, sono 'istigatori' perché corroborano l'intento morale; dall'altra occorre registrare che, in talune situazioni, una repressione penale che volesse punire questi atti punirebbe le relazioni umane e aggredirebbe i presupposti stessi dell'idea di autodeterminazione, o meglio di un'*esperienza concreta dell'autodeterminazione*, che avviene nella relazione e nello scambio con gli altri. Ed è d'altronde questa esperienza che un'idea puramente esecutiva dell'agevolazione nega, contrapponendovi una concezione astratta e irrealistica dell'autodeterminazione.

5.3. *La rinuncia a ricercare la regola attraverso la relazione*

Proprio il dominare di questa concezione dell'autodeterminazione ha precluso, sin dal giudizio di merito, e quindi in quello costituzionale, l'adozione di un punto di vista che avrebbe potuto condurre a sindacare l'art. 580 c.p. nella misura in cui punisce atti di manifestazione del pensiero, anche espressi mediante comportamenti conseguenti («ti accompagno io, ci sarò anch'io») in cui l'agevolazione e l'aiuto possono risolversi l'uno nell'altro[73], tenuto

[73] Si poteva dunque pensare a un'interpretazione dell'art. 580 corroborata dai valori personalistici non ridotti a 'autodeterminazione', ma intesi come li intende prevalentemente la nostra tradizione costituzionale; un'interpretazione, cioè, cosciente che le persone non sono monadi e non sono 'strumenti' e che pertanto non può che rifiutare l'incriminazione di atti di manifestazione del pensiero, e in questo senso di libertà di coscienza, che sono quelli in cui si è estrinsecata la partecipazione di Cappato alla dolorosissima vicenda di Antoniani. La lettura qui suggerita avrebbe richiesto, e al contempo favorito, attenzione alle diverse modalità e motivazioni dell'aiuto al suicidio; queste ultime potevano venire in rilievo anche attraverso il lato pretermesso della *quaestio*, quello vertente sulla pena sproporzionata prevista dall'art. 580 c.p. La possibilità di individuare situazioni, o meglio relazioni, in cui l'aiuto al suicidio può apparire giustificato o comunque non meritevole di pena, richiede

conto della relazione in cui quegli atti si inseriscono. Il caso 'eccezionale' poteva rappresentare in questa luce un tramite verso una realtà delle cose in cui la persona che si orienta al suicidio perché gravemente malata e sofferente trova di fronte a sé altri, che sono le persone cui è legata, e queste ultime, ciascuna di esse, *fanno scelte* su come rapportarsi a lei, scelte in cui pongono *in essere* quello che avvertono per sé come il *dover essere*. Da parte di queste persone, l'indifferenza o la sottovalutazione del problema, in cui l'altro si trova, ci sembrerebbero condotte adeguate? La partecipazione, sebbene nel dolore, rispettosa e sorretta da moventi non egoistici, non ci pare forse preferibile? Ecco che possiamo individuare, immaginare, e nei dolorosi casi della vita qualche volta vedere direttamente, *un modello di condotta in cui è già iscritta una regola*, modi di essere nelle relazioni umane che suggeriscono un dover essere. Colui che rispetta la volontà dell'altro, che ne comprende la situazione, senza sottovalutarla né esasperarla, fino al punto di aiutare nel gesto finale, quando un tale aiuto (considerate le circostanze, in primo luogo quelle in cui si trova l'aspirante suicida) non eccede lo stretto necessario, ci può apparire giustificabile, scusabile, comprensibile. In questi casi l'aiuto al suicidio non implica abusi in quanto dipende da, si inserisce in, una *relazione* alla cui esistenza, anziché alla cui negazione o svuotamento, l'ordinamento, e prima di tutto il vivere insieme, può essere certamente interessato, data la sua *qualità*, vale a dire per i caratteri di solidarietà e di espressione della libertà di coscienza che la reggono, da riscontrare in concreto. È una relazione che può fornire il riferimento per una regola di giudizio, e per questa via di una regola di convivenza, in quanto ne corrobora i valori fondamentali.

---

un'attenta valutazione delle circostanze, senza eludere, tra altre, l'eventualità dell'aiuto al suicidio prestato per motivi ideologici, in cui si possono inserire elementi abusivi nei confronti dell'altro, strumentalizzato. Pugiotto, nel sottolineare l'importanza del profilo della pena edittale, evitato nell'ord. n. 207, osservava, nella convinzione e speranza che esso sarebbe stato ripreso dalla sentenza, che «ridimensionare l'eccedenza punitiva dell'art. 580 c.p. assicurerebbe quanto meno una riduzione del danno. Sarà il giudice penale, scalando verso il basso all'interno di una ridefinita cornice edittale più mite e capitalizzando le attenuanti del caso, a restituire alla pena irrogata in concreto tutta la ragionevolezza possibile» (*L'altra 'quaestio'*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4.6.2019, p. 1 ss., p. 8). Ma questa altra *quaestio*, pur espressamente formulata, non è stata considerata dalla Corte.

Tramite una verifica volta a individuare, per eliminarla, la possibilità che abuso vi sia stato, è possibile in altri termine riconoscere, nelle relazioni che intercorrono tra la persona che ragiona del proprio suicidio e coloro che le sono vicine, quegli elementi di libertà e di solidarietà, che costituiscono l'assetto di fondo della visione costituzionale della persona e della comunità. Su questo terreno un modello di condotta emerge come preferibile, quello di colui che *non abusa dell'altro ma neppure si sottrae alle responsabilità derivanti dalle proprie relazioni*; a questo codice di condotta una regola di giudizio potrebbe ispirarsi, orientata a escludere responsabilità penali tutte le volte in cui, nel caso concreto, i valori della *civitas* (a partire dalla vita e dal suo rispetto, e della personalità) non appaiano minacciati ma anzi sperimentati, *praticati,* nella ricerca, certamente difficile e dolorosa, e mai certa, di una condotta appropriata.

Nel 'caso Cappato', allora, l'accento posto sull'autodeterminazione, sulla volontà individuale, ha impedito di scavare nella *relazione* all'interno della quale, in questo come in altri casi, l'aiuto al suicidio ha luogo, ovverosia ha impedito di ancorare la decisione del caso a *condotte pratiche*, nelle quali prendono corpo valori affini a quelli costituzionalmente rilevanti, e che perciò appaiono, a differenza di altre, preferibili nelle materie considerate.

È da aggiungere che, sebbene alla base del rapporto tra Cappato a Antonioni non vi fosse né l'affetto familiare, né, quanto meno all'origine, l'amicizia, osservare il caso dalla prospettiva della libertà di coscienza, anziché dell'autodeterminazione, avrebbe probabilmente rappresentato una via di collegamento tra l'eccezionale vicenda che ha visto protagonisti i due uomini, e quella più ordinaria di tutti coloro che si misurano con una persona cara che soffre e preferisce morire[74].

[74] Il tramite è rappresentato dal fare riferimento alla condizione di «persone che affiancano la persona malata che decide di porre fine alla propria vita», su cui v. G. DI COSIMO, *Il caso Cappato*, in *Seminario preventivo*, p. 14 ss., p. 19. Mentre la Corte sceglierà l'ottica dell'*eguaglianza tra malati*, ad alcuni dei quali la legge irragionevolmente consente di addivenire alla morte, mediante il rifiuto delle cure, e ad altri non, la visuale che il caso permetteva di sviluppare, tenendo fermo che il problema in causa verteva sull'aiuto al suicidio (e non sul suicidio e sulla decisione di suicidarsi in sé) era quella dell'*eguaglianza tra coloro che aiutano i malati*. La domanda avrebbe potuto essere: che cosa differenzia e che cosa accomuna la posizione di Cappato con quella dei molti che sono vicini a persone gravemente malate

Infatti, il 'caso Cappato' si risolve a sua volta in un grande atto di manifestazione del pensiero, di esercizio di libertà di coscienza, e, questo a partire dalle scelte di Fabiano Antoniani sicché proprio vedendola in questa luce si restituisce alla vicenda la sua qualità, la struttura della relazione che la regge, un poco tradita (forse non a caso) dall'uso di ricordarla col solo nome di Cappato. Mi pare cioè che la partecipazione di Cappato al suicidio di Antoniani più che attraverso le categorie dell'istigazione / aiuto al suicidio, si legga attraverso quelle della manifestazione del pensiero: quello di Cappato è stato un gesto-manifesto di significato politico: "io sono qui perché penso che le persone dovrebbero potersi suicidare quando ritengono che sia giunto il momento di porre fine alla loro vita". Non solo e non tanto il suo accompagnamento era 'fungibile' o causalmente inconferente; piuttosto, aveva motivi, ragioni, diversi dall'agevolazione al suicidio, propri e specifici.

Non par dubbio del resto che anche e in primo luogo Fabiano Antoniani abbia voluto fare della sua morte un gesto estremo di manifestazione del pensiero; accondiscendendo, anzi scegliendo, a che la propria vicenda diventasse pubblica, un atto estremo di manifestazione del pensiero a favore dell'orientamento politico sostenuto dall'Associazione Luca Coscioni – ed è stato egli ad acconsentire che Cappato lo accompagnasse, in modo da potersi auto-incriminare: non è stato Cappato ad aiutare Antoniani nel suicidio ma Antoniani ad aiutare Cappato nella conduzione di una battaglia politica. Antoniani poteva andare in Svizzera con mille altre persone forse, ma ci è andato con Cappato per una precisa scelta di manifestazione del proprio pensiero. Sfortunatamente la manifestazione del pensiero ha coinvolto anche il processo, usato come un mezzo, si potrebbe dire, di propaganda e indirizzato «al Parlamento» perché desse norma a una realtà che, ben lungi dall'apparire ricca di esperienze che ci possono aiutare a configurare una regola, appare appartenente solo all'ambito, svilito, della «clandestinità». Così, anziché come inerenti a un problema

---

che chiedono di essere aiutate a morire? Quali elementi possiamo rinvenire, nella condotta di Cappato, che ci aiutano a delineare un modello di condotta condivisibile in questa più ampia gamma di situazioni? In che misura l'art. 580 c.p. è d'ostacolo all'adozione di scelte di comportamento che possono invece apparire giustificabili o addirittura (in quanto si limitino alla manifestazione del pensiero e appaiano ben bilanciate con altri beni rilevanti) insindacabili?

della sfera della coscienza – problema nel cercare soluzioni al quale possiamo rinvenire nell'esperienza, e nella nostra natura, negli esempi di altri, modelli di condotta a cui ispirare una regola di giudizio, con cui tornare a valutare il problema in causa – tutte le azioni dei soggetti coinvolti sono state ridotte a una *quaestio facti*, alla ricerca della norma sotto cui essere sussunte. Esse non sono state considerate *quaestiones iuris*, cioè domande che, per il modo in cui si dispongono le relazioni che della questione sono oggetto, racchiudono già una proposta, da vagliare, sul come affrontare un problema della convivenza; domande che, se e solo se viene ad esse mantenuta questa struttura, suscitano allora il nostro impegno collettivo di ricerca di senso, e quello del giurista di individuazione del diritto applicabile, in cui si sostanzia l'impegno a giudicare. A problemi cui le persone trovano risposte, come sappiamo, e come per certi versi *dobbiamo* credere (se non vogliamo rinunciare a presumere la nostra umanità) nelle risorse della loro coscienza e grazie ai limiti reciproci delle loro relazioni, è apparsa necessaria una norma: le relazioni umane sono risultate del tutto sguarnite dell'attitudine a essere indicatrici di un senso, con cui alleare il diritto, cioè i valori della convivenza[75]. Il problema della causa non ha interrogato la domanda: *come è meglio, come è doveroso*, comportarsi in certe circostanze, per chi ha una relazione con qualcuno che vuole morire: esso ha invece ha fatto scattare, in supplenza di quella relazione, che è stata fatta tacere, una procedura altamente burocratizzata[76], e che peraltro implica per tutti i soggetti coinvolti un alto rischio di perdita di controllo (nel senso di responsabilità, e quindi di libertà)[77].

---

[75] È questo a mio giudizio l'aspetto più inquietante della vicenda in esame. La rinuncia a ricercare nei comportamenti in concreto tenuti all'interno di date relazioni un modello di condotta che possa ispirare l'enunciazione della regola di giudizio può implicare l'ammissione che viviamo in un mondo disumano, cioè diseducato all'umanità e incapace di forgiarsene un'idea e un modello pratico, attraverso le azioni che poniamo in essere e le relazioni cui diamo vita. Ha in altro senso parlato di disumanizzazione G. RAZZANO, *Il diritto a morire come diritto umano?*, in *Arch. Pen.*, 2018/3, p. 1 ss.

[76] S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 160.

[77] Le critiche di D'Amico all'introduzione, da parte della Corte, della necessità che il legislatore introduca il parere dei comitati etici locali sono più che condivisibili. Chi sono queste persone, il cui parere condiziona scelte personalissime di altri, a cui sono estranee? (*Il 'fine vita'*, p. 297 ss.)

Il riflesso condizionato imposto dalla logica della lite strategica, che contiene già l'unica interpretazione ammessa del 'fatto' (si tratta di dare al paziente, in date condizioni, il 'diritto' di morire, non di interrogarsi sulla condizione che renda accettabile, scusabile, *la scelta di colui che lo 'aiuta*)[78] ha pesato molto, come sull'opinione pubblica, sui commentatori, e sui giudici di merito, e anche sulla Corte, che si è affannata a dettare la desiderata norma. Con un focus sulla libertà di coscienza e di pensiero esercitate nel rapporto tra una persona e un'altra che si interroga sulla propria morte, l'argomentazione del 'caso' avrebbe orientato i nostri pensieri (quelli del giudice, quelli dell'opinione pubblica) su una 'morale della virtù', che si pone la domanda: come è meglio agire in questi casi? Quali ci paiono le condotte corrette? Sono queste le domande che ci rendono e ci conservano protagonisti del nostro mondo, e perciò anche di quello del diritto[79]. La sentenza declina invece una morale dell'obbligo, in qualche modo deresponsabilizzante (si è parlato del resto di 'delega' ai medici[80]) e che esprime sfiducia nella capacità regolatoria che le condotte individuali hanno, e dalle quali, eppure, nessuna società può pensare di poter prescindere trasferendosi per intero nel registro dell'obbligo[81]. In

[78] Riflesso condizionato tanto più forte in quanto quest'ultimo, l'aiutante, ovvero Cappato, come già ricordato si era rappresentato come strumento e mero esecutore dell'altrui volontà 'piena' e 'autodeterminata'.

[79] Riprendo tra le righe un motivo giulianeo: l'attenzione a legare il concetto di norma a quello di azione umana coincide con l'aspirazione a ricondurre il diritto «a coloro che vivono, sentono, soffrono» (*Contributi*, p. 178). Mi pare fatta di queste domande la sostanza del 'dibattito pubblico' tanto evocato, e tanto poco interpellato, nella vicenda in esame.

[80] Nel criticare una tale 'delega' non si intende affatto sottovalutare, qui, l'importanza della presenza del medico nelle delicatissime decisioni di cui qui si tratta, che non si vorrebbe mai fossero prese all'interno di relazioni chiuse, autoreferenziali, le quali anzi non depongono per la presenza di un grado apprezzabile di libertà presso alcuno degli attori. Favorire il confronto con altri, interpellando dunque medici e specialisti per avere diversi punti di vista, potrebbe anzi essere indicato come uno dei primi doveri di chi si rapporta a una persona cara che si interroga intorno alla propria morte. La mancanza di questo modo di agire potrebbe essere considerato un sintomo di abusività della condotta di chi 'aiuta' nella decisione suicidaria, la sua presenza un sintomo di correttezza.

[81] Giuliani confronta la 'morale dell'obbligo', propria del mondo dell'arte, in cui si tratta di attenersi a prescrizioni tecniche per realizzare dati risultati (costruire

questo senso quella della Corte «è una vera e propria legislazione nella forma della sentenza»[82]. Rimasta imperniata sull'astratta distinzione tra istigazione e aiuto la questione ha finito per vertere sulla «ragionevolezza del divieto assoluto di aiuto al suicidio» contro il quale era impostata la lite strategica, senza penetrare nel significato che l' 'aiuto al suicidio' assume alla luce di diverse circostanze, nel contesto di diverse relazioni, e così pervenire all'individuazione di una regola di giudizio capace di escludere dal campo delle condotte criminalizzabili quelle che intercorrono all'interno del mutuo, disinteressato rapporto tra chi pensa al proprio suicidio e coloro che gli sono vicini[83]. La considerazione per cui «in assenza di codice è il comportamento dell'uomo prudente la regola di condotta»[84] racchiude suggerimenti non privi di peso per ripensare il tema dei "casi difficili"; suggerimenti che, però, certamente sono rimasti in questa occasione inesplorati. Sono i suggerimenti che ci invitano a ricercare non o non solo nel livello delle 'norme' o dei 'principi' quali prescrizioni eteronome, ma nelle scelte compiute dagli esseri umani nei loro reciproci rapporti la sorgente di criteri, di orientamenti, di valori della convivenza, in quanto, di questi ultimi, quelle scelte sono le dimensioni pratiche.

Da questo punto di vista possono certamente esprimersi perplessità sulla qualità, sul piano civico e giuridico, della 'pedagogia' che, come si è detto, la Corte impartisce con queste sentenze. La Corte fa propria «l'etica dei diritti» su cui si fonda la lite strategica, «lontana da «un progetto costituzionale che non è radicalmente individualistico, ma pensa la persona come interamente immersa in una rete di relazioni umane, in primo luogo votata alla *compresenza* e alla *compassione* degli affetti che essa abbia saputo costruire nei momenti felici della vita, come è evincibile dalla stessa formulazione letterale dell'art. 32 della Costituzione e dalla sua non unilaterale esegesi»[85]. Dal caso "esemplare"

---

una casa) e la morale della virtù, propria del mondo della prassi, dove viene in primo piano il problema della scelta, quindi della libertà; il diritto appartiene al mondo della prassi (è il tema de *Il concetto classico di regola di condotta*).

[82] A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio*, in *Giustiziainsieme*, 27.11.2019, p. 1 ss.

[83] Sono le condotte *pietatis causa* alle quali, come ricorderò nelle conclusioni, secondo alcuni la Corte avrebbe potuto e dovuto appoggiare una sentenza interpretativa.

[84] A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, Milano, 1997, p. 161.

[85] S. PRISCO, *Il caso Cappato*, p. 165.

di Antoniani e Cappato, invece di apprendere la rete delle relazioni umane come una risorsa per un ordine nella comunità, abbiamo appreso che questo si regge sull'imperio di (dettagliate) norme eteronome (e vi è il *far west* se queste mancano). L'argomento dei 'divieti assoluti', del resto, è un insidioso strumento che mentre pare esaltare la libertà individuale (quando incita alla rimozione di tali divieti) la nega, perché si risolve nel ricercare, a sostituzione dei divieti, normative altamente dettagliate che imbriglino le condotte [86] sul presupposto che le persone non sappiano, né possano, darsi reciprocamente regola[87].

[86] Rispetto a un altro divieto vittima della retorica dell'assolutezza, quello vertente sulla maternità surrogata, è stato fatto notare che esso, ben perimetrato intorno al divieto di sfruttamento commerciale della pratica, non impedisce a alcuna donna di rinunciare ai propri diritti e doveri di madre, partorendo anonimamente affinché solo il padre riconosca invece il figlio. In questi casi però è chiamata in causa la qualità (le componenti di fiducia, responsabilità, affidamento) delle relazioni e delle azioni dei soggetti coinvolti nella vicenda, che d'altronde proprio in tal modo ci appaiono protagonisti della vicenda. Per converso, la lettura di qualunque proposta di legge volta alla introduzione della maternità surrogata colpisce per gli aspetti iper-regolatori, ed esproprianti, delle relazioni e dei moventi più intimi delle persone coinvolte (cfr. su questi punti F. ANGELINI, *Profili*, p. 74 ss. e p. 166 ss.). Un altro presunto 'divieto assoluto' è quello di sfruttamento della prostituzione posto dalla legge Merlin, legge che non vieta ad alcuno di prostituirsi, ma è stata di recente indubbiata sotto il profilo del contrasto con la libertà di autodeterminazione. «Una delle patologie più frequenti dell'uso distorto del concetto di autodeterminazione è quella di far assurgere qualunque situazione giuridica 'non punita' addirittura a 'diritto inviolabile dell'uomo'» si può chiosare con A. SPADARO, *I due volti,* cit., p. 440.

[87] Un simile sfiduciato, pessimistico presupposto, il quale spinge a ritenere che la garanzia della correttezza delle condotte possa essere ottenuta solo grazie al sottoporle a stringenti griglie normative, trapela nell' ord. n. 207 che rinunciò all'interpretativa di rigetto nel timore del *far west* che, «in assenza di una specifica disciplina della materia (...) avrebbe potuto determinarsi». Al contrario di quanto ritiene la Corte «il suicidio avrebbe continuato ad essere reato in tutte le ipotesi diverse da quelle considerate (…) Nessun *far west*, dunque, ma solo la non punibilità in casi come quelle che hanno originato la decisione». In particolare, le paventate ipotesi sarebbero rimaste «perseguibili qualora non [fossero rientrate] nella fattispecie la cui punibilità [fosse] risultata incostituzionale». Né in generale «circa la temuta assenza di un controllo *ex ante* per verificare la sussistenza dei presupposti indicati al fine di escludere la punibilità di chi presti aiuto materiale al suicidio, nelle more di un pur auspicabile intervento legislativo sul "fine vita", scandalizzerebbe la possibilità di un

Alla fine, la Corte non ha saputo opporre molto a una questione che, pur polemica col paternalismo penale, è invero tutta interna alla stessa logica legalistica che ha generato la tradizione interpretativa secondo la quale, se il codice penale punisce l'istigazione al suicidio e l'aiuto al suicidio, è perché esprime in questo modo, non potendo punire il suicida, la riprovazione verso il suicidio, quale attentato a una vita che sarebbe preziosa sol perché appartenente allo Stato. Una logica legalistica, formalistica, imperniata cioè sul distacco del mondo delle norme dal mondo delle relazioni umane è incapace, lo ricordavo in precedenza, di rendersi conto che, in effetti, se l'art. 580 punisce chi agevola ed aiuta il suicidio, e non il suicida, ciò non si spiega, o non si spiega solo, con l'intento del legislatore di punire indirettamente quest'ultimo e di proteggere interessi solo statali. Ma si spiega, o si spiega anche, con la consapevolezza dell'implicazione turpe che avrebbe l'adottare il presupposto contrario, cioè con la consapevolezza dei rischi di un mondo sociale in cui condotte di aiuto al suicidio fossero invece pacificamente ammesse in modo generale[88]. L'incapacità di farsi guidare dalla struttura delle relazioni per ricercare, del divieto, un'interpretazione adeguata, si trasferisce, per il tramite della questione di legittimità, dal processo *a quo* al processo costituzionale, ed esprime il lavorio, nelle due decisioni, di una medesima logica.

5.4. *Libertà astratta e concreta: le fragili difese della Corte davanti a un luogo argomentativo 'turpe'*

---

controllo *ex post*, in sede giudiziaria, così come avviene negli altri casi in cui sia necessario verificare i presupposti per la non punibilità di alcuni reati (ad esempio, per legittima difesa *ex* art. 52 c.p.): Giunta, *Riflessioni*, p. 12. Ho già richiamato la rinuncia della Corte a un intervento interpretativo di rigetto come sintomo di una sfiducia della Corte in sé come giudice; ed è una sfiducia che non può non riflettere quiella nella capacità degli altri di agire con giudizio, concorrendo a indebolirla ulteriormente (poiché le capacità di cui non facciamo uso si atrofizzano).

[88] Lo avverte, secondo me, chi si esprime nel senso che «il dovere di vivere è espressione di solidarietà»: A. RUGGERI, *Fraintendimenti,* p. 93); sebbene, nell'ottica qui adottata, preferiremmo comprendere la solidarietà come il principio che è alla base del divieto di aiuto al suicidio, ma può guidarci anche nel considerare le ipotesi in cui la concreta condotta appare invece giustificabile. Dello stesso A., in tema di solidarietà e per la sua dimensione intersoggettiva, v. *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo ecc.*, in *Riv. AIC*, 1/2011, p. 1 ss.

La Corte ridimensiona, o cela, il luogo argomentativo insidioso proposto dalla Corte d'Assise, e non parla certo di diritto al suicidio, ma semmai di diritto, per chi si trovi in date condizioni, a scegliere il modo in cui morire. Tuttavia, di quel luogo argomentativo fa però proprio il punto cardinale, del resto comune sia alla questione della Corte d'Assise che a quella della parte privata: il carattere pieno, autonomo, solitario dell'autodeterminazione, che rende l'agevolazione strettamente 'esecutiva' della volontà altrui. In tal modo la Corte assume un punto di vista che esclude la dimensione relazionale dell'autonomia, e la possibilità di collegare ad essa i percorsi dell'interpretazione costituzionale.

È ben vero che, al contrario di quanto ho sin qui sostenuto, è stato osservato che la Corte ha corretto la visione astratta della persona e dell'idea di auto-determinazione su cui era costruita la questione di costituzionalità proposta dalla Corte d'Assise. Il giudice costituzionale ha respinto, apertamente, l'ipotesi che si possa discorrere di autodeterminazione, in rapporto al suicidio, con riferimento «a un soggetto ideale, disincarnato, connotato da razionalità, lucidità e fermezza»[89]. Ma vorrei dissentire dalle letture che valorizzano questa presa di posizione della Corte, delle quali pure avverto il pregio; nonostante quella presa di posizione, e in un certo senso proprio con essa, la Corte dimostra di muoversi per ampia parte nella stessa visione della libertà e della persona espressa dalla Corte d'Assise, e questo a cominciare, come ho detto sin qui, dall'avere acceduto all'ipotesi fondamentale di quest'ultima, l'ipotesi che si possa presumere un'agevolazione al suicidio che non abbia inciso sul procedimento deliberativo del suicida.

A deporre nel senso che l'idea della libertà come «assenza di condizionamenti», e in questo senso 'autodeterminazione' trapassa dalla questione di costituzionalità alla decisione della Corte, stanno anche i molto noti passaggi in cui, nell'ordinanza n. 207, il giudice costituzionale difende il valore della vita e la perdurante funzionalità dell'art. 580 a tutelarlo. La Corte rileva che, punendo il concorso morale

[89] Il punto è valorizzato da C. SALAZAR, "*Morire sì*", p. 572 e 574, la quale, anche richiamando C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto,* Torino, 2018, p. 6, ricorda altresì come «in nessun ordinamento il singolo è riconosciuto quale «padrone assoluto e incondizionato della propria esistenza e del proprio destino biologico».

e materiale nel suicidio altrui la norma crea, intorno al soggetto interessato «una cintura protettiva, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui»[90]. Secondo la Corte la norma fa questo, e questo non solo va fatto, ma è anche credibile pensare che *possa* essere fatto, in *funzione del diritto alla vita «soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili (…) che attraversano difficoltà e sofferenze (…) malate, depresse, psicologicamente fragili ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita*, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto». È su questa linea, come ben si sa, che la Corte 'salva' l'art. 580, concludendo che al legislatore non può ritenersi inibito «vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale, che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite»; il contrario è anzi imposto dall'art. 3 comma 2 Cost. Tutto questo però significa che non è la preferenza per la vita, come tale, ma la protezione dei deboli e degli oppressi il valore che l'ordinamento può legittimamente far proprio e il bene che può correttamente tutelare.

Si ripresenta qui un certo intendimento di che cosa è una concezione «astratta» della libertà in quanto contrapposta, a una concezione «concreta», che la Corte ha adottato anche nella coeva sentenza sulla legge Merlin, e che punta a definirsi mediante il ricorso a valutazioni quantitative, e cioè nel cono dell'*id quod plerumque accidit*[91]; nella sentenza Merlin la Corte si è richiamata a quelle

[90] Dunque, per tornare a ciò che dicevamo prima, concorre moralmente nel suicidio altrui anche chi parla con l'aspirante suicida e mostra, ad esempio, di comprendere, pur nel dolore e nell'orrore, le ragioni che lo spingono? Anche chi coopera, come forse ha fatto Cappato nel caso di specie, alla decisione del suicida di fare della propria condizione e della propria scelta suicidaria un emblema per una battaglia politica?

[91] Nella sent. n. 141/2019 la Corte, per respingere l'affermazione secondo cui l'ordinamento riconoscerebbe una libertà fondamentale di disporre del proprio corpo prostituendosi, osserva che « È, in effetti, inconfutabile che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di

condizioni di svantaggio e vulnerabilità, che «limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo», e perciò precludono la possibilità di riconoscere una libertà di prostituirsi. Analogamente, nelle decisioni Cappato, la Corte afferma che il disagio materiale e morale, siccome esiste di fatto, impedisce di parlare di una libertà di suicidarsi. Se ne ricava che la libertà presuppone l'assenza di condizionamenti materiali derivanti da condizioni di svantaggio[92]. Anche da qui affiora, mi pare,

---

autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede». È noto ed evidente a tutti che la questione proposta contro la legge Merlin appartiene a un nucleo ideativo di 'diritto penale liberale antipaternalista', comune alla questione sollevata contro l'art. 580. Come in questo caso, in quello sulla legge Merlin la Corte ha cercato di giustificare il divieto di sfruttamento della prostituzione con la tutela dei soggetti deboli, laddove la legge si orienta semmai contro i soggetti *forti,* gli attori economici che lucrano sullo sfruttamento della prostituzione, facendo una scelta nel senso della moralità/onestà *non* delle condotte nella sfera sessuale, ma *del mercato*, incrociando le aspirazioni dell'art. 41 Cost. Insistendo sul carattere 'innaturale' della prostituzione, la Corte dimentica che la questione verteva sullo sfruttamento; tenendo invece ciò fermo, una risposta quanto alla legittimità e ragionevolezza della legge Merlin, che lo sfruttamento vieta, poteva essere trovata nel fatto che la questione richiedeva di considerare degno il mestiere di procacciatore e sfruttatore di prostituzione, la cui diffusione è invece plausibile considerare nociva per la convivenza. Tanto che, quasi a nascondere la natura di una condotta (quella di chi vive arricchendosi della prostituzione altrui), riprovata perché avvertita come socialmente distruttiva (distruttiva dei nessi sociali), gli stessi sostenitori della libertà di (sfruttamento della) prostituzione chiamano *sex workers* anche gli sfruttatori (cfr. J. BINDEL, *Il mito Pretty Woman,* trad. it. Milano, 2017). Non pare possibile risolvere il problema del «fondamento di etica condivisa» nelle democrazie, né «sfuggire alla secca alternativa tra stato etico e relativismo indifferente ai valori» e tanto meno dare corpo «alla specifica dimensione sociale del principio di dignità nella Costituzione italiana» eludendo la considerazione delle opinioni, e dunque la prospettiva qualitativa, una pratica del cui esercizio sono frutto e strumento le regole. Sui profili da ultimo richiamati v. A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico*, in *Diritti Comparati*, 20.6.2019, p. 1 ss., p. 5.

[92] Altri (F. BRESCIANI, *La protezione*, p. 121-122), ha correttamente notato che l'argomento è lesivo dell'uguaglianza: se tutti siamo uguali, a tutti deve essere riconosciuta la stessa capacità di prendere posizioni libere e consapevoli; secondo l'A., le relative eccezioni devono fondarsi allora su presupposti 'obiettivi', come l'infermità mentale; ma la Corte adotta «una concezione astratta di vulnerabilità» e «la sua

come il giudice costituzionale, se emenda, o come si è detto 'bacchetta', la questione della Corte d'Assise, a questa non contrappone però argomentazioni di diversa qualità: anche la Corte costituzionale sembra pensare che la libertà sia autodeterminazione e che l'autodeterminazione consista in volizioni che si formano in maniera solitaria[93].

'Astratta' è invece, a mio giudizio, proprio la visione in base alla quale la Corte accede all'idea che si possa pretendere di erigere «una cintura protettiva» intorno a una persona, gravemente sofferente sul piano fisico o morale, di tanto che coloro che le sono vicini e le vogliono bene dovrebbero opporre un rifiuto, un vero e proprio sciopero dei sentimenti e della parola – deferendola al medico – ogni volta che questa persona volesse parlare del suo desiderio di morire e immaginare i modi per porre termine alla propria vita, anche solo per chiedere conforto nell'avviarsi a un percorso che appare a quella persona necessario e che ella vuole, ma che non di meno può spaventare e generare sofferenza. Oltre il recinto della procedura medicalizzata introdotta dalla Corte l'aiuto al suicidio rimane comunque punibile[94]. Come cercavo di dire poco sopra, è proprio in quanto inteso come 'cintura protettiva' che l'art. 580 c.p. conduce alla criminalizzazione dell'intimità. In tal modo la disposizione, mentre esibisce pretese assurde ed irrealistiche nei confronti delle relazioni umane, attenta alla libertà della comunicazione e manifestazione del pensiero, espressione della personalità. La Corte però sembra pensare che la libertà è, come pensa la Corte d'Assise e pensa la difesa dell'imputato, *autodeterminazione, nel senso individualistico di volizione del singolo perfetta in sé, non condizionata da altri* (come invece è molto spesso

posizione di *paternalismo forte* si colloca al polo opposto rispetto a quelle dei giudici *a quo* ma, non meno di esse, appare *non condivisibile nella sua assolutezza*» (corsivi A.).

[93] C'è quasi un cortocircuito logico. Se la vera libertà è l'assenza di condizionamenti, la pienezza di una autodeterminazione soggettivizzata, noi tutti dovremmo solidaristicamente operare (art. 3/2 Cost.) per rimuovere gli ostacoli materiali che si frappongono a una 'libertà' in realtà dissolutrice dei nessi sociali.

[94] La "procedimentalizzazione medica" che viene suggerita dalla Corte – che conduce a parlare di «somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente» – esula infatti dal più ristretto profilo del reato di cui all'art. 580 c.p., che riguarda invece soltanto la configurabilità di un reato nelle ipotesi di aiuto materiale al suicidio»: Giunta, *Riflessioni*, p. 12.

ogni nostra volizione). A ciò la Corte aggiunge solo la precisazione che sono molte le circostanze che rendono una simile libertà impossibile, perché siamo condizionati dalle circostanze materiali, dal bisogno, dallo svantaggio. La conclusione è che, allora, semplicemente non si può dar corso a (non ci possiamo permettere il lusso di) una regolazione che una simile libertà supponga, ma ne è necessaria o preferibile altra, che presuma invece il bisogno e la vulnerabilità. Affiora un ordine di idee per cui *la vera libertà non è a disposizione di tutti*, ma solo di coloro che, in quanto liberi da svantaggi materiali o condizionamenti morali, possono credibilmente detenerla, e quindi esercitarla e una certa gerarchizzazione tra lo spirito e la natura, come materia che imbriglia, ovvero menoma, il primo[95]. Perciò non pare che in una siffatta idea di libertà «concreta» trovino un contro-bilanciamento gli assunti strettamente volontaristici veicolati dalla *quaestio,* che ne risultano invece confermati.

Semmai, altri elementi che compaiono nelle decisioni della Corte potrebbero andare ad attenuare quegli assunti. Si tratta in primo luogo dell'introduzione, nella sentenza, del diritto all'obiezione di coscienza del medico, indicazione quest'ultima comprensibilmente criticata da chi assume fino in fondo i presupposti dell'autodeterminazione come diritto a disporre di sé[96].

---

[95] Ciò che ricorda gli assunti del giusnaturalismo fulleriano, dove considerazioni di realismo impongono di separare la morale di perfezione, che riguarda l'essere umano '*at his best*' dalla prosaica realtà di quanto che si può pretendere da, o consentire a, l'uomo comune (cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale 1964).

[96] M. D'AMICO, *Il 'fine vita'*, p. 292 contesta l'introduzione del «riferimento alla libertà di coscienza del medico che potrebbe rifiutarsi *quando vuole*» (metto in corsivo quest'ultima espressione, che esprime svalutazione e incredulità nei confronti dell'idea di 'coscienza', quasi arbitrio *ad libitum*). Anche per C. TRIPODINA, *La circoscritta area, ecc.*, in *Giur.it., Corti supreme e salute*, 2019, p. 13, dare al medico il potere di «scegliere se esaudire le richieste del malato senza alcun obbligo» implica che il richiamo «ai diritti fondamentali è solo una maschera perché non c'è il corrispondente dovere». In altra prospettiva l'introduzione dell'obiezione di coscienza viene rilevata come sintomo della debolezza dell'analogia argomentativa cui la Corte ricorre assumendo come *tertium* la legge n. 219. La legge si fonda sul rifiuto delle cure e cioè sul diritto alla salute, e perciò non comprende l'obiezione di coscienza; il fatto che la Corte la preveda dimostrerebbe dunque che «l'introduzione delle ipotesi di suicidio medicalmente assistito *non costituirebbe un'evoluzione*

Il riferimento alla *coscienza* del medico non solo implica che la Corte non sta pensando del tutto in termini di diritti e di obblighi, non aderisce completamente al piano volontaristico della 'scelta' ma ha presente che le nostre scelte, comprese quelle ultime, possono uscire dal piano meramente soggettivo solo in quanto abbiano un riscontro di plausibilità, accettabilità, tollerabilità agli occhi di altri. Sul crinale della coscienza del medico si avverte la fragilità della distinzione tra le due dignità, 'soggettiva' ed 'oggettiva', che la Corte, ultimamente, si è in qualche modo avventurata a far propria, laddove nella prima ordinanza Cappato ha prospettato una dignità in senso soggettivo[97], e nella coeva sentenza sulla legge Merlin ha parlato di dignità in senso oggettivo. Invero la distinzione tra dignità oggettiva e soggettiva appartiene tutta a un ordine di idee che separa, contrappone, il soggettivo dall'oggettivo, l'essere dal dover essere, la natura dallo spirito, come è proprio di ogni concezione 'moderna'; laddove invece «non esiste vita davvero libera

lineare della tutela offerta al diritto al rifiuto delle cure» (C. SALAZAR, *"Morire sì",* p. 581, corsivi A.). Perplesso sul riferimento all'obiezione di coscienza G. REPETTO, *La Corte, l'aiuto al suicidio*, p. 4 del dattiloscritto e nota 5, per il quale la Corte poteva limitarsi alla affermazione, già fatta nell'ord. n. 207, secondo cui in capo ai medici non viene creato alcun obbligo per effetto del riconoscimento del diritto del malato, in certe condizioni, di chiedere di essere aiutato al suicidio. Mi sento di condividere questa considerazione, nel senso che è preferibile sia chiaro che il medico può scegliere *di volta in volta* se porsi in sintonia col desiderio di morte del paziente, o meno, e questo per dar rilievo al carattere individuale e determinato, unico, di ogni singola vicenda, che impegna ogni volta in modo pieno e diverso la coscienza del medico.

[97] Nel dibattito sulle decisioni Cappato il riferimento alla dignità soggettiva (sottolineato nell'ordinanza e molto attenuato (almeno sul piano di ciò che è detto in modo espresso) nella sentenza, è uno di quelli che hanno fatto più discutere e forse hanno incontrato minore consenso; cfr. C. SALAZAR, *"Morire sì",* p. 579-80, secondo la quale il rilievo dato alla dignità soggettiva nell'ordinanza in questo caso sarebbe legato alla peculiarità della questione ma non esprimerebbe un *favor* della Corte per la preminenza della prima sulla seconda; si richiama a questa opinione Brunelli, *Imparare dal passato*, p. 1; considera rischioso introdurre un fattore di subiettivizzazione della dignità P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 384; parlare di dignità soggettiva è un errore secondo A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, p. 98. V. anche, molto criticamente, G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni*, p. 4; critica invece la Corte per avere abbandonato la dignità soggettiva M. D'AMICO, *Il fine vita*, p. 292; non la abbandona, ma la mantiene in modo 'occulto' per C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 6. Sulle due accezioni della dignità, oggettiva e soggettiva, v. l'analisi che percorre il volume di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*.

senza possibile autodeterminazione, ma non esiste autodeterminazione senza solidarietà e contemplazione dei legami che si sono creati, appunto svolgendone il percorso»[98].

La distinzione tra le due dignità è dunque fallace, e non solo per il motivo ora detto, ovverosia perché, se non lo si intende in senso costruttivistico, c'è profonda verità nel pensiero secondo cui *la dignità è sempre soggettiva*[99] ma perché è la dignità *è anche sempre oggettiva*, in quanto la nostra, individualissima e singolare, visione soggettiva della dignità, non meno che ogni altra nostra idea o presa di posizione, richiede, per acquisire consistenza nel mondo, per "oggettivarsi", un riscontro nell'altro, che quanto meno riconosca il nostro gesto come dignitoso. Non solo, allora, è vero che la dignità 'soggettiva' è anche sempre oggettiva, perché «si realizza e ha senso nella vita di relazione sociale»[100], ma è vero anche che una visione 'soggettiva' della dignità, cara ai sostenitori del dogma dell'autodeterminazione, la dignità «'come ognun la intende'»[101], ha fortissime implicazioni 'oggettive', per non dire normative, in quanto costruisce modi di pensare e valori; in particolare costruisce un ordine di idee in cui vivere attaccati a macchinari, senza controllo di sé e delle proprie funzioni corporali non è dignitoso, non lo è il rimanere incoscienti, sedati, in attesa del sopravvenire della morte, non lo è prolungare la sofferenza dei propri cari[102]. Nell'idea del diritto al suicidio come realizzazione di una propria visione soggettiva della dignità, idea che si afferma in opposizione al

---

[98] S. PRISCO, *La dignità*, p. 81.

[99] F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere?*, in *Dir. Pubbl.* 2/2019, p. 483 ss.

[100] A. MORRONE, *Introduzione*, p. 10.

[101] Una visione strettamente legata, lo ricordavamo in precedenza, ai presupposti della ragione moderna 'soggettivizzata', cui aderisce ad es. Ferrando, *Il suicidio assistito di dj Fabo. L'autodeterminazione terapeutica dai principi alle regole,* in *Pol.Dir.,* 1/2020, p. 15 ss., p. 32: «non si può essere una scelta buona per tutti imposta dall'alto, dal legislatore, o dal medico, perché *ciascuno a una propria idea di quel che è buono per sé,* in relazione al proprio orizzonte di valori, al proprio mondo di affetti, agli scopi che assegna a quel che gli rimane da vivere» (partendo da questo ordine di idee non sorprende che le 'regole' cui l'A. si riferisce siano altrettante 'precise norme').

[102] Sulle implicazioni prescrittive delle visioni soggettive della dignità che impregnano le tesi favorevoli al diritto al suicidio v. Bertolini, *Valore,* p. 333, che in esse vede altrettante «manifestazioni oggettive del disvalore della vita» in date circostanze.

'paternalismo penale', e cioè in opposizione alla pretesa che qualcuno possa stabilire per altri come è meglio vivere, emerge in altri termini una chiara pretesa di delineare un nuovo 'dover essere', se non un nuovo ideale di persona e di vita degna. Lo riscontriamo nelle parole di chi giunge a dire che un individuo che vive grazie alle macchine, per il quale «il corpo è diventato la prigione dell'anima», è «un individuo che ha perso la sua indivisibilità, è ormai scisso, fratto, ha perso ogni progettualità» onde è «un individuo che non è più tale» sicché in questi casi non potrebbe nemmeno «parlarsi di suicidio»[103]. Viene da pensare che, così come, secondo i critici del paternalismo penale, il divieto di aiuto al suicidio esprime un'ideologia secondo la quale la vita dei singoli appartiene allo Stato, quei critici si ispirano a loro volta a un'ideologia, non meno autoritaria, per cui un individuo, che non può fornire le *performance* che sono alla base dell'individualismo neoliberale[104], *dovrebbe* allora autosopprimersi.

Dicendo che la volontà suicida deve trovare reciprocità nella coscienza del medico la Corte sfugge, fortunatamente, dal rinchiudersi completamente nella contrapposizione tra le due dignità (che come si è provato a dire ha basi incerte e implicazioni assai problematiche), non senza però cadere in contraddizioni, che rileverò tra breve. Per ora vorrei sottolineare come l'elemento della coscienza, che è un rimettersi alla prudenza del medico, attenui in parte almeno le note prescrittivo-legislative che sono pur dominanti nell'approccio della Corte, le quali, come tali, in quanto rimandano alla norma «sufficiente ragione per agire», rinvierebbero altrimenti in tutto e per tutto a un ordine di idee, quello utopistico di un mondo così perfettamente normato, in cui è in realtà superflua ogni valutazione soggettiva, e quindi la coscienza[105],

---

[103] V. MANES, *Aiuto a morire,* p. 47.

[104] V. ora in argomento Giolo, *Il diritto neoliberale*, p. 97 ss. Sulla problematica idea della dignità come corrispettivo di un obbligo di prestazione, che proviene dalle concezioni sociologiche luhmaniane, v. Baldini, *La dignità umana ecc.,* in *Riv. AIC,* 2/2013, p. 1 ss.

[105] Lo ricorda, offrendone anche un esempio significativo, il saggio di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico?,* in *Dir. Pubbl.* 2006, p. 685. ss., p. 713, dove, assumendo che il diritto sia «essenzialmente uno strumento di controllo sociale» (p. 708) si sottolinea che le norme «vaghe», ad esempio «guidare con prudenza», falliscono al loro obiettivo, di «consentire ai cittadini di coordinare le loro reciproche azioni», mentre una norma precisa, ad esempio «non superare i 50

come pure il giudizio[106]. Invece, alla fine, a reggere le norme che la Corte detta è il gradiente dell'autoregolazione umana: affiora il sapere che la norma 'eteronoma' funziona se si allea con la capacità 'autonoma' di darsi regola, e alla fine col (buon) 'senso'. Che cosa sarebbe del resto la condizione di ciascuno di noi, malato terminale, se dovessimo immaginare che il medico non mette in gioco nei nostri confronti la sua propria coscienza, ma ci vede tutti indistintamente nell'anticamera per l'iniezione letale? Ognuno preferisce pensare di essere considerato come singolo, ciascuno nella nostra identità: e questo è possibile se l'altro che ci vede mette a sua volta in gioco la sua soggettività, il che significa la sua coscienza.

In secondo luogo è da considerare, per delineare l'atteggiamento della Corte nei confronti dei presupposti volontaristici portati avanti dalla *quaestio*, il punto in cui, nella sentenza n. 242, rilevando che la legge n. 219 permette di ricorrere alla sedazione profonda (soluzione rifiutata da Antoniani) che ha «come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso», la Corte riflette: «*si comprende* come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile» (corsivo mio)[107]. Par di capire che l'autodeterminazione

---

km/h» è pienamente consistente con tale obiettivo; le norme vaghe non aiutano i cittadini nell'individuare come devono agire, perché chiedono al singolo «di cercare da sé la soluzione», ma allora non sono buone norme giuridiche, non servono agli scopi del diritto, ma servono a «allocare il potere decisionale». In sostanza, la norma che si aspetta che il singolo faccia uso della sua intelligenza e del suo senso di ciò che è appropriato e corretto in date circostanze è una norma sbagliata, o quanto meno non giuridica. In visuale opposta, Giuliani suggerisce di pensare il diritto come «uno schema di delegazioni» (è la tesi dei *Contributi*) sicché in ogni momento e inciascun soggetto, sia esso il giudice, l'amministratore, o il cittadino, sia mantenuta la premessa di un agire cosciente e responsabile. Qui il mondo del diritto è ispirato a un principio di libertà, là a un principio di autorità.

[106] A. GIULIANI, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto,* in Delle Fratte (cur.), *La comunità tra cultura e scienza,* Roma, 1993, p. 83 ss.

[107] L'enfasi è aggiunta anche per segnalare che, accanto agli accenti su cui si dice nel testo, trapela anche nel dire della Corte una sorta di ipertrofia del valore dell'avere controllo su di sé: la vita è degna – *si comprende* – finché lo spirito può controllare il corpo (il motivo ricorre in V. MANES, *Aiuto a morire*, cit., p. 47, che parla della condizione di un «anti-uomo incatenato al corpo», p. 47); vi è l'esaltazione dell'indipendenza: *si comprende* il desiderio di «uscire da una condizione di

non rileva automaticamente, come tale, quale *sic volo*, ma in quanto portatrice di un punto di vista comprensibile, spiegabile, giustificabile, e che, se apparirà tale, non potrà che esserlo mediante il filtro del giudizio degli altri; il giudizio, cioè l'attività grazie alla quale, di volta in volta, nella mente e nelle azioni di ciascuno, prendono consistenza quei beni e quegli interessi che chiamiamo 'costituzionalmente apprezzabili'. Di questi beni, della loro consistenza e vitalità, *è intermediario il nostro intelletto calato nella dimensione pratica*, che si domanda, per esempio: quale è il modo migliore in cui in questa situazione io posso rispettare la libertà, la dignità dell'altro e al contempo la mia? Condivido le scelte altrui, le capisco, o mi paiono tali da portare me, se aiutassi l'altro nel suicidio, a offendere il bene della vita, la mia stessa dignità, quindi non comprensibili, non condivisibili, non meritevoli di appoggio da parte mia? Letto in questo modo, il 'si comprende' della Corte potrebbe essere inteso come l'espressione di un modo di pensare avvertito della connessione tra il soggettivo e l'oggettivo, propria della naturale *sociabilitas* dell'essere umano, di un modo di pensare, cioè, che tiene conto di come la mente individuale compie operazioni assiologiche che presiedono alle azioni e conformano le sue relazioni intersoggettive e il complesso di queste ultime. La Corte, in quanto giudice, ci riproporrebbe così gli assunti della ragione classica, in cui risiedono le premesse di una logica giurisprudenziale: l'intelletto non è la sede della sola volontà, ma di operazioni molto più complesse, che coinvolgono molti aspetti della nostra personalità e sono espressive di valori che si sprigionano nell'intersoggettività. Tuttavia, se quegli assunti si avvertono, essi appaiono assai flebili; c'è un abisso tra ciò che 'si comprende' in date circostanze, uniche ogni volta, da verificare di volta in volta (senso nel quale il 'si comprende' della Corte poteva fornire la base di un'interpretativa di rigetto) e il far divenire il 'non si può non capire' una norma d'azione, un dover essere, che è l'operazione in cui la Corte si impegna, costruendo la sua disciplina del fine vita. Interviene lo scambio tra un criterio di giustizia particolare, ancorato al concreto e al soggettivo, destinato a evitare l'applicazione ingiusta di una legge a un dato caso, criterio obbediente a principi profondi e costitutivi, in

dipendenza da cure e mani altrui» in chi versa nella «totale perdita di controllo del proprio corpo» (Chiarella, *Il diritto comprensivo e l'altruità del corpo*, in *Pol. Dir.*, 2020/1, p. 89 ss., p. 93).

primo luogo di carattere equitativo – una regola, dunque – e una norma che aspira invece a detenere una soluzione universalmente valida.

La Corte sembra dunque non rinunciare del tutto alle risorse di una ragione pratica basata su una visione non strumentale della ragione umana e a questa appoggiata; tuttavia il riferimento alla coscienza del medico, così come il 'si comprende' che certi modi di morire possano a una data persona apparire intollerabili segnalano in realtà, più che altro, che c'è una componente di instabilità nella prospettiva in cui la Corte si pone. Il giudice costituzionale ci appare più preoccupato di evitare le ricadute maggiormente insidiose della questione entro cui si muove, che non in grado di opporle una coerente, solida, visuale diversa. Da un lato infatti, con il 'si comprende' e con il richiamo alla dignità soggettiva che appare nell'ordinanza, la Corte intende mettere in chiaro che sta parlando della dignità con riferimento ai diversi modi di affrontare la morte, che al singolo possono apparire più o meno dignitosi; vuol mettere in chiaro, cioè, che non sta prendendo in considerazione l'idea di riconoscere che vi siano vite che, soggettivamente e pertanto insindacabilmente, appaiano più o meno degne di essere vissute[108]. Così essa par volersi proteggere dal rischio di cadere in quella che è stata chiamata la «cultura dello scarto»[109]. Quando però, nella sentenza, la Corte introduce il riferimento all'obiezione di coscienza del medico, ci accorgiamo invece di trovarci nel pieno di una scelta che, nell'aspirante suicida, non investe affatto e 'solo' il modo in cui morire, ma investe la domanda sul se la condizione in cui egli versa sia tale da giustificare la volontà suicida, anche ad occhi degli altri, perché pare essere questo ciò che al medico è richiesto di asseverare. Ciò conduce sul crinale della vita degna o indegna di essere vissuta. In effetti, proprio «se qualificata, come fa la Corte, come partecipazione alla "decisione di accogliere la

[108] La Corte afferma che è irragionevole vietare, a persone che si trovano in date condizioni, di concludere la propria esistenza «con l'aiuto di altri, quale alterativa reputata maggiormente dignitosa» rispetto all'interruzione dei trattamenti; è del resto l'imposizione di un solo modo di «congedarsi dalla vita» ciò che rende irragionevole la l. n. 219; nel celebre passaggio che ha fatto parlare di dignità 'in senso soggettivo': «l'assistenza di terzi nel porre fine alla propria vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, al mantenimento in vita artificiale non più voluto e che egli ha diritto di rifiutare»; ognuno comprende infatti che una morte rapida sia preferita a una che sopravviene attraverso «un decorso più lento».

[109] Di cui teme l'affermarsi F. POLITI, *La sentenza*, p. 681.

morte" o "di morire", l'assistenza del medico implica una presa di posizione della generalità sul valore dimidiato che la vita assumerebbe nelle relative condizioni, perché soltanto da una tale valutazione può derivare il carattere lecito di una condotta altrimenti prevista come criminosa, in quanto agevolativa di un suicidio»[110].

Il punto è però, che anche laddove la Corte si fosse effettivamente fermata alla 'sola' scelta di un modo di morire ritenuto più dignitoso di un altro, il suo ragionare avrebbe esibito una fallacia, incrinando il divieto di aiuto al suicidio, che pure la Corte afferma di voler far sopravvivere. La scelta dei modi di morire, che è il problema che Fabiano Antoniani aveva affrontato, è esattamente ciò su cui verte l'art. 580. La disposizione si riallaccia infatti a una cognizione di senso comune: tutti ci auguriamo una morte rapida e indolore. Tutti possiamo ucciderci senza l'aiuto di altri, finendo sfracellati da un treno, o con terribile agonia mettendoci un sacchetto in testa; ma molti non se la sentono, sia per timore verso il gesto in sé, sia pensando a quale immagine offrirà il proprio cadavere, e preferiscono spararsi un colpo di pistola. Ma la pistola, a differenza degli altri modi per morire a disposizione di tutti, bisogna trovarla. Qui interviene il divieto di aiuto al suicidio, disincentivo a che le persone si tolgano la vita che si fonda sulla consapevolezza di senso comune, ovverosia *comune a tutti*, che certe cose fanno spesso troppa paura per essere affrontate (e non di meno vi è chi le affronta, purtroppo). Alcuni hanno rilevato che, una volta introdotta l'idea che 'si può capire' che una persona non voglia morire in dati modi, ben poco rischia di restare della fattispecie di aiuto al suicidio, che risulta erosa dunque assai più largamente di quanto la «circoscritta area» di non punibilità ritagliata dalla Corte voglia far pensare, e per quanto non dichiaratamente[111].

---

[110] Bertolini, *Valore,* p. 322. Il ruolo del medico nelle sentenze Cappato andrebbe certamente ascritto all'inclinare sempre più deciso della Corte verso quella che ormai si tende a definire come una «ragionevolezza scientifica»; su di essa, anche per richiami, A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 129.

[111] Cfr. C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 8: una volta riconosciuto il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione della dignità, nessun limite può essere posto né quanto ai soggetti, né quanto ai modi, e viene introdotto un corrispondente obbligo. Dalla sentenza sul caso Trentini, su cui la Postilla, si apprende che Trentini aveva considerato di suicidarsi gettandosi dalla finestra, ma, oltre ad altre considerazioni, tra cui il non certo esito mortale del gesto, lo aveva

Il riferimento alla dignità, dunque, ha un significato non chiaro, come molti hanno notato: non si comprende fino in fondo se la Corte stia parlando della dignità della vita, che la persona attaccata ai macchinari non riconosce più alla propria, o della dignità che il malato assegna a un modo di por fine alle sue sofferenze, rispetto a un altro; il riferimento alla dignità sembra utilizzato in realtà proprio perché offre ampie e generiche campiture, che possono evitare, in qualche modo celare, le implicazioni più insidiose della *quaestio*. Nel richiamo alla dignità, che appanna anziché chiarire il *dictum*, il quale appare allora incerto nelle premesse, e poco controllabile nelle implicazioni, affiorano però i rischi della "brocardizzazione" dei principi: se si è parlato di «dignità carta di briscola» (in cui risuona la dignità «slogan» di horkheimeriana memoria) «nella giurisprudenza sui diritti»[112] è perché i principi, quando sono deprivati della loro vocazione a relazionarsi con contesti delimitati, avvertiti a loro volta come portatori di senso, sono di fatto riversati su «spazi vuoti», onde non sono in grado di governare le proprie implicazioni e finiscono per «esprimere delle semplificazioni»[113].

Non casualmente, come è stato notato, la Corte ha estromesso «in radice qualunque discussione circa l'atteggiamento dovuto rispetto alla

---

trattenuto il pensiero che quella non sarebbe stata una morte dignitosa. Emerge il problema che Tripodina segnala, ed era del resto al centro della riflessione del Gip sul caso Cappato (v. *supra* nota 189): se vi è un diritto alla morte dignitosa, non si vede perché limitarlo ai malati e non riconoscerlo a tutti coloro che per le ragioni più varie soffrono così tanto, da desiderare il suicidio.

[112] R. BIN, *Libertà sessuale e prostituzione*, in *Forum Quad. Cost.*, 26.11.2019, p.1 ss., p. 10, la dignità, come ogni altro principio, rischia di apparire tale (anche agli interpreti) quando si rinuncia a intrecciare i valori costituzionali con quelli emergenti dalla convivenza, e le parole alle cose.

[113] Riprendo un'osservazione di C. BEDUSCHI, *Scritti*, p. 294, che, riflettendo sulla relazione tra regole e norma sottolinea che la regola «sussiste quando ne sussistono i presupposti»; nel brocardo invece la regola viene «convertita in un principio, assegnandole così degli spazi vuoti che in realtà non è in grado di governare»: infatti tutto ciò che viene inserito o deriva da una relazione, ed è per ciò stesso relativo, e non può portarsi fuori dal suo ambito senza rischiare fraintendimenti; il che è tutto il contrario che accedere al nichilismo e allo scetticismo, perché «è proprio la necessità delle scelte che dà il senso della vita, ed è la presenza dei contesti in cui l'operatore deve muoversi con le conseguenze che ne derivano che impedisce la discrezionalità indiscriminata» laddove purtroppo «spesso gli assoluti vengono invocati per esonerarsi dalla responsabilità delle scelte».

vita altrui»[114] ovvero ha scelto «di non impegnarsi in riflessioni concernenti la portata del principio personalista e del principio di autodeterminazione individuale»[115].

I rilievi sin qui condotti fanno concludere che, se la Corte non ha avallato espressamente il diritto al suicidio, essa è sembrata però condividere l'assunto filosofico di fondo delle tesi ad esso favorevoli, convinte che non si possa, né si debba, sviluppare un'idea condivisa intorno a come è doveroso, a come è meglio *agire verso l'altro*. Questo assunto, come ripeto, consiste nella convinzione che non è possibile trovare accordi su modi preferibili di vivere, compreso il come comportarsi con l'altro che vuole morire, perché ciascuno la pensa a modo suo, e il pensiero, così come la condotta, di ciascuno è d'altronde irrilevante di là dalla sua personalissima, privatissima sfera, non ha una dimensione pratica. Occorre dire che esattamente in questo atteggiamento risiede l'essenza del problema dell'*astrattezza* del diritto, delle sue certezze, dei suoi concetti fondamentali, tra i quali devono certamente essere annoverati i principi costituzionali. E che quell'atteggiamento incorpora il rischio di una "morale costituzionale" calata dall'esterno, o dall'alto, sulla convivenza, non da questa alimentata[116].

Penetra dunque molto profondamente nella decisione della Corte l'assunto secondo cui la ragione umana non ha capacità assiologiche e non dispone di tecniche sociali – la principale delle quali è il linguaggio, lo stesso comportamento, quale scambio di esperienze vissute che propone modelli ed esempi – per istituire accordi intorno al preferibile, e cioè intorno a come è meglio agire. Ciò non può non condizionare la tenuta della sua decisione, trattandosi dell'assunto che revoca in dubbio i fondamenti stessi del giudizio come attività esprimente componenti di conoscenza, e non solo di decisione.

5.5. *Il processo come strumento (per arrivare a una norma)*

---

[114] L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato,* in *Dir. Pen. Contemp.*, 2019, p. 7.

[115] F. POLITI, *La sentenza*, p. 671.

[116] Nel campo dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, l'impossibile accordo sulla nozione di 'buon costume' ha già visto emergere il rischio di una «morale costituzionale»: cfr. Manetti, *Art. 21,* p. 221.

L'esito è stato un percorso il quale, agli occhi di un numero consistente di commentatori, sconta incongruenze piuttosto manifeste che corrono dalla prima alla seconda decisione e delle quali sono stati fatti stilati veri e propri elenchi[117]. Sono ritornanti, lasciando qui da parte i rilievi che si appuntano sull'invenzione della tecnica dell'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità e sulla creatività della Corte rispetto ai suoi strumenti processuali[118], quelli inerenti l'avere operato una vera e propria rideterminazione della questione[119], fino alla rottura della corrispondenza tra chiesto e pronunciato [120] anche mediante un'opera di integrazione dei parametri, che però non si mantengono stabilmente nel passaggio dalla prima alla seconda decisione, e risultano perciò «variabili» e «rarefatti»[121]; la dottrina ha

[117] Come fa C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 16 ss., a conclusione dello scritto.

[118] Per alcuni la tecnica della doppia decisione riassume in sé tutti gli elementi di contraddittorietà, fragilità, opacità della posizione della Corte, in quanto, almeno in questo caso, risulta intrinsecamente contraddittoria, perché «o è vero quello che la Corte dice nella prima, e cioè che si rientra nella discrezionalità del legislatore» o non è vero, e allora non si comprende perché la Corte non ha dichiarato subito l'incostituzionalità (A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio*, p. 207).

[119] Rilievi critici che provengono da Autori il cui orientamento nel merito è diverso: la Corte «aggiunge il parametro rappresentato dall'art. 32 e riscrive la *quaestio*, per M. D'AMICO, *Il 'fine vita'*, p. 289; «ridetermina la questione», per F. POLITI, *La sentenza*, p. 664.

[120] Sicché «al centro della scena non c'è più l'autista aiutante ma l'aspirante suicida aiutato» osserva Dal Canto, *Il caso Cappato*, p. 4 (richiamandosi anche a Battaglia: «la Corte allarga il *thema decidendum* in violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, da salvaguardare in ogni processo giurisdizionale e anche in quello costituzionale). Il rilievo, (che nei termini del giudizio di costituzionalità in generale potrebbe forse non essere del tutto stringente), ha un corpo molto forte in questo caso, dove il venir meno della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ha significato l'assorbimento della seconda *quaestio* posta dalla Corte d'Assise, inerente il carattere sproporzionato della pena prevista dall'art. 580 c.p., che non tiene conto dei motivi del gesto: lo sottolinea, come abbiamo già ricordato, A. PUGIOTTO, *L'altra 'quaestio'*, p. 1 ss. (il quale riteneva, commentando l'ord. n. 207, che aveva taciuto sulla cornice edittale, che il profilo non avrebbe potuto non essere preso in considerazione nella sentenza, «perché lo impone la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato». Ciò però non è accaduto).

[121] La Corte ha introdotto come si sa nell'ordinanza, per strutturare la questione, gli art. 32 e 3 come parametri, quando essi non erano menzionati nell'ordinanza di rimessione; però non ha poi schiarito il fondamento sull'art. 3 della

rilevato un atteggiamento complessivamente insincero dovuto da una parte al fraintendimento intenzionale della *ratio* della n. 219[122], che abbiamo evocato già all'inizio di queste pagine, e che emerge anche dato il fatto che, all'esibita volontà di collaborazione dialogante col legislatore, corrisponde l'assegnare a quest'ultimo l'esecuzione di un compito talmente dettagliato da arrivare a ledere 'la dignità' del legislatore stesso [123]. Sono stati altresì notati: l'eccessivo condizionamento nei confronti dei giudici[124] ma anche dell'opinione pubblica[125]; la lesione del principio di legalità e di determinatezza della

sentenza (Tripodina, *La circoscritta area*, p. 8: «la Corte asserisce ma non argomenta»); nella sentenza i parametri sono l'art. 32/2 e 3/1 ma «in motivazione non ricevono specifico approfondimento» (Politi, *La sentenza*, p. 663).

[122] L. EUSEBI, *Regole*, p. 5 («la Corte presenta come compiuto il passo che il legislatore non ha inteso compiere»).

[123] C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 17 («perché mai il legislatore dovrebbe riscrivere sotto dettatura le parole della Corte traducendo in legge una sua decisione politica?». Nell'ord. n. 207 la Corte ha creato in capo al legislatore «un obbligo a normare» (Brunelli, *Imparare*, p. 3; analogamente Ruggeri, *Rimosso senza indugio,* p. 208). Il problema dell'invasione della discrezionalità del legislatore appare risolvibile considerando il carattere 'transitorio' e 'cedevole' oltre che non vincolante (se non nella misura della doverosa presenza di una data procedura per consentire l'espressione della scelta del malato, che si trovi in certe condizioni, per la morte) delle prescrizioni della Corte: così Catalano, *La sentenza n. 242 del 2019*, in *Riv. AIC,* 2/2020, p. 288 ss., che però, proprio così ragionando, conferma la fungibilità o equivalenza tra la sentenza e la norma di legge.

[124] Nell'ordinanza, in quanto essa avrebbe trasmesso l'idea che durante il periodo intercorrente tra la prima e la seconda pronuncia della Corte i giudici avessero un obbligo di sollevare la questione, immaginando così un'inammissibile ipotesi di «questioni doverosamente prospettabili» (A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in *Consultaonline*, 2018/III, p. 571 ss., p. 574); nella sentenza, perché il dispositivo avrebbe menomato il potere del giudice di ricondurre ad esso il caso sottoposto al suo giudizio (M. D'AMICO, '*Il fine vita*', p. 296: introducendo nel dispositivo un riferimento anche al passato, dato che spetta ai giudici interpretare le decisioni costituzionali in ordine ai propri giudizi, la pronuncia rischia di entrare in contraddizione col principio della riserva di giurisdizione). Il problema del rapporto tra Corte e libertà interpretativa e applicazione del giudice rispetto al diritto derivante da un accoglimento manipolativo è saliente anche in altri casi recenti, come la sent. n. 222/2018 in tema di reati fallimentari, su cui v. A. MORRONE, *Suprematismo*, p. 254-5.

[125] L'opinione pubblica fu in sostanza invitata a esprimersi in senso contrario alle scelte della l. 219. Traggo questo suggerimento in M. MASSA, *Un'ordinanza*, p.

norma penale, cui perviene il dispositivo[126] ma anche del principio di ragionevole durata del processo, per avere la Corte fatto ritardare l'assoluzione di Cappato[127] per tutto il decorso del termine, di per sé irragionevole[128], degli undici mesi assegnati al legislatore per rimediare alla sua inerzia e forse necessari alla Corte stessa per evitare 'il rischio' di cambiare idea[129] (che peraltro non è un rischio e non è un male, specialmente quando si forma un giudizio). Il carattere mobile dei parametri e la non chiara funzione da essi assolta nella motivazione ha reso incerto il principio che sorregge il *decisum*: la dignità, l'autodeterminazione, il diritto alla salute [130] (oppure l'anti-discriminazione[131])? Non si può non convenire che il diritto alla salute,

14. Si pone il problema di che cosa sarebbe successo se il dibattito pubblico non fosse andato «nella direzione voluta dalla Corte e dalla Costituzione» P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 378 (con l'argomento realista per cui la Costituzione è ciò che dice la Corte costituzionale).

[126] M. D'AMICO, *Il fine vita,* p. 295: «la Corte abdica totalmente alla *ratio* del principio di determinatezza e precisione demandando al giudice *a quo* di ritrovare 'modalità equivalenti' nelle fattispecie e rinviando in ogni caso, tanto per complicare di più, alle proprie motivazioni».

[127] Che «nella parte motiva aveva ottenuto un riconoscimento certo della fondatezza delle sue ragioni»: R. PINARDI, *La Corte*, p. 1926.

[128] Tra gli A. che hanno fatto questa notazione v. E. GROSSO *Il rinvio,* p. 543, e che una tale irragionevolezza sottolinea in particolare con riferimento alla complessità della materia: la considerazione di questa complessità avrebbe potuto incidere sulla determinazione del termine e non, come è accaduto (confondendosi l'organo col collegio) il fatto che dopo undici mesi vi sarebbe stata la sostituzione di un giudice e quindi il mutamento di composizione del collegio.

[129] Il rischio che la Corte entrasse in contraddizione con se stessa è stato sottolineato da Ruggeri sin da *Pilato alla Consulta*, in *Consultaonline*, 2018/III, p. 568 ss., molto severo nei confronti dell'uso strumentale delle regole del processo.

[130] C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 6 rileva che la Corte da un lato esclude che sulla base dell'art. 2, 13 e 32 possa essere fondato un diritto a ottenere dallo Stato o dai terzi un 'aiuto a morire', che supporrebbe un intendimento dell'autodeterminazione come riferibile anche al 'bene vita', dall'altro decide sulla base di quei parametri. Per l'A. non si vede come da tre parametri tutti ritenuti inconferenti sia dedotta la decisione, ovvero il diritto a ottenere l'aiuto al suicidio, e tuttavia queste disposizioni sono il fondamento della sua decisione: «non è chiaro come da tre parametri non pertinenti possa scaturirne uno pertinente in virtù del loro 'combinato disposto'».

[131] Nelle decisioni Cappato affiora un uso della ragionevolezza in chiave anti-discriminatoria, che può contribuire a spiegare il duplice ruolo della l. n. 219/2017,

che senza dubbio è un cardine nell'argomentare della Corte, è un riferimento non del tutto convincente *in subiecta materia*, come, in fondo, ha rivelato l'incorrere della Corte nel *lapsus calami* di chiamare 'terapia' la prestazione di aiuto alla morte[132]. In questo, dato che, nella lingua che parliamo, aiutare qualcuno a morire non può significare curarlo, si può vedere il sintomo di una costruzione non corretta della regola di giudizio, che richiede un impegno nel senso della ricerca della corrispondenza tra le parole e le cose, impegno il quale è anche condizione di trasparenza del ragionamento del giudice, riflesso dell'"onestà" del luogo argomentativo, e isonomico omaggio all'intelletto, e all'esperienza di vita, dei destinatari delle sue decisioni[133]. Il *lapsus*, in verità, fa emergere che il fondamento

tertium comparationis e parametro. Il concetto di fondo che regge la sentenza è che il legislatore, quando introduce un 'diritto', deve farlo in modo non discriminatorio: se un malato che versi in date condizioni può rinunciare alle cure, non si può negare a un altro che versi in condizioni simili di scegliere di morire in altro modo. La logica ricorda quella della Corte di Giustizia, ad esempio in *Maruko* (Grande Sezione, 1.4.2008, Causa C-267/06): se uno Stato regolamenta le unioni omosessuali, deve poi farlo in modo non discriminatorio, cioè tendendo a equipararle in tutto e per tutto al matrimonio. Una logica che può avere esiti paradossali: nel timore che sue scelte vengano poi estese in direzioni che esso aveva escluso, il legislatore può finire per preferire l'inerzia.

[132] Richiama l'attenzione sul punto, che concerne l'ord. n. 207, L. EUSEBI, *Regole*, p. 5. P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 375 si sofferma sul «*lapsus calami*», che compare nella stessa decisione, ove la Corte fa riferimento alla «somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte» per rilevare che, presa isolatamente, la frase potrebbe far pensare che la Corte abbia invitato il futuro legislatore a prevedere forme di eutanasia attiva; la frase per Carnevale va invece letta «sistematicamente» e la si deve intendere come se dicesse «fornitura di un farmaco al paziente che provvede direttamente a introiettarlo». Rimane la domanda se, vero che il farmaco non è 'medicamento', sia buon uso della lingua corrente chiamare farmaco ciò la cui assunzione determina la morte; più esatto sembrerebbe parlare di «farmaco letale» (come fa Malfatti, in *Forum sull'ordinanza Cappato*, p. 188, che a sua volta sottolinea «l'ambiguità filo rosso» degli argomenti della Corte, p. 164).

[133] Nel caso Cappato la Corte ha usato più volte parole che non sono sembrate del tutto corrispondere alle 'cose'; in particolare, quando nella sentenza si è riallacciata *sic et simpliciter* all'ordinanza, è parsa svuotare di senso la parola 'trattazione' in quella usata, nel rinviare appunto la trattazione a una futura udienza pubblica: «Se le parole hanno un senso, e se il processo non è da intendersi come uno sterile rito formale, ma come un momento di confronto dialettico tra posizioni giuridiche diverse governato dal principio della libertà del contraddittorio, all'esito di

argomentativo della sentenza è obliquo: la Corte insiste nel senso di stare estendendo la *ratio* che già presiede alla legge n. 219, ma, chiamando 'farmaco' il trattamento letale, travolge, come abbiamo già in precedenza notato, il punto di equilibrio consapevolmente raggiunto dalla legge sulle Dat, consistente proprio nella «differenza tra sospendere la somministrazione di una cura e la somministrazione di una sostanza letale»[134]. Lo scambio linguistico tra una terapia e la somministrazione di un farmaco vitale segnala verosimilmente il più profondo epicentro problematico delle decisioni in esame, rappresentato dal ricorso, del resto abituale nella giurisprudenza costituzionale, a un concetto di salute molto ampio, che include sia le sofferenze fisiche che quelle psichiche, e che, se ha componenti importanti e assai valide, può finire però, se non contestualizzato adeguatamente, per condurre, poiché mette in primo piano il solo elemento funzionale, ad asserire l'equivalenza di trattamenti, pratiche o tecniche molto diverse da loro negli effetti e nelle implicazioni, anche sociali[135].

Le critiche che ho richiamato certo non sono unanimi: ma ciò che mette conto rilevare è che gli argomenti in favore delle scelte della Corte, specie in punto del rapporto con la discrezionalità del legislatore e del superamento delle 'rime obbligate', fanno tutti appello – come fa la stessa Corte – all'esigenza di evitare le zone franche, di affermare la superiore legalità costituzionale e il connesso accentramento della giustizia costituzionale[136]. Proprio questi argomenti dimostrano che, in esito a una lite strumentale, è risultata accentuata, e in un certo senso legittimata, una concezione strumentale del processo (costituzionale). Innegabilmente, il caso Cappato è un approdo forte dello

---

quella discussione sarà compito (e onere) della Corte riesaminare da capo tutti gli argomenti (vecchi e nuovi) che saranno stati messi in campo» (E. GROSSO, *Il rinvio*, p. 559).

[134] Bertolini, *Valore,* p. 320 ss.; quando la sostanza letale diventa terapia, il discrimine su cui si impernia la legge n. 219 è travolto.

[135] Utilizzo l'assai valido argomento formulato da A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 126, in relazione a come, nel richiamo all'art. 32 Cost. nel campo della procreazione medicalmente assistita vi siano «una serie di questioni non apertamente tematizzate su cui sarebbe opportuna un'ulteriore riflessione».

[136] È il quadro che si desume anche dall'equilibrato commento di S. CATALANO, *La sentenza,* p. 288 ss., ma v. in part. i contributi di P. CARNEVALE, *Incappare*, e M. RUOTOLO, *L'evoluzione,* cui si è fatto in precedenza rinvio.

strumentalismo nelle concezioni della Corte e di molti studiosi i cui argomenti, or ora sintetizzati, si risolvono nel dire che il fine giustifica i mezzi. Ci si potrebbe però chiedere se lo strumentalismo etico, che è alla fine una forma di utilitarismo, possa essere un atteggiamento adeguato tanto alla discussione democratica intorno ai contenuti della convivenza civile, quanto alle funzioni della giurisdizione, compresa quella costituzionale, e, infine, alle esigenze di stabilità della Costituzione. Con queste ultime non pare del tutto sintonica la spinta adattativa sottesa alle concezioni strumentali – veicolo di una inevitabile *Entfremdung* della storia interpretativa di una disposizione in nome della produzione 'evolutiva' di nuove norme[137] – che può andare a sua volta a coincidenza con i presupposti della lite strategica, la quale identifica le aule di giustizia come sedi in cui non si svolgono itinerari di conoscenza, ma dove si prendono decisioni orientate a parametri di convenienza.

Si direbbe allora che la Corte si sia *lasciata mettere* nel posto che la lite strategica aveva prescelto per essa, quello di un soggetto che ha il potere di introdurre nuove norme nell'ordinamento, di riformare la società guardandola da un punto di vista governante[138]. La Corte ha accettato in pieno questo ruolo, rinunciando alla via della interpretativa di rigetto[139], che è stata forse percepita come soluzione troppo debole,

---

[137] Cfr. F. MODUGNO, *Il diritto tra vecchie e nuove concezioni*, in *Dir. Soc.*, 1974, p. 283 ss., 300: «Sono quindi la consapevolezza della politicità della propria opera, il rifiuto del vincolo del 'precedente' e il corretto intendimento della *Entfremdung* che va riferita alle disposizioni come 'fonti', per così dire, dell'ordinamento e non già alle norme come costitutive dell'ordinamento stesso che possono garantire innanzitutto la manovrabilità dell'ideologia giuridica, il mutamento di quei convincimenti che non soltanto presiedono alle scelte decisionali concrete, ma pure ai diversi modi di 'lettura' di una disposizione scritta e che permettono il vero e proprio realizzarsi della *Entfremdung* della norma dalle scaturigini, intenzioni e intendimenti originari». Come mantenere, allora, vivente il contatto tra la Costituzione e la storia, di cui è espressione, vale a dire il «nucleo di valori che storicamente e teoricamente distingue la nostra Costituzione da gran parte delle Costituzioni»? (Per il virgolettato Cervati, *Riforme* p. 3).

[138] Cfr. G. CANALE, in *Forum sull'ordinanza Cappato,* p. 219, che ravvisa una «strumentalizzazione del processo costituzionale, utilizzato come vettore di una novella legislativa» in quanto connesso a una lite strategica.

[139] Questa opzione, invece, per C. TRIPODINA, *Quale morte*, in *BioLawJournal-Rivista di biodiritto,* 3/2018, p. 139 ss., p. 148, avrebbe consentito, «da un lato, di far

anche per l'incalzare dell'attenzione mediatica sul caso (fatalmente scambiata con la genuina pressione della pubblica opinione ad andare in una certa direzione) e che viceversa avrebbe rappresentato un segnale di forza, di fiducia. Fiducia nella propria capacità di concorrere, come giudice, a un lavoro impegnato a pervenire a formulazioni via via più consapevoli, precise, ragionevoli «attraverso il susseguirsi dei casi e la riflessione sulle loro conseguenze»[140], in una realtà dove i mutamenti, le tecnologie per esempio, lasciano inalterate, dal punto di vista del diritto, le esigenze di fondo, che sono *sempre le stesse*[141]: tendere a evitare l'abuso e a privilegiare le scelte, quindi le azioni, comprese le scelte interpretative, che appaiono più capaci di inverare i beni intorno ai quali si è istituita la convivenza[142].

Da questo punto di vista il problema non è tanto, dunque, che la Corte abbia parlato di diritto alla salute mentre parlava in realtà di diritto al suicidio[143] ma che non abbia potuto intonarsi apertamente al problema dell'aiuto al suicidio con la forza dell'intrecciare la sua parola a dati contesti, a determinate relazioni e a vie interpretative della norma denunciata che si delineano nell'esperienza giurisprudenziale, tutte espressioni viventi, ovverosia pratici "indicatori", del reciproco plasmarsi tra i principi costituzionali e la convivenza[144]. Per paradosso,

---

chiarezza sulla lettura più conforme a Costituzione dell'articolo 580 del codice penale; dall'altro, di avviare un processo di riflessione pubblica e collettiva sull'esistenza e sui confini del diritto di scegliere il tempo e il modo della propria morte».

[140] C. BEDUSCHI, *Scritti*, p. 101.

[141] Dato che «i principi costitutivi del diritto sono in realtà le costanti dell'azione umana», F. CERRONE*, Appunti*, p. 630, su motivi giulianei.

[142] Invece, presentando le sue decisioni nel caso Cappato come 'eccezioni alla regola' (U. ADAMO, *La Corte è attendista,* p. 8-9) la giurisprudenza costituzionale par dire, facendo propria la distinzione tra 'principi' e 'regole' come recepita dalla prevalente dottrina – per cui i primi competono ai 'casi difficili' – che vi sono casi speciali, in cui la tutela dei valori costituzionali impone eccezioni alle regole (in particolare quelle sul processo e sugli effetti delle sentenze), e casi 'ordinari' cui si applicano le 'regole' comuni.

[143] A. RUGGERI, *Venuto alla luce,* p. 573.

[144] È stato ricordato come sia «saggio» pensare che «"[L]a mediazione tra valori etici decisivi deve compierla la società, non la legge. Se i *dissói lógoi* etici riusciranno a orientare comportamenti pratici, come l'alleviamento del dolore con terapie palliative, e la compagnia di familiari, amici, medici, infermieri nel processo verso la morte, la questione dell'eutanasia potrebbe sciogliersi in una scelta etica, non

nel rincorrere i cambiamenti della 'vita' della società e delle persone, il giudice alla vita non ha saputo, o potuto, ancorarsi; e il tabù del suicidio è rimasto così forte (proprio perché non vi è stato, per pensarlo, il soccorso e il contenimento offerto dal riferimento al contesto giustificativo delle relazioni) che la Corte non è riuscita, tra le molte condizioni con le quali ha disegnato la sua scriminante per l'aiuto al suicidio, a nominare l'unica effettivamente logica e dirimente: e cioè che la persona a cui l'aiuto si rivolge non sia in grado di compiere da sola l'atto suicida, perché paralizzata. Non ben guidata da una *quaestio* che da una parte era animata da stereotipate contrapposizioni tra libertà e autorità, dall'altra svolgeva una lettura non attenta del caso e offriva una visione falsata dell'esperienza che alla norma denunciata corrisponde nell'ordinamento, la Corte non ha potuto giovarsi di un'osservazione delle relazioni retrostanti al caso, per ricercare una «regola di coesistenza». Su questi presupposti la sentenza può risolversi in un enunciato prescrittivo, anche molto elaborato, ma del quale non potrà che avvertirsi subito l'erosione perché in quanto norma – se *solo* tale – anche la sentenza non può che nascere morta, cioè all'inseguimento della realtà dalla quale è geneticamente separata. È quello, mi pare, che è accaduto in questo caso: la Corte che agisce come legislatore si ritrova in effetti nella posizione di arretratezza che caratterizza quest'ultimo. Il *dictum* della sentenza Cappato è stato non a caso subito indubbiato di insufficienza rispetto 'alla realtà'[145].

legale"» (S. PRISCO, *Il caso Cappato,* p. 169, anche richiamando l'opinione di Casavola). Sottoscriverei in larga parte queste affermazioni, ma non la contrapposizione tra l''etico' e il 'legale', per quanto imposta da dogma di separazione tra la morale e il diritto che proprio casi come quello qui in oggetto dimostra di avere come esito solo la risoluzione del diritto nell'eteronomia, nella dimensione prescrittiva (il diritto, se fatto umano, per definizione attiene alla sfera morale).

[145] È stato subito sollevato «il tema dei «*casi analoghi ma dissimili*' rispetto a quelli 'chirurgicamente' sottratti dalla Corte costituzionale alla punibilità *ex* art. 580 c.p.» (C. CUPELLI, *Le motivazioni della sentenza della Corte d'Assise ecc.*, in *Sistema penale*, 6.2.201, p. 1 ss.) e fra questi, quelli di chi «versi in condizioni di malattia grave e irreversibile (sovrapponibili a quelle di Antoniani), ma non sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale (come il respiratore artificiale)» Cupelli si riferisce al caso di Davide Trentini, che, a differenza di Antoniani, il quale era tenuto in vita anche da un respiratore artificiale, non era sottoposto a trattamenti vitaliquando fu accompagnato al suicidio da Cappato. Il PM del relativo procedimento ha dichiarato che «la pronuncia della Corte

In una visione strumentale, governante, del diritto, in effetti la giustizia è inutile, in quanto essa nulla rappresenta di diverso dalla decisione politica e la controversia non è un modo per ricercare il giusto e l'ingiusto anche con l'ausilio dei modelli di condotta che emergono dalle scelte umane, filtrati attraverso criteri formatisi nell'esperienza, che è storia; il processo è solo l'occasione per eseguire norme, o generarne, che stabiliscano per tutti come occorre agire. Quando una Corte si mette al servizio di una simile visione forse esercita più potere, ma perde molta importanza come tale, ed in effetti, se la Corte assume il punto di vista del legislatore non ha senso parlare di 'giurisdizionalizzazione della legislazione' [146] ma piuttosto di

Costituzionale conferma indirettamente che il nostro esercizio dell'azione penale era giustificato» (PALMIERI, *Il caso Trentini*, in *Avvenire*, 6.2.2020). Per Gallo, segretaria dell'Associazione Luca Coscioni e difensore di Welby e Cappato in quel processo «occorre verificare se il requisito individuato dalla Corte che attiene alla presenza per il malato di trattamenti di sostegno vitale è da considerarsi una condizione aggiuntiva solo eventuale oppure no. In questo secondo caso cambierebbe la posizione processuale di Marco Cappato e Mina Welby che hanno aiutato Davide Trentini che non era sottoposto a trattamenti di sostegno vitale. E di conseguenze anche la nostra difesa dovrà essere necessariamente diversa alla luce di una discriminazione nella non punibilità di chi aiuta il malato. Infatti, si creerebbe una discriminazione ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, fra quanti sono mantenuti in vita artificialmente e quanti, pur affetti da patologia anche gravissima e con forti sofferenze, non lo sono o non lo sono ancora» (*L'Avanti!*, online, 11.11.2019). Sono esiti prevedibili, e ben previsti, per esempio da C. TRIPODINA, *La circoscritta area*, p. 9-10: «i confini volti a circoscrivere strettamente l'area della non punibilità sono destinati a saltare alla luce del principio di eguaglianza/ragionevolezza». Sulla sentenza sul caso Trentini, pronunciata il 27.7.2020, quando questo lavoro era ultimato, si v. la *Postilla*.

[146] Posizione espressa da Paolo Grossi come Presidente della Corte nella Relazione dell'anno 2015, ma riflettente assunti della sua opera di studioso v. la *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, in *www.cortecostituzionale.it*, p. 3 (il punto è richiamato da Salazar, *'Morire sì'*, p. 584). È stato rilevato che atteggiamenti diffusi in dottrina di valorizzazione della giurisdizione, in quanto ne esaltano la capacità creativa di porre norme in via interpretativa, «inavvertitamente e paradossalmente cadono nel pregiudizio legalistico che formalmente contestano. Assumono infatti come paradigma del pubblico potere la figura del legislatore» (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme,* p. 433). «Se i giudici pretendessero di fare politica nel senso del potere legislativo otterrebbero effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo politico proprio del giudice» (A. GIULIANI, *Presentazione,* p. XXX).

legificazione della giurisdizione; così, tuttavia, l'esperienza giuridica tende a chiudersi intorno a una monotona inclinazione prescrittiva.

Il contagio di concezioni strumentali del diritto sulle decisioni che la Corte ha emesso nel caso Cappato è vasto, e non va senza segnali preoccupanti: lo stesso rinvio a data fissa su questioni probabilmente indecidibili e di sicuro molto delicate, e degne di molta meditazione, sottintende un certo discredito per la discussione, il confronto, l'interrogazione reciproca tra gli uomini – i valori di fondo sia della democrazia, sia del diritto, e perciò richiama una mentalità 'operazionistica' di marcusiana memoria, che degli abusi della ragione moderna è l'epitome[147]. Dal punto di vista delle regole, «centri di argomentazione», «luoghi comuni», «accordi topici», ogni processo, e come tale eminentemente quello costituzionale, è un momento dell'articolazione della sfera pubblica e risente della qualità dei processi comunicativi che in quella si svolgono: «ogni accordo, benché concreto e non generale, topico e non astratto, deve poter maturare, per essere produttivo, in un campo etico della comunicazione umana orientato alla veracità»[148].

La lista degli argomenti che di solito vengono evocati per tratteggiare l'opera della Corte in una democrazia complessa e individuare, di quest'ultima, i problemi, dovrebbe allora essere integrata. Essi solitamente si riducono all'arretratezza della legge rispetto alla società, e anche a una rappresentanza parlamentare che abusa, compreso nella forma dell'omissione, del suo ruolo. La lite strumentale non dovrebbe essere sottovalutata tra i problemi che l'operare in una democrazia complessa pone a un giudice costituzionale. Si tratta di una tecnica semplificatoria che, affidandosi a casi pilota, dà immagini alterate di come l'ordinamento reagisce a date

[147] È la medesima sfiducia che ispira i sostenitori della tecnica delle liti strategiche ai cui occhi, nella materia dei diritti, «il problema di fondo è, difatti, proprio il *dilatarsi dei tempi di riflessione*. È essenzialmente questo il motivo per cui ormai singoli individui, con specifiche aspettative di giustizia, preferiscono stimolare, con la stessa insistenza della vedova importuna al cospetto del giudice disonesto nella parabola evangelica, il canale politico-giudiziario, certi dei suoi *riflessi più pronti*, affinché possa trasformare le loro richieste di (supposta) giustizia, in giustizia»: PISANÒ, *Il re,* p. 80 (corsivi aggiunti).

[148] Cerrone, *Sull'esperienza*, p. 1015. Si v. anche la ricerca di BUFFONI, *Processo e pluralismo*, Napoli, 2012.

situazioni; sono sempre immagini fortemente sfiduciate nelle risorse autoregolative delle relazioni umane, tendenti alla domanda di norme, e fondate su un abuso del processo[149]. Le liti strategiche sono certamente un prodotto delle nostre società: la capacità della Corte di affrontarle dialetticamente, e trarne esiti virtuosi, interroga le forme della ragione in cui si riconosce e a cui fa appello. La Corte che fa un uso strumentale delle regole del suo processo per venire alla fine a dettare norme può offrire specchio alle implicazioni sottese alla lite strategica; in questi casi il richiamo alle esigenze della "collaborazione istituzionale" pare costare un eccessivo sacrificio del valore della divisione del lavoro nel campo del diritto, dello spazio del giudizio rispetto a quello della decisione.

«Rompere il solido ormeggio alle regole mette a repentaglio la legittimazione della Corte»[150], è stato osservato; facciamo nostra questa osservazione, pur proveniente da studiosi che si muovono in un ordine di idee diverso da quello qui adottato, intendendo con le 'regole' il rinvio a un complesso di valori, e di atteggiamenti, che permettono di costituire e ricostituire gli 'accordi' fondamentali attraverso cui animiamo la nostra convivenza.

---

[149] Se il *dictum* della Corte deve rappresentare il conseguimento di un obiettivo da parte della società o di parti di essa che si muovono in opposizione all'indirizzo politico (come è stato nella vicenda Cappato, ma v., per il proporsi di questo problema nel caso della sent. n. 1/2014, R. PINARDI, *La Corte,* p. 1929) è aperta la strada a una giustizia costituzionale populista, che del resto sarebbe il portato non troppo illogico di una routinaria, e perciò eccessiva, sfiducia nel legislatore. Sarebbe opportuno «evitare di accreditare l'immagine del tutto fuorviante, corriva e francamente ingenerosa del «legislatore nel torpore», riflette E. GROSSO, *Il rinvio,* p. 544, che suggerisce come l'immagine proponga una semplificante logica di tipo decisionista che tende ad azzerare le complessità dei problemi, il loro spessore e la stessa dignità della perplessità e della discussione («Si tratta, di questioni assai delicate, difficili, che coinvolgono «valori ultimi», rispetto alle quali ciascun parlamentare rivendica giustamente libertà di coscienza anche di fronte alla disciplina di gruppo. E che per loro natura non sono risolvibili in tempi certi. (…) Viene da chiedersi se è sempre vero che il Parlamento, quando non decide, non lo fa per ignavia, indolenza o incapacità». Anche «il non decidere è spesso una forma di esercizio di azione politica, che non è dettata dall'inefficienza ma dalla natura delle cose, su cui è richiesta la decisione. Anche da questo punto di vista, ogni generalizzazione pecca di eccessiva semplificazione».)

[150] Pinardi, *La Corte,* p. 1930 nt. 148, richiamando Bin, *Intervento,* in *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014,* in *Giur. Cost.,* 2014, p. 643.

6. *Conclusioni. Le regole, una risorsa presente-assente nel diritto costituzionale oggi*

Alcuni hanno affermato che davanti alla domanda del giudice a quo nel caso Cappato, domanda che conduceva a ritenere guarentigiabili condotte «contro la vita», la Corte avrebbe dovuto aggirarla con una sentenza interpretativa che avrebbe potuto far riferimento alla giustificabilità di condotte pietatis causa, rimuovendo dall'art. 580 c.p. l'inciso «'in qualunque modo'» e così «lasciando ai giudici di merito (e in particolare al giudice a quo) di trarre le conseguenze caso per caso»[151]. In rilievi di questa natura, che confidano nel giudizio come momento di formazione e verifica della portata dei principi, affiora l'ordine di idee, la mentalità, delle regulae iuris, quale veicolo del "punto di vista del diritto": non bisognerebbe ascoltare la domanda turpe, la quale è quella che minaccia i fondamenti della convivenza; o almeno, occorrerebbe sempre manovrarla con prudenza; nel forgiare la regola di giudizio occorre interrogarsi sulla condotta dei singoli ma anche ancorarsi ad essa, al modo in cui essa si dispone in concreto, ai valori e disvalori che fa emergere alla luce dei principi, perché è in questo ambito che i principi del diritto vivono ed è aiutando a mettere in luce le regole di condotta preferibili che essi riescono a vivere in pratica come regole della convivenza. Perciò è importante metter a fuoco i caratteri di ogni singolo caso, il quale è sempre unico, ma al tempo stesso può essere oggetto di comprensione, quindi di giudizio, attraverso il filtro della nostra comune esperienza, di cui fanno parte i valori che condividiamo.

Altri, al contrario, ha detto invece, approvando le scelte della Corte, che una sentenza interpretativa avrebbe «scaricato sui giudici il compito di una soluzione al problema dell'uso regolato dell'aiuto al suicidio dando loro una bussola non sufficientemente orientativa»[152].

---

[151] A. MORRONE, *Introduzione*, p. 12, corsivo A. (Corsivo aggiunto.) Negli studiosi della ragionevolezza, maggiore è la consuetudine con un impianto premoderno del pensiero e della pratica giuridica, cui riconducono le connessioni tra ragionevolezza ed equità, e questa è certamente una caratteristica di Id., *Il custode della ragionevolezza,* Milano, 2001.

[152] P. CARNEVALE, *Incappare*, p. 374.

L'un Autore si aspetta che la Corte ragioni come giudice, l'altro approva la sentenza normativa. Sollecitata da questa diversità di visuali, in cui affiorano culture e mentalità giuridiche diverse, in questo scritto ho guardato al caso Cappato – in cui, pur in una cornice che esalta il 'caso singolo' come motore dell'evoluzione del diritto, la Corte rinuncia alla sentenza interpretativa quasi per timore del (non saper) decidere 'caso per caso' – come il sintomo di un'oscillazione, ricca di implicazioni, tra l'intendimento dei principi costituzionali (solo o prevalentemente) come norme, oppure (anche e prevalentemente) come regole.

Importanti studi iniziano a svolgersi intorno alla domanda su perché la scienza costituzionalistica abbia voluto, per dir così, tagliare i ponti con l'esperienza giuridica antica e premoderna[153]; quanto alle regulae iuris, la domanda su come mai il diritto costituzionale si sia tenuto lontano, almeno sul piano esplicito, da questi strumenti «permanenti» del diritto[154] – che però, in quanto tali, a più riprese affiorano attraverso i nostri modi di ragionare e di vagliare le questioni, e ho cercato di farlo affiorare nel corso di queste pagine – può trovare senza troppa difficoltà una prima risposta[155]. Caratteristica dei nostri studi è stato l'investimento su una dimensione normativa della Costituzione e dei suoi principi. Crisafulli, nel suo studio fondativo sui principi generali del fascismo, modello dei futuri principi costituzionali 'precettivi', prese espressamente le distanze dall'idea dei principi come mere 'direttive logiche', a lungo sopravvissuta nella cultura giuridica

[153] Ho citato in apertura F. CERRONE, alle cui ricerche, sin da *Appunti*, cit., questo studio è particolarmente debitore; e E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale, Napoli, 2013.*

[154] «Strumenti permanenti del diritto» da cui il diritto costituzionale ha preso le distanze, ma di cui in realtà si avvale, sono per Elisa Olivito le finzioni giuridiche (*op. ult. cit.,* p. XXVI, che peraltro lo rileva con intento critico). Il diritto costituzionale d'altra parte, in quanto legato ai problemi dell'interpretazione, eredita la tradizione del giuspositivismo ottocentesco che, mentre condannava le massime antiche come cose da praticoni, dall'altra se ne avvaleva in modo raffinato per disegnare la funzione dell'interpretazione del diritto e le operazioni logiche che vi presiedono: cfr. N. COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte generale,* 2° ed., Milano, 1915, p. 80 e 90.

[155] Altre, concorrenti, risiedono nell'auto-percezione del diritto costituzionale come scienza che data da soli 'due secoli' (P. RIDOLA, *Esperienza costituzioni storia*, Napoli, 2019, p., 398) ed è pertanto, e per definizione, moderna. In tema G. AZZARITI, *Può il costituzionalismo moderno sopravvivere?,* Bari, 2013.

italiana[156]. Nonostante le «tensioni metodologiche profonde» che segnarono quel periodo fondativo del costituzionalismo italiano, e che in generale segnano, di quest'ultimo, l'intero percorso[157], e dopo cioè che tanta acqua è passata sotto i ponti, la dottrina assume oggi la definizione delle regole che fu forgiata, sin nell'Ottocento, dal positivismo statualista, e che le voleva 'vigenti' in quanto recepite dal codice, e 'principi' in quanto riassuntive di norme particolari che specificano l'istituto a cui ogni regola si riferisce. Richiamandosi a questo ordine di idee, nessuno dei due Autori, lungo le cui idee si dispongono gli attuali, e apparentemente opposti, orientamenti 'neocostituzionalista' e 'garantista' ha riconosciuto in Nemo locupletari debet ex aliena iactura, che pur fornisce a Dworkin l'esempio della sua idea di 'principio' (nel celebre caso dell'erede che uccide colui dal quale spera di ereditare), un vero 'principio'[158]. È un buon terreno questo per verificare l'ipotesi che i due orientamenti opposti non lo siano poi così tanto, e appoggino entrambi su presupposti, prima ancora che giuspositivi, strumentali. Per molti, quel che riempie i principi costituzionali di contenuto è infatti un gradiente politico, istituzionale, sociale, comunque esterno all'esperienza giuridica: lo 'Stato costituzionale di diritto', che attraverso i principi trova espressione, attuazione, realizzazione. Ma che fare quando le premesse istituzionali, ordinamentali, o socio-politiche dello 'Stato costituzionale di diritto' dovessero dissolversi?[159]

---

[156] V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, p. 175 ss., com'è noto «il frutto più importante» della discussione degli anni '40» (L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in Accademia dei Lincei, *I principi generali del diritto,* Roma, 1992, p. 317 ss., 317). Ma anche in Crisafulli molte sono le sopravvivenze e gli influssi di concezioni antiche (cfr. *supra*, nota 27) a testimonianza della presenza-assenza della cultura delle regole nella nostra scienza giuridica.

[157] P. RIDOLA, *Esperienza*, p. 371.

[158] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole*, p. 875 ss., e L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 2771 ss., 2796 ss.

[159] LA TORRE, *'Finché la società sarà questa', in Mat. St. Cult. Giur.,* 1/2010, p. 209 ss., 210, che dubita sulla capacità degli orientamenti costituzionalistici contemporanei di sapersi opporre alla deriva strumentale del diritto (p. 224). Sull'utopia dello Stato di diritto costituzionale inteso quale punto di arrivo della

Invero, dalle sue origini nell'investimento sui caratteri rigidi e normativi del testo costituzionale, al recente orientarsi nel senso dell'assunzione della giurisprudenza come «vera e propria fonte del diritto» il tratto di continuità all'interno della scienza italiana del diritto costituzionale è apparso costante, nel senso che alla giurisprudenza «come fonte» tende a rivolgersi un atteggiamento sostanzialmente analogo a quello che in passato si rivolgeva «a ogni dato che si presentava nelle vesti di una norma imperativa»[160]. L'inclinare della Corte verso un intendimento 'normativo' del proprio ruolo può essere spiegato con una sintonia nei confronti di una concezione normativa della Costituzione e dei suoi principi, dominante nel pensiero costituzionalistico italiano.

D'altro canto, già nel contesto della discussione sui principi generali del fascismo, a chi avanzava una visione normativa dei principi fu sollevata, in nome della regola paolina «non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat» l'obiezione che una simile concezione avrebbe esposto i principi a dinamiche selettive, abrogative, adattative, vale a dire all'impermanenza[161].

Una lunga tradizione dunque ci ha abituati a pensare la giustizia, non solo costituzionale, nei termini dell'attuazione costituzionale e alla Costituzione come norma[162]; ma ci avverte anche dei rischi a ciò connessi. Specie se coniugate al prevalere di una logica strumentale e adattativa, anche sotto la crescente pressione di concezioni 'realiste', le

---

storia, v. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001, p. 77; e ivi (p. 48, p. 61) importanti notazioni sulle componenti strumentali di tutti gli orientamenti odiernamente dominanti nel costituzionalismo italiano.

[160] A. A. CERVATI, *Riforme*, p. 6, dove anche il virgolettato che precede.

[161] E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi*, cit., p. 321 ss.

[162] Si deve probabilmente all'influenza di questa parte della nostra tradizione se le odierne sensibili accentuazioni dei profili 'politici' dell'operare della Corte sono accolti «dalla dottrina con generale favore»: A. MORRONE, *Suprematismo*, p. 254. «Purtroppo, la dottrina prevalente del diritto costituzionale contemporaneo … è convinta tuttora del fondamento esclusivamente imperativo del diritto costituzionale» laddove invece «è evidente che per distinguere i valori che fanno parte del "nucleo essenziale" della Costituzione occorre una sensibilità storica e non una razionalità fondata esclusivamente sull'efficacia formale degli atti giuridici, costituzioni e leggi costituzionali comprese» e allora «occorre che il diritto costituzionale si riappropri di quel suo patrimonio culturale, storico, teorico che aveva caratterizzato in Italia il pensiero costituzionale dei secoli passati»: Cervati, *Riforme,* p. 7 e 2.

idee tradizionali intorno alla Costituzione come norma possono sfociare nella risoluzione della Costituzione in una tecnica di governo della società, ovverosia per perseguire obiettivi: e quando prevale lo scopo sono destinati a ridursi a ideologie, rivedibili e relative[163], proprio quei valori e quei principi che una Costituzione intende rendere stabili, tra i quali è il fondamento isonomico della convivenza, che mette al centro la persona, portatrice di diritti e di doveri, soggetto.

Proprio quando riflettiamo sulla nostra Costituzione, sui valori, i principi su cui si fonda, avvertiamo che essi non appaiono affatto lontani dall'immagine dell'uomo – della convivenza, del diritto – che le regulae iuris, criteri di giudizio, non norme da attuare, portano con sé. L'idea della persona umana come soggetto pensante e senziente, immerso in relazioni dove esercita libertà e responsabilità, che l'interpretazione costituzionale in realtà ci rende familiare, a cui anzi ci educa, è molto più vicina ai presupposti classici della ragione, che non a visioni moderne, calcolanti e strumentali: le tracce del dibattito intorno all'autodeterminazione, che ho ricordato in precedenza, ce lo dimostrano.

Possiamo del resto, e per esempio, rinvenire la mentalità che le regole portano in sé nei rimedi che alcuni hanno individuato[164] per evitare i rischi connessi all'impiego dell'argomento dignitario, sul quale ripiegano come abbiamo visto anche le decisioni Cappato. Ai rischi, che anche qui abbiamo evocato, di vedere quell'argomento risolversi in esiti puramente strategici o condurre alla contrapposizione tra l'autonomia individuale, assunta come 'dato', e lo «spazio comune», il rimedio appare l'attingere «alle risorse proprie della tradizione giuridica (figure dell'argomentazione, test di giudizio, criteri di selezione degli interessi, ordine delle questioni»). La dignità come 'centro di argomentazione' e 'definizione dialettica' traluce, come risorsa, dalla proposta secondo cui

[163] Sintomatica la scoperta di nuovi principi costituzionali, come «l'equilibrio di bilancio», nella sentenza sulla *Robin Tax* n. 10/2015, con evidenti effetti di selezione darwiniana dell'*aquis* costituzionale che con essi non risulti compatibile, tra cui per l'appunto le regole del processo costituzionale, in quell'occasione modificate sotto il profilo degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento.

[164] Così G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale ecc.*, *in Dir. Pubbl.* 1/2016, p. 247 ss. spec. p. 268 ss., 270, 303; si tratta del resto di un Autore che ha frequentato molto il pensiero giulianeo e ne ha adoperato in più di un caso le figure come ispirazione di stimolanti operazioni interpretative.

la dignità è concetto giuridico in cui «dall'accordo generale sul suo rilievo segue un disaccordo sulle modalità del suo impiego, risolvibile solo tenendo conto … delle più varie circostanze di tempo e di spazio… ancorato alle risorse della ragione topica, selettiva e contestuale, che rinuncia a definirne l'essenza»[165].

Oppure, riandando all'idea giulianea della regula iuris come espressione di una idea 'classica' della ragione umana, che intende l'intelletto come sensus recti ac iniusti e ne valorizza le 'funzioni sociali', è possibile coglierne l'affinità con la nozione di 'principio' sviluppata da chi riflette su come «le complesse dinamiche dell'operatività delle norme principio dimostrano che il diritto non è, o non è soltanto, un canone della convivenza autoritativamente imposto, ma un ordinamento di norme fondato su canoni di razionalità pratica, attivati, contestualizzati e storicizzati attraverso le operazioni di bilanciamento ed in tal modo trasposti nel diritto positivo. Tutta l'elaborazione teorica sui principi corrisponde pertanto a un secolare filo conduttore dell'esperienza giuridica occidentale, considerando il diritto come il tentativo di organizzare la convivenza dei consociati non secondo astratti principi di ragione, ma secondo una razionalità scaturente da un discorso pubblico, nel quale si sedimentano le evoluzioni della storia, del costume, della cultura di una società. I principi sono il prodotto di una razionalità pratica, che conferisce ad essi giustificazione e vigenza, prima e più che di un sistema di autorità sul quale si fonda la loro validità. E la loro operatività nel sistema giuridico, affidata alla ponderazione dei beni e degli interessi in gioco, mette in discussione il presupposto positivistico di un diritto costituito di norme autoritativamente imposte»[166].

Il convivere di una visione moderna del diritto come norma con valori e modi di pensare invece ancorati a concezioni premoderne della ragione e del diritto (cui la prima si è sovrapposta) potrebbe essere una delle ragioni delle tensioni interne alla nostra scienza, e potrebbe spiegarne alcune caratteristiche, indicando così che, in quella scienza, il patrimonio di cultura giuridica di cui le regole sono espressione è in

---

[165] G. REPETTO, *La dignità*, p. 271.

[166] P. RIDOLA, nel paragrafo *L'interpretazione dei diritti fondamentali tra 'regole' e 'principi'*, del saggio *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, p. 2 ss., p. 117.

realtà una assenza-presenza. Forse, una maggiore esplicitazione dell'ordine di idee che le regole veicolano – sia quanto a ciò che il diritto è, sia a come lo si fa in pratica – potrebbe giovare alla comprensione di numerosi problemi costituzionali, e in particolare a quelli che vertono intorno all'impiego dei principi nei giudizi di costituzionalità.

Anche la Corte infatti, e in occasioni che, se ci si proponesse di ricostruirle dettagliatamente, risulterebbero probabilmente innumerevoli, ha dato prova di utilizzare i principi costituzionali, e le proprie decisioni, nella chiave delle regole; e alcuni 'fallimenti' della giustizia costituzionale possono essere visti coincidere con una rinuncia ad adoperare quella chiave, rinuncia che in più di un caso (come è avvenuto in quello fatto oggetto di questo studio) potrebbe apparire conseguenza anche della struttura del processo a quo e della costruzione della questione di legittimità.

Nel primo senso, nel senso cioè della possibilità di rinvenire nella giurisprudenza della Corte momenti di utilizzo dei principi costituzionali e delle proprie decisioni nella chiave delle regole, un esempio può venire da come la Corte, nella sentenza n. 221 del 2019, in materia di procreazione medicalmente assistita, sia ritornata sulla sentenza n. 162/2014, com'è noto il più importante precedente in materia, per precisare che alcune formulazioni di quella sentenza in ordine alla libertà procreativa e al suo carattere fondamentale (che, astrattamente intese, hanno fatto pensare al riconoscimento di quello che la dottrina chiama il «diritto al figlio», rimesso alla sola autodeterminazione individuale e mediante qualunque tecnica [167]), vanno invece intese come «calibrate sulla specifica fattispecie alla quale la pronuncia si riferisce» [168]. Così esprimendosi, la Corte richiama l'interprete delle sue decisioni a leggerle come 'regole' (non come 'fonti'), cioè come indicazioni il cui senso si specifica in rapporto, da una parte, coi principi da salvaguardare – in quel caso libertà, eguaglianza e diritto alla salute nel campo procreativo – e, dall'altra, con concreti e ben delimitati contesti il cui assetto è rilevante per

[167] Per l'espressione C. TRIPODINA, *'Diritto al figlio'*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 2593 ss. Ma v. sulla sent. n. 162 l'analisi di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 125 ss., in termini meno perentori.

[168] Cioè quella della coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia di infertilità o sterilità assoluta e irreversibile: F. ANGELINI, *Profili,* p. 65 e ss., anche per il virgolettato.

delineare di volta in volta la portata dei principi, la quale assume dunque senso anche in rapporto a come, e per quali fini, all'interno di quali relazioni, singoli soggetti dei principi si avvalgono. Un conto è accedere alle tecniche assistite per motivi risalenti a esigenze ben delimitate che si radicano nel diritto alla salute, altro in nome di un 'diritto a diventare genitori' che potrebbe legittimare il ricorso anche a tecniche dannose per la salute o lesive di altri interessi costituzionali.

La sentenza n. 162 del 2014 e le decisioni sul caso Cappato potrebbero in effetti ben essere confrontate come esempi di due approcci diversi alla comprensione e all'impiego dei principi costituzionali, e verosimilmente allo stesso giudizio di costituzionalità. Nella prima, la Corte intende il proprio ruolo di garante del principio di superiorità della Costituzione come un compito che, è stato detto, la impegna a «individuare [nel diritto vigente] una serie di disposizioni la cui interpretazione sistematica dovrebbe dare, a suo giudizio soluzione»[169], e potremmo dire guida, indicazione, per la definizione di questioni successive e diverse. Sulla base di questo convincimento la Corte in quell'occasione superò i timori del 'vuoto legislativo' e, pervenendo a una sentenza interpretativa, in quel caso di accoglimento, si dotò, e dotò l'interprete, di un complesso di riferimenti atti ad approfondimenti e precisazioni ulteriori, certamente necessari, posto che non vennero evitati in quel caso – ciò che è del resto fisiologico e proprio in un intendimento dei principi come regole, 'mai del tutto chiare mai del tutto oscure' – «alcuni ambiti di incertezza interpretativa che sono stati prontamente individuati da più parti»[170]. Nelle decisioni Cappato la Corte invece parte dalla definizione di una fattispecie astratta, la procedura medicalizzata che abbiamo più volte richiamato, quasi deducendo dai principi le norme a quella applicabili, norme le quali, proprio a causa del legame con una fin troppo dettagliata fattispecie, appaiono debolmente capaci di offrire direttive nei casi 'diversi e simili' destinati a ripresentarsi[171].

---

[169] Angelini, *Profili costituzionali,* p. 133.

[170] *Ib.*, p. 134.

[171] Si incorre in altri termini nel rischio, individuato da chi ha riflettuto sul ruolo del 'fatto' nelle decisioni della Corte costituzionale, di pervenire a una «categorizzazione delle situazioni fattuali» che rischia di «prosciugare il senso delle formule linguistiche costituzionali»: E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Gruppo di Pisa*, 30.6.2017, p. 1 ss., p. 16.

Gli svolgimenti costituzionali dei temi connessi ai campi della procreazione, come quello del fine vita, molte volte accostati per le loro comuni implicazioni bioetiche e per il loro contatto col principio di 'autodeterminazione'[172], sarebbero peraltro confrontabili anche da altro punto di vista, che ci riconduce al secondo aspetto poco sopra introdotto, che riguarda l'influenza del processo a quo sulla capacità della sentenza costituzionale di forgiare una soddisfacente regola di giudizio. Un limite profondo è stato in effetti individuato nelle posizioni assunte dalla Corte nel campo della procreazione medicalmente assistita, e questo limite risalirebbe alla difficoltà di distinguere la posizione femminile e quello maschile nella procreazione; la mancata messa a fuoco di questa differenza è di ostacolo a pervenire, in quella materia, a una corretta corrispondenza 'tra le parole e le cose'. Il più recente intervento della Corte in materia, ancora l'appena richiamata sent. n. 221 del 2019, si inchina alla ragionevolezza delle scelte della legge n. 40 del 2004 in ordine alla preferenza della coppia eterosessuale come ambiente migliore per la crescita dei figli, con la quale viene giustificata l'esclusione delle coppie omosessuali e delle donne sole dall'accesso alle tecniche. Questo esito che per molti versi può apparire non appagante è dovuto anche al fatto che, come è stato puntualmente osservato, la Corte non dà rilievo alla peculiare posizione della donna nella generazione, mentre il considerarla, il tener conto cioè «delle possibilità che per natura sono attribuite al suo corpo e alla sua persona», permetterebbe di creare una regola per l'accesso alle tecniche di procreazione assistita non spaccata intorno alla linea distintiva delle coppie omosessuali/coppie eterosessuali, ma armonizzata dalla presenza, nella coppia eterosessuale, come in quella omosessuale, di una donna che intende diventare madre. Una regola dunque non retta dall'esclusione delle sole persone omosessuali, tutte e indistintamente, e capace anche di aprirsi ragionevolmente all'accesso delle donne sole alle tecniche di p.m.a. In relazione al discorso qui svolto, è interessante rilevare che tra gli elementi che hanno impedito alla Corte di forgiare una simile regola è stata individuata la costruzione del petitum dei

[172] Principio la riflessione sul quale ha raggiunto sviluppi molto raffinati proprio in connessione con le tematiche della procreazione assistita e attraverso il pensiero femminile: si v. le ricerche di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, e di Angelini, *Profili costituzionali.*

giudici a quo, «che assumono i contorni e toni tipici della lite strategica condotta col supporto di associazioni … il cui fine è eliminare il divieto di accesso alle tecniche e pratiche di procreazione artificiale, come alla surrogazione di maternità, per le coppie dello stesso sesso, e dunque non si concentrano su quanto strettamente necessario a superare il divieto per le sole coppie di donne»[173]. L'impostazione neutra delle problematiche procreative impedisce di tener presente che, nel caso della procreazione, il sesso femminile, e quindi ogni singola donna, ha una posizione specifica, in quanto «è propria della donna una maggiore responsabilità e consapevolezza per la scelta della nascita»; impedisce cioè di tener presente la relazione tra il corpo femminile e la nascita. E tuttavia, pretendere di regolare le tecniche procreative senza tener conto di quella relazione è illusorio, perché in quella relazione risiede il solo criterio capace di governare il complesso rapporto tra i diritti fondamentali e tecnologie messe a disposizione sul piano scientifico e medico. Infatti, solo attraverso quella relazione le tecnologie sono mantenute in contatto con la soggettività, l'individualità 'cosciente e senziente' che vi fa ricorso, con la sua «responsabilità e consapevolezza», che può pertanto rappresentare, di quelle tecniche, una misura, misura che invece il riferimento a soggettività neutre, che

[173] F. ANGELINI, *Profili costituzionali,* p. 163-164, da dove anche le citazioni che seguono nel testo. Pur spesso sorgenti da casi relativi a coppie lesbiche, le ordinanze di rinvio «non si concentrano su quanto strettamente necessario a superare il divieto per le sole coppie di donne» perché, come spiega anche A. DI MARTINO, *Pensiero femminista*, p. 152, «molte strategie processuali… portano dinanzi alla Corte casi di filiazione di coppie omosessuali femminili per estenderne le massime, secondo una logica antidiscriminatoria, anche alle coppie maschili». Perciò la specifica posizione della donna nella procreazione, posizione che ha il carattere di relazione (con la nuova vita), non viene approfondita e fatta emergere nelle q.l.c., non assume rilievo nel processo costituzionale e fatica a diventare 'regola' nell'approccio alle tematiche connesse alle tecnologie riproduttive e alle c.d. nuove famiglie. L'ordine di idee cui qui si accede coincide con quello limpidamente espresso dall'A. da ultimo citata con riferimento al tema della surrogazione di maternità, la 'tecnica' procreativa cui si discute possano accedere le coppie omosessuali maschili: «non credo che si debba differenziare a seconda che a ricorrere a una tale pratica sia una coppia *gay* o una coppia eterosessuale, sorgendo in entrambi i casi le medesime problematiche nei confronti della madre biologica e del bambino (diversa è semmai l'ipotesi della coppia lesbica» (p. 21). Sul limite di una giurisprudenza (ma anche di un discorso pubblico) che non tiene conto dell'«asimmetria dei sessi nelle vicende riproduttive» v. ancora Ead., p. 130 ss.

sono in realtà astrazioni, non è capace per definizione di offrire. Insieme con il riferimento alle relazioni, che mostrano, come dicevamo all'inizio di queste pagine, una 'logica' a cui il giudizio si può appoggiare, si perde anche la possibilità che attraverso il ricorso alle tecnologie «la natura venga rispettata invece che conquistata»[174]. Rilievi come quelli sin qui riferiti confermano l'influenza sul processo costituzionale del giudizio a quo, il quale ultimo può, specie in quanto retto dalla logica strumentale della lite strategica, rendere difficile la lettura, se si vuole l'osservazione, e quindi l'interpretazione, delle relazioni con cui la questione interferisce, relazioni la cui conoscenza è invece indispensabile per formare la regola di giudizio. Poiché un soggetto 'neutro', né donna, né uomo, non esiste, né tanto meno esiste la 'coppia' come soggetto, è impossibile ancorare su una tale pretesa fictionale una regola di giudizio che sia davvero in grado di offrire uno schema razionale con cui muoversi nelle vicende della procreazione. Come lo è, mi è sembrato di poterlo osservare nel caso Cappato, immaginare regole sul fine vita senza tener conto della relazione tra chi aspira a morire e chi gli è vicino e assumendo invece come riferimento l'autodeterminazione intesa come processo solitario di formazione della volontà, quale essa non è mai nella realtà vissuta dalle persone[175].

Anche in ambiti diversi da quelli 'bioetici' tener presente il contrasto, e la convivenza, nella nostra tradizione, tra intendimenti 'moderni' dei principi base del costituzionalismo, e intendimenti dei medesimi che li riallaccino a concezioni più antiche può risultare interessante. Per esempio, può contribuire a spiegare aspetti rilevanti del 'dialogo', e qualche volta del conflitto, tra la nostra tradizione e quella sovranazionale. Si pensi ad esempio al celebre caso 'Taricco'[176],

---

[174] Secondo un'espressione di Held, *Etica femminista* (1993), trad. it. 1997, p. 137, citata da Angelini, p. 61 nota 60. Il corsivo, aggiunto, sottolinea come questo fraseggio ricordi quello con cui Beduschi, che del resto riflette sulle *regulae* con riferimento ai campi della bioetica, qualifica il compito cui le regole come orientate «non al governo ma al rispetto della realtà» (v. *supra*, par. I.9).

[175] E poiché una tale idea di autodeterminazione non ha riscontro nell'esperienza, il diritto, che la accoglie, appare astratto, e non è misurabile, né conoscibile, né controllabile, alla luce dell'esperienza comune.

[176] Il caso com'è noto si è snodato attraverso due decisioni della Corte costituzionale e due decisioni della Corte di Giustizia: Corte di Giustizia, Grande Sezione, 8.9.2015 Causa C-105/2014; Corte cost., ord. n. 24/2017; Corte di Giustizia,

che come si ricorderà ha chiamato in causa la concezione, tipica del nostro diritto, che vuole la prescrizione ricompresa nella garanzia dell'irretroattività della norma penale, concezione che fu contrastata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Ue. In questa vicenda la discussione, anche dottrinaria, si incentrò sulla riserva di legge come distintiva del nostro concetto di legalità penale; ma, a ben guardare, nel contrasto tra le due Corti si opponevano due forme della ragione, due culture del diritto, due storie: da una parte quella riflessa in nullum crimen, di cui era portatrice la Corte di Giustizia della Ue, una ragione moderna, razionale, calcolante, alla luce della quale la prescrizione è disvalore, in quanto a sua volta calcolo, ma calcolo immeritevole, calcolo sulla propria impunità, e come tale non degno di intensa protezione, per chi quella razionalità privilegia[177]. Dall'altra parte quella riflessa nel favor rei, isonomica e tutelante nei confronti dell'accusato perché tale, e cioè perché di fatto in posizione svantaggiata[178]; concezione, quest'ultima, che in realtà sola spiega come mai la legalità penale nel nostro paese sia stata sempre intesa come comprendente la prescrizione, e non la riduce a una 'curiosité italienne'. Quando si va alla ricerca delle 'specificità' del nostro ordine costituzionale, molto può essere spiegato con una cultura giuridica in cui lungamente sono sopravvissute, e vivono ancora, nell'interpretazione dei principi cardinali dell'ordinamento costituzionale, come il favor rei, i modi di pensare pre-moderni, equitativi, orientati ad hominem, che sono quelli veicolati dalle regulae; sono modi di pensare che incidono nella formazione degli istituti e nella percezione del loro senso e possono aiutare spesso a mettere a fuoco i caratteri che contraddistinguono la nostra concezione del 'costituzionalismo'[179].

Grande Sezione, 5.12.2015 Causa C-42/2017) M.A.S.; Corte cost., sent. n. 115/2018. Molto rilevanti anche in questo caso le caratteristiche, 'militanti', dell'ordinanza di rinvio, Trib. Cuneo 17.1.2014, su cui v. Donini, *Le sentenze Taricco ecc.*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2018, p. 1 ss., p. 14 e 19 nota 1.

[177] V. per questa posizione F. VIGANÒ, *Sullo statuto della norma penale più favorevole*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2011, p. 1 ss.

[178] La concezione che, mi pare, ispira la lettura di M. LUCIANI, ad es. in *Chi ha paura dei controlimiti*, in *Riv. AIC*, 2016, p. 65 ss.

[179] Quello di indagare «il modo in cui ciascuna cultura costituzionale si confronta con la modernità» è in effetti un metodo di cui la presenza/assenza delle *regulae*, e delle mentalità che veicolano, potrebbe essere un valido strumento; sul

In sintesi, interpretare i principi costituzionali con regole e come regole significa intanto leggere i principi, mentre li si applica a problemi 'nuovi' sollevati dall'evoluzione tecnica e dai cambiamenti dei modi di vivere, sempre in sintonia con valori costanti dell'esperienza giuridica: evitamento dell'abuso, isonomia, centralità dell'azione e delle relazioni umane nel farsi del diritto. Significa valorizzare le forme di una ragione controversiale, impegnata cioè in una ricerca dialettica che si interroga, con un impegno per la verità soggettiva, sulle e con le 'esperienze di vita', con le relazioni, quali termini dialettici indispensabili non solo per comprendere e specificare la portata dei principi, ma anche per il loro inveramento. E può essere d'aiuto quando si va alla ricerca dei motivi delle caratteristiche peculiari del nostro patrimonio costituzionale. In queste pagine ho inteso così suggerire che l'incorporazione del punto di vista delle regulae nelle operazioni interpretative concernenti la Costituzione potrebbe, da una parte, giovare al mutamento nella stabilità dei nostri valori costituzionali, stabilità che è invece naturalmente minacciata dal contagio della logica della norma, per definizione arretrata rispetto alla realtà e sempre da adattare ad essa, e, dall'altra parte, garantire, di quei valori, l'ancoraggio 'democratico' e 'personalista', che non convive appieno con i presupposti asimmetrici di un ordinamento che si voglia organizzato intorno alla prevalenza del diritto come 'norma'. Si tratta allora, di ritrovare fiducia nel giudizio; e questa è fiducia nelle tecniche pratiche della ragione, anche nello svolgimento dei problemi di interpretazione costituzionale, se questi non devono rinchiudersi nello «specialismo» ma vogliono essere intesi come problemi che ci interrogano come comunità, e dunque ci impegnano come persone e coinvolgono la qualità delle relazioni cui diamo vita[180]. L'aspetto problematico, ma anche emblematico, della vicenda che si è svolta intorno al caso Cappato mi è sembrato consistere nella difficoltà per il giudice, anche costituzionale, di guardare con interesse a come dai comportamenti e dalle scelte, che le persone esprimono nelle loro relazioni, possano provenire indicazioni intrecciabili con i valori costituzionali, modelli di condotta dunque, che

---

metodo indicato, riconosciuto in quello adottato da Paolo Ridola, v. le dense conclusioni del saggio di A. DI MARTINO, *Culture costituzionali, storia e comparazione,* in *Riv.It.Sc.Giur.,* 10/2019, p. 75 ss., p. 101-102, da cui si cita.

[180] Sul problema dello specialismo nel diritto costituzionale v. A. A. CERVATI, *Riforme*, p. 6 ss.

possono porgere una base a cui ancorare una regola, nella quale trovino espressione pratica i principi costituzionali coinvolti, che in questa ipotesi mi sono sembrati specialmente quelli di libertà, eguaglianza, solidarietà. Ciò significa che anche, e proprio quelle che si ama definire "difficili" sono situazioni che richiedono al giudice lo stesso impegno di ogni altro: guardare a ogni caso come a una aperta quaestio iuris, che chiama a uno sforzo di attribuzione di senso e di valore e per questa ragione coinvolge i principi[181]. Questi divengono 'astratti' proprio allorché non «valgono come pensiero concreto attinente alla vita reale degli esseri umani, ai loro bisogni, ai loro turbamenti, alle loro speranze»; quando cioè ci si allontana dalla consapevolezza che «le idee e i concetti del diritto», compreso e forse per primo quello costituzionale, «sono fatti per affiancarli e orientarli nelle loro vicende, che sono spesso conflitti»[182].

È stato d'altronde già osservato che «oggi, di fronte al moltiplicarsi di condizionamenti e di veri e propri attacchi all'effettività delle norme costituzionali» occorra ricordare che «non di sola efficacia formale può sopravvivere una Costituzione, specie una costituzione assiologicamente densa come quella italiana vigente, né di sola, parziale ineffettività può essa soccombere, se resta vitale nella società, tra i cittadini, la sua articolazione di valore». Se è vero che nel gioco dell'effettività di una Costituzione pesa «tutto un mondo di relazioni, sociali e personali»[183], è allora importante che con quel mondo i suoi

[181] Cfr. F. CERRONE, *Appunti*, cit., p. 634, richiamando il pensiero giulianeo su come i principi siano chiamati in causa anche dai *routine cases*, e osservando esce così fuori dal quadro la fuorviante immagine del giudice Hercules.

[182] F. CERRONE, *Sull'esperienza*, p. 981. È allora, ricorda l'A. riprendendo Capograssi, che l'esperienza giuridica si riduce a strumento, «mezzo per conseguire fini disparati», e cessa di essere «portatrice di una sua verità sul mondo e sulle cose, certo relativa nel senso di storicamente condizionata al proprio mondo, ma una sua verità» che la rende capace di «indicare agli esseri umani obiettivi che sono impliciti, compresi, nella medesima e varia composizione di un ordine giuridico». I concetti giuridici sono invece *concreti* quando «corrispondono a un pensiero legato all'esperienza attiva degli esseri umani». La concretezza dell'esperienza giuridica è «la sua inerenza a un concreto mondo di vita, di relazioni umane» di «rapporti umani» (p. 991).

[183] F. CERRONE, *L'attesa dell'attuazione costituzionale e la crisi della politica,* in *Dalla costituzione 'inattuata' alla Costituzione 'inattuale',* in *Quaderni fiorentini*, 103/2013, p. 87 ss., p. 100 e 101.

principi si intreccino e si mettano in dialettica, perché solo funzionando come regole di giudizio essi possono essere anche le regole pratiche della nostra convivenza civile.

7. *Postilla sul caso Trentini e il seguito delle sentenze Cappato*

La sentenza della Corte d'Assise di Massa, 27 luglio 2020 n. 994/17 (leggibile sul sito giurisprudenzapenale.com) sul caso Trentini ha finito poi, contrariamente a quanto si opinava nelle more (v. *supra,* nota 318), per dare attuazione al disposto della Corte costituzionale, ma spingendolo verso esiti tali, che di quel disposto, come di tutta la vicenda processuale del caso Cappato, evidenziano proprio gli aspetti più conturbanti, che nel saggio ho inteso tratteggiare. L'assoluzione viene disposta perché il fatto non sussiste con riferimento all'imputazione di istigazione al suicidio, tutte le prove deponendo per l'autonomia e la consapevolezza della decisione di Trentini per il suicidio; e perché il fatto non costituisce reato con riferimento alla agevolazione nell'esecuzione, in quanto, dice la Corte d'Assise, c'è un dubbio sulla sussistenza di una delle scriminanti poste dalla Corte costituzionale, e in particolare la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale. La sentenza si impernia dunque sul *favor rei.* L'iter argomentativo ha particolarità, che non possono non essere richiamate.

Intanto, l'elemento della dipendenza da trattamenti vitali emerge nel processo nell'ultima fare. Il caso di Trentini, anche davanti alla stampa, era raffigurato come diverso da quello di Antoniani perché Trentini, affetto da sclerosi multipla, afflitto da sofferenze indicibili, non dipendeva tuttavia da macchine. La difesa aveva del resto ipotizzato percorsi difensivi nuovi rispetto a quelli seguiti nel caso Antoniani (v. ancora *supra,* nota 318); tuttavia, nell'ultima udienza del processo, il consulente tecnico di parte Dr. Marco Riccio, ha affermato che, invece, Davide Trentini dipendeva da trattamenti di sostegno vitale, sia farmacologici, in quanto gli veniva somministrato un dosaggio di farmaci che non poteva essere diversamente calibrato, pena l'aumento delle sofferenze, sia meccanici, in quanto doveva essere aiutato manualmente a defecare, incombenza alla quale provvedeva la madre. Quest'ultima invero, rendendo la sua dettagliata deposizione nel dibattimento, non aveva fatto menzione di ciò. I giudici ritengono però di assumere per valida e attendibile la testimonianza *de relato* di

Riccio, e non dover disporre d'ufficio una nuova testimonianza della madre, che non viene richiesta nemmeno dalle parti.

Con questo, d'altro canto, non viene dimostrato che i trattamenti da cui Trentini dipendeva corrispondano a quei 'trattamenti vitali' di cui parla la sentenza della Corte; perciò la Corte d'Assise introduce il ragionamento, che è affiorato anche nelle cronache giornalistiche, secondo cui non bisogna confondere la specificità del caso su cui la Corte costituzionale si è pronunciata, quello di Antoniani, che viveva, come si dice, attaccato alle macchine, «con la *regula iuris*» che la Consulta «ha codificata». La Corte d'Assise va così oltre il rilevato dubbio sulla sussistenza della scriminante introdotta dalla Corte, dubbio che era sufficiente per l'assoluzione, per quanto creato artificialmente (e cioè rinunciando a sentire la madre), grazie alla non irrilevante alterazione della logica del processo rappresentata dall'attribuzione a una testimonianza *de relato* della funzione di sostituire il contraddittorio, cioè la formazione della prova in dibattimento. Essa si avvia a esprimere il proprio convincimento sul fatto che i trattamenti da cui Trentini dipendeva rientrano nella nozione di 'trattamenti di sostegno vitale' individuata dalla Corte costituzionale. Secondo la Corte d'Assise la *regula iuris* che la Corte ha codificata è la seguente: è un trattamento vitale ogni trattamento dalla cui interruzione derivi presto o tardi la morte del paziente. Il punto di riferimento della sentenza della Consulta è stata la legge sulle Dat, n. 219 del 2017, ragiona la Corte d'Assise. Dunque, poiché «qualsiasi tipo di trattamento» può essere rifiutato, a qualsiasi tipo di trattamento va applicata la scriminante per l'aiuto al suicidio (punto 15.2. della motivazione). In sostanza, la *regula iuris* posta dalla Corte costituzionale sarebbe l'affermazione del diritto all'eutanasia. Questa sembra invero una deduzione eccessiva, oppure l'inveramento di valenze implicite alla sentenza, che molta dottrina, lo abbiamo visto in precedenza, ha avvertito. Ragionando come fa Corte d'Assise, non vi è più alcuna differenza tra rifiuto delle cure e aiuto al suicidio, viene dunque meno l'autonomia del fenomeno (il rifiuto delle cure) che la legge 219 prende a oggetto e la *ratio* stessa di questa legge. Il rifiuto delle cure *quoad vitam* così come l'aiuto al suicidio, a dire il vero, vengono assorbiti nel generale diritto della persona di rifiutare le cure.

Sin qui, la Corte d'Assise dice che si tratta di compiere una analogia in *bonam partem*, permessa in materia penale e in particolare

con riguardo alle scriminanti «che sono espressione di principi generali e possono essere applicate in via analogica in quanto norme di favore per il reo», in quanto la situazione di Trentini è «simile» a quella descritta «nella fattispecie normativa che configura la scriminante» (e cioè nella sentenza della Corte). La conclusione cui la Corte d'Assise perviene è che una madre che aiuta il figlio a defecare *è* un trattamento di sostengo vitale. I giudici di Massa non esitano a esplicitare questa conclusione, su cui si dilungano. Sulla base delle testimonianze, dalle quali risulta che Trentini dipendeva da un'altra persona (che era la madre) «senza la quale non poteva sopravvivere», la Corte passa dall'equiparare a un trattamento di sostegno vitale ogni terapia dalla cui interruzione derivi presto o tardi la morte, all'equiparare a un trattamento di sostegno vitale «la dipendenza da un'altra persona».

La Corte d'Assise è molto convinta: «Il *punctum crucis* della questione è rappresentato dalla *dipendenza della persona da altri (siano essi cose o persone)* per il soddisfacimento di bisogni vitali»; essa ribadisce il concetto: «la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale equivale alla dipendenza della persona da altri per il soddisfacimento di bisogni vitali [come alimentarsi o defecare], siccome, in ambo i casi, l'individuo è dipendente da *qualcosa (una persona o una cosa)* (enfasi aggiunte) indispensabile a una funzione vitale; di qui l'evidenza della estrema similitudine tra le due situazioni [quella di chi dipende da una macchina e quella di chi dipende da una persona], onde la *eadem ratio* consente di ritenere il requisito in questione sussistente anche nel caso in esame in virtù di una interpretazione analogica». In sostanza la persona, per esempio come nel caso di specie la madre, che aiuta un'altra persona a vivere (nel caso di specie il figlio) è equiparata al *trattamento* a sottrarsi al quale osterebbe il divieto di aiuto al suicidio, se non vi fosse stata la sentenza della Corte costituzionale.

Forse la Corte d'Assise di Massa avrebbe potuto tener conto che la Corte costituzionale tiene *exceptae* dalle proprie argomentazioni le persone vulnerabili – che sono precisamente tutte quelle che dipendono da altre persone, e in generale le 'persone malate' – e per queste ultime tiene fermo il divieto di aiuto al suicidio. Ma non è questo che conta, quanto l'equiparazione tra cose e persone, tra l'essere attaccati a una macchina e l'essere sostenuti dalla relazione materna, o dalla relazione con altre persone, che la sentenza di Massa pone nell'affermare che la scriminante individuata dalla Corte è applicabile analogicamente dato

che nei due casi «l'identità di situazione è evidente perché in entrambi i casi il malato non è autonomo nei suoi bisogni vitali. In entrambe le situazioni la sopravvivenza del malato dipende direttamente da altri. In entrambi i casi, la vita non potrebbe proseguire senza il sostegno di altri». L'idea della persona come strumento sottesa alle teoriche dell'autodeterminazione, da cui germinò il 'caso Cappato' viene condotta ai suoi esiti naturali: l'equiparazione tra cose e persone. Che questa sia una conquista di civiltà penso si possa, e si debba, profondamente dubitare.

***

ABSTRACT: The essay argues that some of the much discussed outcomes of the Constitutional Court's decision on the 'Cappato case' can be explained by taking into account the strategic nature of the judicial proceeding from which it had originated; the point is developed by making special reference to the ancient *regulae iuris* and particularly to the *regula Nemo audiatur allegans turpitudinem suam.* The text is structured as follows: in Part I it is discussed the role of ancient maxims in legal knowledge and practice, and, referring mainly to the studies of, and on, Alessandro Giuliani, the reasons are argued in favour of a rediscovering of the maxims, as «constitutive principles of Law», in the constitutional interpretation; next, *Nemo audiatur* is called into play in order to explore the issue of *lis ficta.* In Part II the 'Cappato case' is analysed in detail, from the trial judgments to the Constitutional Court's ruling. Here it is shown how the *regulae iuris* offer insightful views for discussing both the theory of self-determination (and its fallacies) and some current uses of the human dignity concept. Conclusively, after a quick comparison with other recent decisions of the Constitutional Court, some additional considerations are made on why interpreting principles as *regulae*, and with *regulae*, could provide a degree of stability and effectiveness to constitutional principles, undermined instead by any instrumental conception of Law.

KEYWORDS: Italian Constitutional Court – Cappato case – *Regulae iuris* – *lis ficta* – self-determination

Silvia Niccolai – Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università di Cagliari, Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Facoltà di Scienze giuridiche, politiche ed economiche (niccolai@unica.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Ancora sui «fratelli minori» di Contrada. Il caso Genco e l'(in)efficacia *ultra partes* del giudicato di Strasburgo*

Alessandro Stiano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ragionamento della Corte di Cassazione nella sentenza *Genco*. – 3. Il mito della sentenza pilota e il problema delle violazioni strutturali: brevi cenni. – 3.1. Le violazioni strutturali c.d. invisibili e il caso *Contrada*. – 4. Il fondamento giuridico dell'obbligo di rimuovere il giudicato penale interno contrastante con la sentenza *Contrada*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Con decisione del 24 ottobre 2019 nel caso *Genco*[1], le Sezioni unite penali sono tornate a pronunciarsi sulla possibile estensione *ultra partes* degli effetti del giudicato della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, anche, Corte EDU o Corte europea), ossia sulla possibilità che una sentenza resa a Strasburgo incida anche sulla posizione di quei soggetti che versano nella medesima *situazione di fatto* del ricorrente vittorioso, ma che, non avendo adito tempestivamente la Corte europea, difettano della *qualità formale* di "parte processuale". Ebbene, mentre la stessa composizione della Cassazione nel caso *Ercolano* aveva risolto la questione in senso positivo[2], nel caso che ci occupa sono state invece raggiunte

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544.

[2] Si pensi al caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in *Scoppola c. Italia* (Corte EDU, 17 settembre 2009, ric. 10249/03, *Scoppola c. Italia*) e alla decisione della Suprema Corte nel caso *Ercolano* (Cass. penale, sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821). Sul punto si rimanda a D. Amoroso, *Sugli effetti ultra partes del giudicato di Strasburgo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, p. 7 ss.

conclusioni diametralmente opposte. All'origine dell'intera vicenda vi è la nota decisione della Corte europea nell'affare *Contrada*[3].

Come è noto, in quella occasione la Corte aveva constatato la mancanza, all'epoca dei fatti contestati (*ante* 1994), di una interpretazione consolidata della norma incriminatrice alla base della sentenza di condanna; a suo avviso, infatti, l'approccio dei giudici italiani per cui il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sarebbe *sempre* stato ricavato dal combinato disposto degli artt. 110[4] e 416-*bis*[5] c.p. non rispondeva al vero, visto che una soluzione del genere era stata seguita dalla Cassazione in modo inequivoco solo a partire dal caso *Demitry* del 1994[6]. Per la Corte EDU, dunque, la condanna inflitta al ricorrente (il sign. *Contrada*) contrastava palesemente con il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, ossia con la norma secondo cui «nessuno può essere condannato per un'azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale».

Ora, riprendendo, come meglio si vedrà nel seguito del lavoro, argomenti già sviluppati dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza

---

[3] Corte EDU, 14 aprile 2015, ric. 66655/13, *Contrada c. Italia*. I contributi in dottrina sono molteplici qui si segnalano, *ex multis*, F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte* EDU, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2015; S. Civello Conigliaro, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso*, *ibid.;* 2015; O. di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, *ibid.,* 2015; S. Giordano, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Archivio penale*, 2015, p. 1 ss.; V. Maiello, *La Consulta e la Corte EDU attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1019; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. Pen. Contem.,* 2015, p. 46.

[4] L'articolo 110 del codice penale, rubricato «pena per coloro che concorrono nel reato», stabilisce che «[q]uando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti».

[5] L'articolo 416 *bis*, rubricato «associazione di tipo mafioso», dispone che «[c]hiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da tre a sei anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da quattro a nove anni (…)».

[6] Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16.

n. 49 del 2015[7], il giudice di legittimità ha escluso l'efficacia *ultra partes* della sentenza *Contrada*, sul duplice presupposto che non possa ritenersi espressione i) di un orientamento giurisprudenziale consolidato ii) né tanto meno di una sentenza pilota in senso stretto, non rilevandosi nel dispositivo alcuna carenza strutturale dell'ordinamento italiano a cui porre rimedio per il tramite di una

[7] Cfr. Cost., 14 gennaio 2015, n. 49. Questa sentenza è stata al centro di un ricco dibattito dottrinale. Tra i numerosi commenti v. D. Russo, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it., 2, 2015; F. M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo o presunto tale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio sulle fonti,* 1/2020.; P. Rossi, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in Osservatorio costituzionale, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 2015; R. Conti, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in Consulta Online, disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 1, 2015, p. 181 ss.; N. Colacino, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in Ordine internazionale e diritti umani, 2015, p. 555 ss.; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 400 ss.; S. Sonelli, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali nella giurisprudenza «trial and error» della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1155 ss.; G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 7 dicembre 2015; G. Calafiore, *L'attuazione dello schema delle sentenze gemelle si aggrava con la sentenza n. 49 della Corte costituzionale del 26 marzo 2015*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 421 ss.; A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it., 10, 2015; G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2/2015, p. 303; M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, ibid., 2015, p. 289 ss.; D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, ibid., p. 318 ss.; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, ibid., p. 325; F. Viganò, *La consulta e la tela di Penelope*, ibid., p. 333 ss.

riforma di carattere generale; a suo avviso, infatti, l'unica questione emersa nel giudizio si limitava a quella *specifica* della (non) conformità al principio di legalità *ex* art. 7 CEDU delle condanne per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti anteriori al 1994.

Muovendo da queste premesse, nelle pagine che seguono svolgeremo alcune riflessioni in merito alle questioni di diritto internazionale emerse nel caso *Genco*, con specifico riguardo al fondamento dell'efficacia *ultra partes* del giudicato di Strasburgo. Sul punto proveremo a dimostrare che, sebbene evidentemente la sentenza *Contrada* non sia qualificabile come una sentenza pilota in senso stretto, per le sue caratteristiche sostanziali essa possa in ogni caso esplicare i suoi effetti anche nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente vittorioso a Strasburgo, giacché rientrerebbe nel novero di quelle decisioni che disvelano violazioni strutturali c.d. *invisibili* del diritto interno. In altre parole, si tratta di violazioni del dato convenzionale che risultano da un malfunzionamento complessivo dell'ordinamento interno che non sono «rilevate *ex professo* nella motivazione o nel dispositivo della sentenza [di Strasburgo], ma [sono] implicite nell'accertamento ivi contenuto»[8]. Sarà esclusa dalla trattazione – vista la maggiore attinenza alla materia processualpenalistica – la tematica relativa all'individuazione degli eventuali strumenti processuali azionabili dal ricorrente[9].

A questo fine, dopo un'analisi dettagliata della decisione in commento (par. 2), accenneremo alla procedura di sentenza pilota e al

[8] A. Saccucci, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018, p. 43.

[9] La questione – nonostante sia stata ampiamente oggetto dell'ordinanza di rimessione della VI sezione penale – non è stata affrontata in modo specifico dalla Sezioni Unite. In breve, si tratta di individuare quale strumento processuale sia utilizzabile (astrattamente) dai terzi che vogliono avvalersi di quanto statuito nella sentenza *Contrada*. Più nel dettaglio, i dubbi palesati dalla sezione rimettente attengono alla possibilità di utilizzare lo strumento della c.d. revisione europea, istituto "creato" dalla Corte costituzionale con sentenza n. 113 del 2011, posto che il ricorso all'incidente di esecuzione è da ritenersi, sulla base dei criteri della sentenza *Ercolano*, ammissibile nei soli casi in cui la rimozione della violazione non richieda alcuna attività ricognitiva del giudice dell'esecuzione. Sul punto si rimanda, tra gli altri, a S. Bernardi, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema penale*, 2020; D. Amoroso, *op.cit.*, p. 7 ss.

problema delle violazioni strutturali degli ordinamenti interni (par. 3). Successivamente, muovendo dalla prassi della Corte EDU, metteremo in luce l'esistenza di una diversa categoria di sentenze che, ancorché non qualificabili come «pilota in senso stretto», denotano allo stesso modo una violazione strutturale c.d. invisibile del diritto interno. Attraverso questa categoria poi proveremo a qualificare la sentenza *Contrada* in modo diverso da quanto fatto dalla Cassazione (par. 3.1). D'altra parte analizzeremo il fondamento giuridico dal quale si potrebbe tentare di far discendere l'obbligo per lo Stato italiano di dare esecuzione alla sentenza *Contrada* (par. 4). Infine verranno offerte alcune considerazioni conclusive (par. 5).

2. *Il ragionamento della Corte di Cassazione nella sentenza* Genco

Nella sentenza *Genco*, come anticipato, le Sezioni unite – dopo aver preso atto dell'esistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali, così come evidenziati nell'ordinanza di rimessione della VI sezione penale della stessa Cassazione[10] – hanno anzitutto affermato che il ricorrente non possa direttamente invocare in proprio favore gli obblighi di conformazione al giudicato di Strasburgo di cui all'art. 46 CEDU[11], non essendo stato parte del giudizio al cui esito è stata pronunciata la sentenza *Contrada*[12].

Ciò posto, la Corte ha dunque verificato la sussistenza delle condizioni che avrebbero legittimato l'applicazione *ultra partes* della sentenza *Contrada*, ossia la configurabilità di una violazione dell'art. 7 CEDU in tutti quei casi di condanna per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per fatti avvenuti in epoca anteriore al 1994. A tal fine le Sezioni unite hanno rilevato che nel sistema convenzionale l'estensione degli effetti di una pronuncia di condanna ai casi non specificamente oggetto di giudizio è regolata dall'art. 61 del regolamento della Corte. Tale disposizione, concernente le c.d.

[10] Cass. pen., sez. VI, ord. 22 marzo 2019, n. 21767.

[11] L'art. 46 CEDU, rubricato «forza vincolante ed esecuzione delle sentenze», al paragrafo 1 stabilisce che «[l]e Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti».

[12] Corte di cassazione, *Genco*, cit., punto 4.2 del considerato in diritto.

sentenze pilota, ossia i casi in cui la sentenza stessa segnali l'esistenza di un problema strutturale o sistemico all'interno dello Stato, sancisce che, in queste ipotesi, l'obbligo di adeguamento assume rilevanza anche per tutti coloro che subiscono una identica violazione, sicché tale obbligo travalica la posizione del singolo coinvolto nel caso risolto e investe tutti quelli caratterizzati dalla sussistenza di una medesima situazione[13].

Il ragionamento delle Sezioni unite si articola poi sulla scorta del *decisum* della Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015. Quest'ultima, come si è già anticipato, ha riconosciuto una generale portata vincolante unicamente alle sentenze pilota della Corte di Strasburgo, alle decisioni che si inseriscono in un orientamento giurisprudenziale consolidato e a quelle che assumono un valore generale e di principio[14]. Sul punto, la sentenza in commento ha precisato, sempre sulla base della giurisprudenza costituzionale, come il giudice comune, pur non potendosi sostituire alla Corte EDU nella interpretazione delle disposizioni della Convenzione, non sia un mero esecutore o recettore passivo del comando contenuto nella pronuncia del giudice europeo[15]. Egli, al contrario, dispone di un margine di apprezzamento del significato e delle conseguenze della pronuncia della Corte EDU non sussistendo «nessun obbligo [di interpretazione conforme] a fronte di pronunce che non siano espressioni di un orientamento oramai divenuto definitivo»[16].

---

[13] Sul punto invero si trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha più volte affermato il principio secondo cui «quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie». Cfr., *ex multis*, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 147; Grande Camera, sentenza 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, punto 119; Grande Camera, sentenza 8 aprile 2004, Assanidzè c. Georgia, punto 198.

[14] Cost., 14 gennaio 2015, n. 49; Cost. 19 luglio 2011, n. 236.

[15] Cfr. pagina 17 della sentenza annotata.

[16] Cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 del considerato in diritto. La stessa Consulta, consapevole delle difficoltà del singolo interprete di riconoscere nel contesto della giurisprudenza europea un orientamento contrassegnato da adeguato consolidamento, ha individuato una serie di criteri negativi da impiegare a tal fine: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni

Ebbene, secondo le Sezioni unite la strada da seguire è proprio quella tracciata dalla Consulta, a nulla rilevando quanto affermato dalla Corte di Strasburgo in occasione della sentenza *G.I.E.M. e altri c. Italia*, ove la Grande Camera si è mostrata in aperto dissenso rispetto al principio statuito dalla sentenza 49/2015 in ragione del fatto che le pronunce della Corte Europea «hanno tutte lo stesso valore giuridico e la loro autorità interpretativa non [può] pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate»[17]. A parere del supremo consesso, i giudici di Strasburgo non hanno colto l'essenza del principio enunciato dalla Consulta, il quale non appare finalizzato a eludere l'obbligo di dare piena attuazione alle sentenze della Corte EDU, ma piuttosto a introdurre un criterio prudenziale a fronte di quegli orientamenti che sono suscettibili di mutamento. A conferma di ciò, la Cassazione ha rilevato che proprio la sentenza *G.I.E.M e altri,* in materia di confisca urbanistica si è discostata dal proprio precedente in *Varvara*[18].

Sulla base di tali presupposti, le Sezioni unite hanno escluso che la sentenza *Contrada* rientri nello schema formale della sentenza pilota

---

dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». La ricorrenza di tutti o di alcuni di questi indici svincola in giudice comune dal dovere di osservanza della linea interpretativa adottata dai Giudici di Strasburgo nella risoluzione della singola fattispecie concreta.

[17] Corte EDU, 28 giugno 2018, ric. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, *G.I.E.M. e altri c. Italia.* Su cui si veda, tra gli altri, il commento di A. Ruggeri, *Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione, nella opinione di P. Pinto de Albuquerque in G.I.E.M. e altri c. Italia*, in questa rivista, 2020, p. 126 ss.; D. Greco, *Confisca urbanistica in assenza di previo accertamento della responsabilità penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 1825 ss.

[18] In effetti, mentre nella sentenza *Varvara* (Corte EDU, 29 ottobre 2013, ric. 17475/09, *Varvara c. Italia*) i giudici di Strasburgo sembravano aver desunto dall'art. 7 CEDU la necessità che la confisca urbanistica di cui all'art. 44 co. 2 Testo Unico Edilizia venisse applicata solo a seguito di una sentenza di condanna, la Grande Camera nella sentenza *G.I.E.M.* ha chiarito che è sufficiente l'accertamento della responsabilità penale dell'individuo, pur se in assenza di una formale condanna. Cfr. sul punto S. BERNARDI, *op.cit.*, nota 18.

e che sul piano contenutistico essa contenga l'affermazione esplicita della natura generale della violazione riscontrata (né che essa si inserisca in un filone giurisprudenziale consolidato)[19]. Non risultano, a parere della Cassazione, ulteriori decisioni di accoglimento di ricorsi proposti da soggetti condannati dallo Stato italiano per la identica fattispecie di reato[20].

Senonché, a noi pare che – proprio in merito alla qualificazione sostanziale della sentenza *Contrada* – qualche ulteriore e differente considerazione avrebbe potuto essere svolta, soprattutto con riferimento alla natura delle violazioni in essa contenute.

3. *La «sentenza pilota» e il problema delle violazioni strutturali: brevi cenni*

Secondo la Corte costituzionale, una sentenza pilota costituisce indicazione di una violazione strutturale del sistema giuridico interno, facendo sorgere in capo allo Stato (attraverso i suoi giudici) un obbligo conformativo, nonché (in capo al legislatore) il vincolo di predisporre misure idonee a sanare la problematica individuata dai giudici di Strasburgo[21].

Nella prassi della Corte europea, le c.d. sentenze pilota[22] – dal 2011 espressamente disciplinate dal già richiamato art. 61 del

[19] Cfr. p. 21 della sentenza annotata.

[20] Sul punto, invero, va rilevato che di recente la Corte EDU ha dichiarato ammissibile il ricorso presentato dall'ex senatore Vincenzo Inzerillo.

[21] Cfr. Cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 del considerato in diritto.

[22] Com'è noto, con la sentenza *Broniowski* la Corte europea dei diritti dell'uomo ha indicato le condizioni necessarie affinché una violazione possa dirsi strutturale e così dar luogo alla procedura di sentenza pilota. La Corte al paragrafo 189 della citata sentenza ha affermato «che i fatti di causa rivelano l'esistenza nell'ordine giuridico polacco di una manchevolezza, in conseguenza della quale una intera categoria di persone si è vista, o tuttora si vede, privata del rispetto dei propri beni» e che «le lacune del diritto e della prassi interna rivelatasi nello specifico caso possono dar luogo in futuro a numerosi ricorsi fondati». Sul punto si veda più diffusamente V. Zagrebelsky, *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 12 ss.; F.M. Palombino, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 91 ss.

Regolamento della Corte stessa[23] – rappresentano lo strumento attraverso il quale i giudici di Strasburgo indicano allo Stato parte della controversia le misure «di sistema» che andrebbero adottate per evitare il ripetersi delle medesime violazioni in casi analoghi[24].

La peculiare tipologia della procedura in esame comporta che la sentenza dispieghi delle più ampie conseguenze in quanto il dovere di introdurre rimedi di carattere generale consente la risoluzione di tutti gli altri ricorsi pendenti relativi alla medesima violazione. L'esecuzione della sentenza pilota, quindi, risolvendo il problema strutturale evidenziato dai giudici di Strasburgo, contribuisce a soddisfare le ragioni di altri ricorrenti[25].

Tuttavia, se è vero che l'adozione della procedura di sentenza pilota è indicativa di una violazione strutturale, a noi pare che violazioni strutturali possano comunque essere rilevate dalla Corte EDU anche in assenza di una sentenza pilota. Ed è esattamente ciò che è accaduto regolarmente sia prima sia dopo il 2011 (l'anno di adozione dell'art. 61 del regolamento).[26].

Nessuno può negare, ad esempio, che sentenze come *Sejdovic*[27] o *Scordino*[28], sebbene non qualificabili come «pilota in senso stretto»,

---

[23] Secondo il paragrafo 1 del citato articolo «1. La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi».

[24] A. Pagliano, *I fratelli minori e l'applicazione conforme delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa delle Sezioni unite*, in *Archivio Penale*, 2019.

[25] *Ibidem.*

[26] A. Saccucci, *op.cit.*, p. 34

[27] Nel caso di specie la Grande Camera ha specificato che «the unjustified obstacle to the applicant's right to a fresh determination by a court of the merits of the charges against him appears to result from the wording of the provisions of the CCP in force at the material time on the conditions for applying for leave to appeal out of time. This might suggest that there was a defect in the Italian legal system such that anyone convicted *in absentia* who had not been effectively informed of the proceedings against them could be denied a retrial». Cfr. Corte EDU, 1 marzo 2006, ric. 56581/00, *Sejdovic c. Italia*, par. 121.

[28] Secondo i Giudici di Strasburgo « (…) Emphasising that the improvement of remedies at national level, particularly in respect of repetitive cases, should also

abbiano evidenziato violazioni strutturali dell'ordinamento italiano, provocando l'adozione di strumenti generali, anche non strettamente di carattere legislativo, volti a prevenire possibili e future violazioni. Le sentenze in questione, definite come «quasi pilota»[29], rilevano solo in motivazione l'esistenza di una violazione strutturale della Convenzione e fondano sull'obbligo degli Stati contraenti di conformarsi alle decisioni della Corte così come stabilito nell'art. 46, par. 1 CEDU, la necessità che gli Stati adottino misure di carattere generale al fine di rimuovere le cause della violazione all'interno dei propri ordinamenti e di evitare così il ripetersi di violazioni analoghe[30].

Oltre alle categorie così identificate, a noi sembra peraltro che, come già rilevato da attenta dottrina[31], sia possibile individuare una terza e ulteriore tipologia di sentenze riguardanti violazioni strutturali della CEDU che, probabilmente, poteva essere di ausilio al ragionamento della Cassazione nel caso *Genco*.

3.1. *Le violazioni strutturali c.d. invisibili e il caso* Contrada

Alcune pronunce della Corte EDU, pur implicitamente rilevando un malfunzionamento sistemico dell'ordinamento giuridico statale, non contengono un esplicito accertamento della natura

---

contribute to reducing the workload of the Court, the Committee of Ministers recommended that member States review, following Court judgments which point to structural or general deficiencies in national law or practice, the effectiveness of the existing domestic remedies and, "where necessary, set up effective remedies, in order to avoid repetitive cases being brought before the Court"». Cfr. Corte EDU, 29 marzo 2007, ric. 36813/97, *Scordino c. Italia*, par. 232.

[29] Si veda in particolare Leach, Hardman, Stephenson, *Blitz, Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot Judgments of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level,* Oxford, 2010, p. 24.

[30] È noto oramai che la Corte a partire dal caso *Scozzari e Giunta* ha costantemente affermato che l'obbligo conformarsi alle sentenze definitive sancito dall'art. 46, par. 1, CEDU « imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects». Cfr. Corte EDU, 13 luglio 2000, ric. 39221/98 e 41963/98, *Scozzari e Giunta c. Italia*, par. 249.

[31] A. Saccucci, *op.cit.*, *passim.*

strutturale della violazione e non formulano alcuna indicazione in merito alla eventuale necessità di adottare misure rimediali generali. Tale tipologia di sentenze è stata definita in dottrina come indicativa di violazioni strutturali «invisibili», cioè violazioni non rilevate nella motivazione o nel dispositivo, ma implicite nell'accertamento ivi contenuto[32].

L'esistenza di questa categoria di sentenze è ricavabile da diversi elementi. Anzitutto è possibile richiamare la prassi degli stessi organi convenzionali e, in particolare, quella del Comitato dei ministri, in sede di controllo sull'esecuzione delle sentenze. Il Comitato non ha mai esitato – pur in assenza di indicazioni esplicite all'interno delle sentenze – a indicare la natura strutturale del problema alla base della violazione rilevata dalla Corte e ad imporre allo Stato responsabile l'adozione di misure generali volte a rimuovere le cause strutturali della violazione e a prevenire il ripetersi di violazioni simili[33]. Il Comitato stesso, inoltre, ha previsto una procedura di «controllo rafforzato» non soltanto per le sentenze pilota o quasi-pilota, ma anche per tutte le sentenze che rilevano problemi particolarmente complessi o strutturali dell'ordinamento interno di uno Stato (definite *leading cases)*[34] con ciò di fatto confermando l'esistenza della categoria di sentenze qui in discussione.

---

[32] *Ibidem*, p. 43.

[33] Ciò vale anche dopo l'adozione della Risoluzione (2004) 3, adottata il 12 maggio 2004, con cui il Comitato invitava la Corte EDU ad individuare nelle sentenze le violazioni strutturali indicando espressamente il problema e, laddove possibile, le ragioni dello stesso in modo da aiutare lo Stato a trovare la soluzione appropriata e lo stesso Comitato a controllare l'esecuzione delle sentenze. Sul punto si veda C. Sanna, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, 2008, p. 91 in particolare la nota n. 41. Più in generale sul pacchetto di misure complementari al Protocollo 14 si veda B. Nascimbene, *Violazione "strutturale", violazione "grave" ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 645 ss.

[34] *Ibidem*, p. 44. Con la decisione del 14-15 settembre 2010 (CM7Inf7DH (2010) 37), approvata dai delegati ministeriali, viene istituita una nuova procedura c.d. *twin-track* per la supervisione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale procedura di controllo rafforzato consiste nella richiesta allo Stato responsabile di presentare un piano di azione o dei rapporti di azione in cui devono esser indicate le misure generali che lo stesso intende adottare sia per risolvere il problema sistemico sia per prevenire il verificarsi di violazioni future dello stesso

D'altronde è stata proprio la nostra Cassazione a dare atto dell'esistenza di sentenze della Corte EDU capaci di individuare delle violazioni strutturali interne anche in assenza della formale attivazione della procedura di sentenza pilota. Si pensi, ad esempio, alla sentenza *Ercolano* con cui la Corte di cassazione ha affermato che la sentenza *Scoppola*, sebbene non fosse una sentenza pilota in senso stretto o quasi-pilota, ne presentasse i connotati sostanziali, in quanto «pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenzia comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale»[35]. In quella occasione, come è noto, anche la Consulta[36] aveva sancito la possibilità di estendere il *dictum* europeo contenente una regola di giudizio di portata generale al di là delle rigide classificazioni formalistiche legate

tenore. Per la prassi del Comitato dei ministri in materia si veda *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, 13th Annual Report of Committee of Ministers*, Strasburgo, 2019, *passim*; più in generale si veda B. Çalı, A. Koch, *Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 301 ss.

[35] Più nel dettaglio le Sezioni unite specificavano che «di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato rimedio di cui all'art. 34 (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione, non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale (…) La sentenza della Corte EDU, G.C., 17/09/2009, Scoppola c. Italia, che viene in rilievo nel caso in esame, presenta i connotati sostanziali di una , in quanto, pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenzia comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale dovuto alla non conformità rispetto alla CEDU dell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000 nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza interna». Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 19 aprile 2012, n. 34472, *Ercolano*, n. 2 e 3 del considerato in diritto. Sul punto si veda R. Greco, *Le sentenze "pilota" della Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia* ultra partes?, in *Processo penale e giustizia,* 2015, p. 108.

[36] Corte Costituzionale, sentenza del 18 luglio 2013, n. 210, p. 2928 ss. Sul punto si veda E. Aprile, *Le pronunce della Consulta hanno definito gli effetti della sentenza di Strasburgo sul 'caso Scoppola'*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 4388 ss.; M. Gambardella, *L'intervento della Corte Costituzionale sui 'casi analoghi' a quello deciso dalla Corte europea 'Scoppola'. Un'ulteriore conferma del rango di diritto fondamentale del principio di retroattività della 'lex mitior'*, in *Legislazione penale*, 2013, p. 1097 ss.

alla tipologia della sentenza[37]. In proposito, il mancato esperimento del rimedio *ex* art. 34 CEDU[38] e l'assenza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non avevano ostacolato un intervento di eliminazione della situazione di illegalità convenzionale a favore dei «fratelli minori» di *Scoppola*, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da considerarsi recessivo a fronte della violazione del diritto fondamentale della libertà della persona[39]. In questo modo, le Sezioni unite sembrano aver consentito l'applicabilità dei principi espressi nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in un novero di casi ulteriore di quanto previsto dalla successiva sentenza 49/2015[40]. Se da un lato la successione temporale di queste decisioni potrebbe farci pensare che la pronuncia costituzionale abbia inteso limitare quanto previamente deciso dalla Cassazione, dall'altro lato proprio la sentenza 49/2015, come rilevato in dottrina[41], nell'affermare che è sempre possibile tenere conto delle circostanze del caso concreto, non sembra voler limitare ad un elenco predefinito di casi la vincolatività *ultra partes* del giudicato di Strasburgo.

Se quindi non può escludersi l'esistenza di una violazione strutturale accertabile dalla Corte EDU, appare ora necessario interrogarsi sulla possibile utilità di tale categoria in ordine alla qualificazione della sentenza *Contrada*. Questione alla quale, come anticipato, ci sembra di dover rispondere positivamente.

---

[37] Così, si veda P. Maggio, *La prevedibilità 'col vestito di carta': le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n.3*, in *Cassazione penale*, 2020, p. 2305-2306.

[38] L'art. 34, rubricato «ricorsi individuali», stabilisce che «[l]a Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto»

[39] P. Maggio, *La prevedibilità 'col vestito di carta': le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n.3*, cit.,

[40] Sul punto si rimanda, tra gli altri, a S. Bernardi, *op.cit.* D. Amoroso, *op.cit.*; G. Calafiore, *Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo* versus *giudicato penale: il* discrimen *fra violazioni procedurali e sostanziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 723 ss.

[41] F. M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo o presunto tale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

Come già sostenuto in dottrina, infatti, non pare che per valutare l'eventuale individuazione di una violazione strutturale da parte della Corte EDU sia sufficiente fermarsi al dato «formale» delle sentenze emesse a Strasburgo[42]. In altre parole, è dall'esegesi della parte motivazionale della decisione che è possibile comprendere se una determinata violazione sia episodica oppure se derivi da un difetto di carattere generale dell'ordinamento interno. Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, non sono mancate sentenze dalle quali è possibile desumere – al di là della loro qualificazione formale – la natura innegabilmente strutturale di diverse violazioni accertate dalla Corte EDU[43]. Si pensi, ad esempio, oltre alla già citata vicenda *Scoppola*, alla decisione relativa al caso *De Tommaso*, ove la Corte ha concluso che alcune disposizioni della legge n.1423/1956[44] erano

[42] Si veda A. Saccucci, *op.cit.*, p. 46; M. Scheinin, *International Mechanism and Procedures for the Implementation*, in R. Hanski-M. Suski (eds.) *An Introduction to the international Protection of Human Rights. A Textbook*, Turku, 1999, p. 443.

[43] Per una disamina dettagliata si rimanda a A. Saccucci, *op.cit.*, p. 47-50. Secondo altra parte della dottrina (v. S.M. Mori) un'altra ipotesi di violazione strutturale non espressamente prevista all'interno della motivazione è quella rinvenibile nella sentenza *Brazzi c. Italia*. Nella fattispecie, detta pronuncia non contiene, né nel dispositivo, né nella motivazione, un espresso riferimento alla necessità di introdurre rimedi generali a una violazione strutturale. La Corte evidenzia come la previsione di una verifica successiva alla perquisizione da parte di un giudice possa compensare l'assenza di un controllo *ex ante* sull'operato del pubblico ministero; nel caso di specie tale controllo successivo non era previsto, in quanto l'ordinamento italiano non consente la verifica giurisdizionale in assenza di sequestro. E, nel respingere l'eccezione del Governo in tema di ricevibilità, la Corte precisa: «*per quanto riguarda la posta in gioco oggettiva della causa, la Corte rileva che quest'ultima riguarda l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di un efficace controllo giurisdizionale rispetto a una misura di perquisizione, ossia una questione di principio importante sia a livello nazionale che sul piano convenzionale*» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. del 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, par. 28). Sicché secondo parte della dottrina l'aspetto strutturale della violazione si annida nel giudizio prodromico di ricevibilità. Cfr. M.S. Mori, *"Fratelli minori" di Contrada e le possibili conseguenze nei rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo: note a margine di SS.UU. n. 8544 24.10.2019-3.3.2020*, in *Giustizia insieme*, 2020, consultabile all'indirizzo www. giustiziainsieme.it.

[44] La citata normativa legifera in materia di misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità. Per il testo completo si rimanda a Legge 27 dicembre 1956, n. 1423 in *Gazzetta Ufficiale* n. 327 del 31.12.1956.

formulate in termini vaghi ed eccessivamente ampi e pertanto non soddisfacevano i requisiti di prevedibilità imposti dall'art. 2 del Protocollo n. 4 in tema di restrizioni alla libertà di movimento[45].

Ebbene, a noi pare che anche la decisione relativa al caso *Contrada*[46] possa rientrare nel novero di queste sentenze; a sostegno di questa affermazione è possibile richiamare almeno due elementi.

In primo luogo, una lettura attenta della parte motivazionale della sentenza ci spinge verso questa direzione. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, il reato di concorso esterno in associazione mafiosa «è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza *Demitry*. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti»[47]. In altre parole, secondo la Corte EDU, la sentenza *Contrada* ha inteso censurare *tout* court la qualità della base legale della norma incriminatrice e della pena, giacché anteriormente al 1994 il reato di concorso esterno in associazione mafiosa non era sufficientemente chiaro e prevedibile al fine di soddisfare il principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU[48].

---

[45] Cfr. Corte EDU, 23 febbraio 2017, ric. 43395/09, *De Tommaso c. Italia*, par. 110-125.

[46] Negli stessi termini si veda A. Saccucci, *op.cit.*, p. 48; M. S. MORI, *op.cit.* In termini simili si veda altresì F. Cappelletti, *Per le Sezioni Unite la sentenza Contrada c. Italia (n. 3) della Corte EDU non dispiega i suoi effetti erga omnes: i "fratelli minori" restano in attesa di riconoscimento da Strasburgo*, in *Giurisprudenza Penale Web,* 2020, p. 14.

[47] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Contrada*, cit. par. 74.

[48] Secondo la lettera dell'art. 7, nella sua formulazione inglese, «1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. 2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations»

D'altra parte è possibile fare riferimento alla prassi del Comitato dei ministri sul monitoraggio dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per quanto attiene al caso *Contrada*, in particolare, il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze, dopo aver classificato la pronuncia *Contrada* come *leading case*, ha attivato la procedura di «controllo rafforzato», chiedendo informazioni al governo italiano sullo stato di adozione di misure a carattere generale capaci di rimuovere la violazione riscontrata[49]. Secondo il Comitato, quindi, la pronuncia *Contrada* sottende la presenza di una violazione strutturale da parte dello Stato italiano in merito al reato di concorso esterno in associazione mafiosa.

Di questa possibilità, tuttavia, non viene dato atto nella sentenza annotata. Il giudice di legittimità, invero, pare prediligere il solo dialogo con la Corte costituzionale piuttosto che confrontarsi direttamente con le pronunce della Corte EDU[50]. Ne è testimonianza la meticolosa ricostruzione dei parametri enunciati dalla Corte costituzionale e la poca attenzione rivolta all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea.

Senonché, anche in relazione a questo aspetto il Supremo consesso sembra aver colto solo parzialmente l'intenzione della

[49] Il Comitato dei ministri, nella sua attività di controllo dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, può adottare due distinte procedure una *standard* e l'altra *rafforzata*. La prima riguarda, di regola, tutti i casi decisi dalla Corte europea; la seconda, invece, ha un carattere residuale e può essere attivata nel caso di sentenze che richiedono, tra l'altro, l'adozione di misure individuali urgenti, le sentenze pilota, le sentenze che rilevano un problema strutturale ed i ricorsi interstatali. Il controllo rafforzato quindi è riservato a quei casi che richiedono un'attenzione particolare da parte del Comitato. In merito alla sentenza *Contrada,* oltre alla prassi del Comitato dei ministri, in dottrina si veda, tra gli altri, S. Bernardi, *Troppe incertezze in tema di "fratelli minori": rimessa alle sezioni unite la questione dell'estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2019. In linea generale, sull'attività del Comitato dei ministri si veda C. Zanghì, *L'esecuzione della sentenza Mammadov c. Azerbaijan: il primo rinvio del comitato dei ministri alla Corte EDU ex art. 46.4,* in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 7 ss.; M. Fori, *L'esecuzione delle sentenze nel sistema convenzionale: profili teorici e pratici*, in *Questione giustizia*, 2017.

[50] Sul tema generale del dialogo tra Corti, la bibliografia è immensa, si veda A. Ridolfi, *Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti*, in *Rivista AIC*, 2016 e la bibliografia nella nota n.2.

Consulta. A ben vedere infatti i criteri indicati nella sentenza n. 49/2015 non hanno un carattere esclusivo, ma svolgono piuttosto una funzione indicativa. Il percorso logico giuridico delle Sezioni unite, invece, come più volte ribadito, riposa esclusivamente sul *dictum* della Consulta senza preoccuparsi di analizzare nel dettaglio la sentenza europea e quindi soffermarsi sulle caratteristiche specifiche del caso concreto. In altre parole, a noi pare che il Supremo consesso abbia deciso di adottare un approccio «formalista» piuttosto che concentrarsi sugli aspetti «sostanziali» che la vicenda *Contrada* ha messo in luce.

A conferma della visione parziale messa in atto dalle Sezioni unite è utile pensare ai possibili stimoli interpretativi che le Sezioni unite avrebbero potuto trarre dalle linee guida scandite dalla Consulta nella vicenda Scoppola e dal Supremo consesso nella vicenda *Ercolano*. Seguendo il solco così tracciato, la sentenza *Genco* sarebbe potuta andare oltre la natura di sentenza pilota e cogliere la dimensione generale e sistemica della violazione espressa nella sentenza *Contrada* in tema di imprevedibilità del concorso esterno, fornendo una maggiore tutela nei confronti dei «fratelli minori» del ricorrente vittorioso.

Così stando le cose, va da sé che una diversa qualificazione della sentenza *Contrada* nei termini sopra esposti determinerebbe la estensibilità degli effetti anche nei confronti di quei soggetti che non hanno direttamente adito la Corte di Strasburgo, garantendo la recessione del giudicato di fronte alla violazione della legalità convenzionale della pena.

4. *Il fondamento giuridico dell'obbligo di rimuovere il giudicato penale interno contrastante con la sentenza* Contrada

Una volta (ri)qualificata la sentenza Contrada come proposto nel paragrafo precedente, è forse il caso di chiedersi quale possa essere il fondamento giuridico dell'obbligo di rimuovere il giudicato interno contrastante con una pronuncia della Corte EDU.

Nella decisione in commento, come visto, le Sezioni unite hanno affermato che tale obbligo non possa derivare dall'art. 46 CEDU.

La norma impone agli Stati soccombenti in giudizio di conformarsi alle sentenze dei giudici di Strasburgo, lasciando prevalere sul giudicato nazionale la primaria esigenza di porre rimedio alle violazioni dei diritti e delle libertà degli individui[51]. D'altronde sul punto sia il nostro giudice costituzionale sia quello di legittimità concordano[52].

Tuttavia, dalla medesima norma discende non solo un obbligo di esecuzione in capo agli Stati rispetto ai soggetti vittoriosi (misure individuali) ma anche – laddove si tratti di una sentenza che metta in luce problemi strutturali o sistemici dell'ordinamento interno – un dovere per lo Stato di adottare misure generali per prevenire violazioni analoghe. E in effetti in questa direzione si è posta parte della dottrina[53], nonché la giurisprudenza internazionale[54] e interna[55].

---

[51] A. Esposito, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Archivio penale*, 2018, p. 34.

[52] Ne sono chiara espressione, tra le altre e rispettivamente, Cass. pen., sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, Cass. pen. Sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800 e Cost., 19 luglio 2011, n. 113.

[53] Sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea, si veda, tra gli altri, E. Mas, *Right to Compensation Under Artiche 50*, in R. St. J. Macdonald – F. Matscher – H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of the Human Rights*, Dordrecht, 1993, p. 775 ss.; J. Polakiewicz, *The Status of the Convention in National Law*, in R. Blackburn, J. Polakiewicz (eds.), *The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights*, Oxford, 2001, p. 55 ss.; P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, *passim;* G. Raimondi, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo negli affari di cui sono parti: l'articolo 46, primo comma della CEDU*, cit., p. 39 ss. Anche la dottrina penalistica sembra orientarsi in questa direzione, si veda, in tal senso, R. Conti, *Il rilievo della Cedu nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in *Consultaonline*, p. 423; P. Maggio, *Dell'Utri e Contrada "gemelli diversi": è la revisione europea lo strumento di ottemperanza alle sentenze cedu?*, in Cassazione penale, 2017, p. 1399; G. Grasso, F. Giuffrida, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2015, p. 45; P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2016, p. 16.

[54] Si veda tra tutte la già citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al caso *Broniowski*.

[55] Cost., sent. n. 210 del 2013, cit.

Ebbene, se si qualifica la sentenza Contrada nei termini sopra esposti allora l'obbligo di esecuzione per lo Stato sembrerebbe discendere proprio dall'art. 46 CEDU.

Ma vi è di più. Oltre al vincolo previsto dalla Convenzione, è possibile individuare nel nostro assetto normativo un ulteriore (e probabilmente più rilevante) obbligo di natura processuale, scaturente dalla sentenza europea, in capo al nostro Stato.

E, in effetti, non può escludersi che la stabilità del giudicato possa "cedere" rispetto alla tutela dei diritti inviolabili. In quest'ottica negare gli effetti favorevoli a coloro che abbiano subito la lesione di un diritto fondamentale nell'esercizio della giustizia penale significherebbe trasgredire «la trama strutturale dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.»[56].

Non può, infatti, tollerarsi che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alle sentenze della Corte europea e, di conseguenza, alla Convenzione[57]. Resta valido dunque il principio di diritto enunciato nella sentenza *Ercolano*, secondo cui «la preclusione del giudicato, non può operare allorquando risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà»[58].

5. *Considerazioni conclusive*

Alla luce di quanto osservato è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive. La sentenza *Genco* ha, almeno per ora, offerto una soluzione precisa alla questione relativa all'estensibilità degli effetti del giudicato europeo nei confronti di uno dei c.d. «fratelli minori» di *Contrada*, cioè coloro che, pur trovandosi nella

[56] Così A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legislazione penale*, 2011, p. 486.

[57] A. Pagliano, *op.cit.*, p. 29.

[58] Cass. penale, sez. unite, 19 aprile 2012, n. 34472.

medesima situazione di fatto del ricorrente vittorioso a Strasburgo, non hanno adito direttamente la Corte EDU.

Le conclusioni cui giungono le Sezioni unite lasciano trasparire una spiccata preferenza della Corte di cassazione nel recepire asetticamente il dettato della Corte costituzionale. A ben vedere, infatti, il percorso logico-giuridico sostenuto dal supremo consesso si articola quasi esclusivamente sulla scorta dei principi enunciati nella sentenza n.49/2015, mutuando da essa i requisiti affinché una sentenza europea possa spiegare i suoi effetti al di là del caso concreto. Ciò non deve sorprendere in quanto, come già rilevato, proprio con riguardo alla sentenza *Contrada*, i giudici italiani hanno già più volte palesato insoddisfazione evidenziando come il reato di concorso esterno in associazione mafiosa fosse da sempre ricavabile dal combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p.

Ciò che stupisce, tuttavia, è la mancata considerazione di quegli aspetti, anche più volti ribaditi nella giurisprudenza della Corte EDU, relativi ai connotati «sostanziali» piuttosto che «formali» delle decisioni di Strasburgo. Limitare l'analisi al solo dato formale e cioè alla sola verifica della presenza di una sentenza pilota «in senso stretto» fa sì che la stessa si risolva in una ricerca sterile, ossia non debitamente orientata a valutare la reale sussistenza di una violazione strutturale della CEDU. Le Sezioni unite, invece, avrebbero sì potuto utilizzare le indicazioni che la Corte costituzionale ha offerto nella sentenza 49/2015, ma allo stesso tempo contribuire a fare chiarezza sulla effettiva portata della sentenza *Contrada*. Un'analisi attenta di quest'ultima decisione avrebbe senz'altro svelato la presenza di carenze strutturali dell'ordinamento interno e quindi di alcune violazioni strutturali da parte dello Stato italiano.

Inoltre, ciò che la Corte di cassazione non pare aver colto dal *decisum* della 49/2015, che invece è stato sottolineato da attenta dottrina[59], è che gli indici in essa contenuti non hanno portata tassativa, essendo ben possibile per il giudice ordinario sia vagliare altri aspetti non indicati dalla Consulta sia tenere in debita considerazione le circostanze pertinenti al caso concreto[60].

---

[59] F. M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo o presunto tale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.

[60] Cost., 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 del considerato in diritto.

Il fatto che tali violazioni non siano esplicitamente indicate dalla Corte europea non esclude che si possa essere dinanzi ad ipotesi di violazioni strutturali c.d. invisibili le quali, al pari di violazioni manifeste riscontrabili nelle sentenze pilota, o «quasi manifeste» rinvenibili nelle quasi-pilota, comporterebbero una estensibilità dei loro effetti anche nei confronti di quei soggetti che si trovino nella medesima situazione di fatto del ricorrente vittorioso a Strasburgo.

Infine, ci si aspettava dalla Cassazione una maggiore coerenza con i suoi precedenti in cui ha riconosciuto, seppur in astratto, la portata estensiva degli effetti della sentenza *Contrada*[61].

L'epilogo a cui giungono le Sezioni unite, in definitiva, è tutt'altro che tranquillizzante dalla prospettiva dell'internazionalista in quanto esso dischiude uno scenario in cui in tutti i casi nei quali il giudicato di Strasburgo non espliciti l'esistenza di una violazione strutturale della CEDU, i c.d. «fratelli minori» si trovano in una posizione di assoluta assenza di garanzie, minando così la massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali[62].

***

ABSTRACT: Starting from the decision of the Italian Supreme Court No. 8544/2019, this paper critically investigates the *ultra partes* effects of the judgment rendered by European Court of Human Rights in the *Contrada* case. The argument is put forward whereby while the said judgment does not fall under the category of the «pilot judgment» procedure, it highlights the existence of an invisible structural problem in the Italian criminal justice system.

KEYWORDS: European Court of Human Rights – *res judicata* – *ultra partes* effect – pilot judgment – invisible structural problem

[61] Cfr. Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193.
[62] Così M. S. Mori, *op.cit.*

Alessandro Stiano – Assegnista di ricerca presso il CNR-IRISS (a.stiano@iriss.cnr.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

VI Convegno annuale di *Diritti comparati*
Il costituzionalismo di Thomas Jefferson.
Un percorso tra studi costituzionali e teoria politica

a cura di Andrea Buratti e Giuseppe Martinico

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il costituzionalismo di Thomas Jefferson. Un'introduzione

Andrea Buratti e Giuseppe Martinico

La sezione raccoglie gli atti del VI Convegno annuale di Diritti Comparati, tenutosi *on-line* lo scorso 22 ottobre 2020, e dedicato a "Il costituzionalismo di Thomas Jefferson. Un percorso tra storia e politica". Il video dell'evento è disponibile nell'archivio del nostro canale *YouTube*: https://www.youtube.com/watch?v=08nFb9WkkFs

La scelta di tornare a riflettere sul pensiero e l'azione pubblica di Thomas Jefferson è dipesa dalla sua profondità e dalla sua perdurante attualità. «Personalità ricca e poliedrica, figura paradigmatica del secolo dei Lumi su entrambe le sponde dell'Atlantico» (Toniatti), Thomas Jefferson ha arricchito il patrimonio del costituzionalismo moderno, plasmando in particolare i caratteri del costituzionalismo americano, tanto con il pensiero, raccolto nei molteplici scritti e nei celebri carteggi, quanto con il contributo alla scrittura dei testi fondativi del costituzionalismo americano e con la sua azione politica ed istituzionale. Al contempo, buona parte delle tesi e delle rivendicazioni jeffersoniane hanno posto questioni che rappresentano dilemmi ancora aperti nel dibattito costituzionale americano e globale. Jefferson è stato non soltanto un'importantissima figura politica del suo tempo, ma anche un pensatore acuto capace di spunti ancora attuali.

Muovendo da molteplici aree di ricerca – quali la filosofia politica, la storia del pensiero economico e la storia del diritto, il diritto pubblico – gli studiosi che hanno preso parte al Convegno hanno dunque intessuto un dialogo che si è rivelato molto ricco e coeso, dimostrando la poliedricità della figura di Jefferson e la fecondità del suo pensiero e della sua azione. Gli scritti qui raccolti rispecchiano la trama già emersa durante il Convegno.

* * *

Riscoprire oggi il pensiero di Jefferson vuol dire anzitutto guardare alle radici del processo federativo statunitense.

Pur non essendo stato membro della Convenzione di Filadelfia, Jefferson ebbe un ruolo centrale nel dibattito sulla ratifica della Costituzione, facendosi portavoce di importanti argomenti per l'introduzione di un *Bill of Rights*, insieme a quelli che ancora oggi – forse frettolosamente – chiamiamo gli "anti-federalisti".

Il rapporto tra principio democratico e vincoli costituzionali – che è sempre stato al centro della riflessione sulla democrazia costituzionale ed è oggi cruciale nella prospettiva dell'aspro confronto tra *judicial constitutionalism* e *political constitutionalism* – è qui analizzato a partire dalle coordinate teoriche del pensiero di Jefferson.

Già a partire dalle *Notes* sulla Virginia, e poi in modo ancora più elaborato all'esito del serrato confronto con la cultura politica francese negli anni della Rivoluzione – che ebbe la possibilità di osservare in prima persona in ragione della sua carica di ambasciatore a Parigi –, Jefferson diede forma alla sua teoria di un «repubblicanesimo generazionale» (Persano), basato su di una valorizzazione delle esigenze di dinamismo democratico rispetto ai vincoli ereditati dalla storia. Nella corso della sua vita, Jefferson sarebbe peraltro tornato in più occasioni a riflettere su questo nodo teorico, sollecitato dapprima dalla polemica sugli *Alien and Sedition Acts*, cui avrebbe reagito redigendo la bozza delle *Kentucky Resolutions* e ponendo le basi della *States' rights doctrine* (Martinico); quindi, dall'affermazione da parte della Corte Suprema del *judicial review*, che avrebbe rappresentato la più significativa sfida al modello patrocinato da Jefferson di un costituzionalismo a forte centralità del legislativo (Barbisan e Bologna).

Al di là della sua coerenza con specifiche esigenze politiche – l'indipendenza della madrepatria, la protezione dei diritti degli stati, la marginalizzazione del potere giudiziario dominato, all'indomani della presidenza Adams, dai federalisti –, la teoria jeffersoniana del repubblicanesimo generazionale non nasceva da un rifiuto aprioristico della tradizione storica o da una visione assolutizzante del potere costituente, ma poggiava su di una specifica concezione dell'interesse individuale e della comunità politica, la cui omogeneità avrebbe dovuto essere garantita da un tessuto di virtù civiche (Toniatti).

Un'utopia destinata a canalizzare le conflittualità proprie del costituzionalismo rivoluzionario in un modello pacificato di convivenza repubblicana, nel quale il ruolo dello stato sarebbe stato limitato a quello di un *wise and frugal government*. Il richiamo al diritto alla *pursuit of happiness* che risuona della Dichiarazione di Indipendenza del 1776 deve dunque essere letto in consonanza a questa visione della libertà individuale.

Su questo modello ideale si sarebbe peraltro sviluppata una vera e propria economia politica jeffersoniana, alternativa rispetto alle pulsioni di sviluppo del commercio internazionale, del sistema bancario e del ricorso al credito fatte proprie dai federalisti, e fondato, piuttosto, sulla piccola proprietà terriera dedita alla produzione agricola (Paesani). Un modello, questo, che Jefferson avrebbe cercato di riprodurre anche nello sviluppo dei territori di frontiera, a partire dalle modalità di distribuzione delle terre in lotti di piccole dimensioni (Buratti).

L'immagine di un *wise and frugal government*, destinato a non interferire con la vita comunitaria, illustra anche l'insistenza di Jefferson su di un ampio sistema di vincoli costituzionali, a garanzia della separazione tra stato e società ancora più che della separazione tra poteri. La visione di un costituzionalismo trainato dalle determinazioni maggioritarie del parlamento rappresentativo si inquadrava, infatti, in una visione rigorosamente limitata delle competenze federali (Bologna), a tutela in prima battuta dei diritti degli stati, ma in ultima analisi dei diritti degli individui (Toniatti e Bassani). Di qui la critica nei confronti dei diversi congegni previsti dal testo costituzionale elaborato a Philadelphia. La stessa riflessione sul *Bill of Rights* federale del 1791, affidata al vivace carteggio con Madison, riproduce questa dimensione del pensiero jeffersoniano: agli argomenti di pura razionalità avanzati da Madison, Jefferson opponeva l'esigenza di ulteriori tutele e garanzie giuridiche per i diritti degli individui e degli stati, da opporre anche in sede giudiziaria quali ostacoli alla naturale tendenza espansiva dei governi (Bassani, Fioravanti, Bologna).

Sono posizioni, come si vede, in forte assonanza con quelle contemporaneamente espresse dagli antifederalisti. E tuttavia, la preoccupazione per l'espansione delle competenze del governo federale non muoveva né in Jefferson né in massima parte dei c.d.

"antifederalisti" da un intento disgregativo dell'unione federale: il progetto federale avrebbe infatti rappresentato per Jefferson una costante e un destino ineludibile, sin dagli albori della confederazione (Bassani e Martinico). Si trattava, semmai, di contrastare una deriva minacciosa per l'autonomia della società.

Molti dei contributi convergono, peraltro, nell'individuazione di una curvatura del pensiero jeffersoniano imposta dalla presidenza, che avrebbe costretto Jefferson a posizioni più pragmatiche, anche parzialmente riconfigurando alcuni presupposti della sua teoria politica.

Campione dei diritti degli stati, Jefferson ebbe tuttavia modo di farsi apprezzare per il pragmatismo e lo spirito nazionale che guidarono le scelte americane nella vicenda dell'acquisto della Louisiana. Ulteriori esempi furono le posizioni del Presidente Jefferson sul commercio internazionale, sostenuto in funzione della necessità di commercializzazione del *surplus* di produzione agricola derivante dalla vastità del territorio americano (Paesani), nonché la sua linea sui diritti degli abitanti nativi delle colonie francesi nei Caraibi (Fioravanti) e sui diritti dei nativi americani, progressivamente respinti ad Ovest a seguito dell'acquisto della Louisiana (Buratti).

L'allargamento su base continentale degli Stati Uniti avrebbe peraltro offerto l'occasione per ripensare la stessa natura della federazione americana: concepita in una prima fase in termini contrattualistici, con argomenti in parte comparabili a quelli elaborati più tardi da Calhoun (Martinico), la federazione avrebbe da qui in avanti acquisito i caratteri di un *Empire of Liberty* destinato alla diffusione su scala continentale (Toniatti e Buratti).

* * *

Concepite, sin dall'impostazione del Convegno, come tessere di un mosaico rappresentativo di una figura complessa e particolarmente ricca, le relazioni qui pubblicate offrono, in realtà, molto di più di analisi puntuali su specifici elementi del pensiero di Jefferson. In tutti i contributi è possibile, infatti, rinvenire lo sforzo per ricondurre le riflessioni del costituzionalista americano alle matrici del dibattito di quegli anni sul costituzionalismo, la rivoluzione, il potere costituente, i diritti, lo stato e la società. Thomas Jefferson fu un protagonista

indiscusso di quel dibattito, alimentando altresì un dialogo tra le due sponde dell'Atlantico che avrebbe contraddistinto l'ambiente del costituzionalismo, fino ai nostri giorni.

Il suo costante scambio di idee con l'amico Madison, la sua idea di potere costituente, il rapporto con le generazioni future, la sua idea di federalismo, la sua visione del rapporto fra Stato e società civile e dell'intervento del primo nell'economia, la sua ricerca di una comunità politica fondata su virtù repubblicane: sono solo alcuni dei punti che rendono l'Opera di Thomas Jefferson ancora oggi fondamentale per il cultore degli studi giuridici. E per quanto la figura vada, inevitabilmente, contestualizzata nella storia del suo tempo, di cui fu attore sempre in scena, i temi e i problemi del costituzionalismo di Thomas Jefferson sono talmente evocativi e potenti che riecheggiano nel nostro tempo.

Andrea Buratti – Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università di Roma "Tor Vergata" (buratti@juris.uniroma2.it)

Giuseppe Martinico – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nella Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa (giuseppe.martinico@santannapisa.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le origini del costituzionalismo repubblicano statunitense nel pensiero di Thomas Jefferson*

Roberto Toniatti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio repubblicano e le sue declinazioni. – 3. Il principio repubblicano e la diffidenza verso il centralismo federale. – 4. La libertà religiosa. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

La meritata celebrazione della figura di Thomas Jefferson risulta non del tutto agevole, paradossalmente, per la pluralità dei profili che ne hanno connotato il ruolo di personaggio di grande rilievo storico e culturale: suddito coloniale ribelle contro la Corona britannica in nome del diritto alla rivoluzione ma anche uomo di Stato (sia della Virginia, della quale è stato parlamentare nella *House of Burgesses* e Governatore), sia degli Stati Uniti, di cui è stato Vicepresidente e, per due mandati (1801-1809), il terzo Presidente); imprenditore agricolo (*farmer*, come si è sempre definito) ma anche rappresentante diplomatico degli *United States in Congress Assembled* a Parigi in anni cruciali per la traduzione della filosofia politica del costituzionalismo in costituzionalismo storico (1784-1789); teorizzatore del ruolo dell'istruzione e fondatore della prima università laica – la *University of Virginia* (UVA)[1] – destinata ad uno sviluppo di alta qualità ma anche

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Sia permesso introdurre una breve nota autobiografica: nel 1989, in qualità di *Fulbright Scholar in Residence*, ho avuto modo di trascorrere un semestre di ricerca presso l'*Institute of Government* dell'UVA e di fruire di conversazioni più che cordiali e quanto mai istruttive con studiosi del diritto costituzionale della statura di Henry J. Abraham, di Martha Derrick, di David M. O'Brien, di A.E. Dick Howard. Il contesto culturale brillante e aperto alla comparazione era del tutto conforme allo scenario

architetto di edifici privati e pubblici di ispirazione palladiana; cultore di studi classici (conosceva il greco e il latino, oltre all'italiano)[2] ma anche inventore di attrezzi scientifici e di strumenti di razionalizzazione del lavoro agricolo; cultore non confessionale e non conformista di studi religiosi ma anche storico e avvocato.

Una personalità, dunque, ricca e poliedrica e figura paradigmatica del secolo dei Lumi su entrambe le sponde dell'Atlantico[3].

In un contesto europeo e di cultura giuridica – quale il nostro – la figura di Thomas Jefferson, a buona ragione, emerge soprattutto per il suo contributo teorico e pratico allo sviluppo dell'illuminismo nordamericano, dell'ideologia del costituzionalismo liberale, della concezione dei diritti naturali e dei valori repubblicani, come pensatore e uomo di visione, come interlocutore attento e critico del suo tempo[4].

In base a tali ragioni, la celebrazione, in realtà, è da intendere soprattutto quale occasione di valorizzazione dei tanti spunti di alto profilo che si possono utilmente trarre dal personaggio, anche in chiave critica, per una più adeguata comprensione delle origini e dell'evoluzione del costituzionalismo statunitense ma anche delle diversità delle premesse e dello sviluppo del costituzionalismo nel contesto europeo.

Tali considerazioni suggeriscono, dunque, di impostare una riflessione sulla figura di Thomas Jefferson ponendo costantemente l'accento sulla relazione fra pensiero e diritto, fra ideologia e apparato normativo, fra motivazione di un progetto e sua attuazione nella storia, fra ispirazione ideale e sua traduzione nel concreto dell'esperienza

---

aulico e classicheggiante dell'architettura degli edifici e degli spazi all'aperto disegnati dallo stesso Jefferson. La prossimità con Monticello, più volte visitata e ammirata, completava il senso di vivo apprezzamento personale per quella figura storica nella sua dimensione tanto privata quanto pubblica.

[2] Cfr. Louis B. Wright, *Thomas Jefferson and the Classics*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1943, Vol. 87, No. 3, pp. 223.

[3] Ricordiamo che fu consultato ai fini della scrittura della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. L'Enciclopedia Treccani *on line* menziona espressamente Thomas Jefferson nel contesto dell'Illuminismo politico statunitense, precisando che «vi introdusse le fondamentali scelte politiche», disponibile in https://www.treccani.it/enciclopedia/illuminismo/.

[4] Un prezioso volume di riferimento generale è l'opera di M. Sylvers, *Il pensiero politico e sociale di Thomas Jefferson. Saggio introduttivo e antologia dei testi*, con prefazione di Giorgio Spini, Manduria, 1993.

politica. Una siffatta impostazione consente anche di differenziare una valutazione del personaggio, adottando criteri realistici che tengano conto della duplice circostanza per la quale Jefferson non è davvero mai stato un uomo preposto all'esercizio di funzioni di comando e che, quando lo è stato (negli anni della maturità), in qualità di Presidente, ha operato in direzioni che ci appaiono non sempre conformi al suo pensiero[5].

2. *Il principio repubblicano e le sue declinazioni*

Uno spazio centrale nella rappresentazione del pensiero di Jefferson è da destinare, in primo luogo, al testo della Dichiarazione di Indipendenza che, secondo la prospettiva d'indagine sopra indicata, costituisce un suo fondamentale contributo storico ed ideale alla configurazione del costituzionalismo statunitense in conformità al principio repubblicano[6]. Nella Dichiarazione, infatti, si espongono due ordini di istanze tipiche del pensiero jeffersoniano, la concezione ideale dell'organizzazione del potere, da un lato, e, dall'altro, la proiezione di quest'ultima nelle vicende concrete della storia che non potevano non condurre a legittimare la ribellione e l'indipendenza[7].

---

[5] È stato notato, infatti, che «diversi storici, recenti e meno recenti … hanno sottolineato le contraddizioni tra il pensiero di Jefferson sulla libertà e la sua azione politica come presidente, criticando chi esamina troppo la sua corrispondenza a discapito dei suoi anni alla guida del paese. Effettivamente forti discrepanze sono più che evidenti», in M. Sylvers, *op. cit.,* p. 63.

[6] Nella sua autobiografia Jefferson racconta come, nell'ambito del Congresso continentale al quale partecipava come delegato della Virginia, gli fosse stato conferito l'incarico di stendere il testo della Dichiarazione in un clima politico che presentava ancora talune incertezze che solo nella fase del voto finale (unanime) furono assorbite; ed indica sia le parti del testo eliminate sia le integrazioni del suo testo originario apportate in sede di voto: se ne veda il testo (in traduzione italiana) in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 159 ss. Per un'attenta ricostruzione delle premesse culturali (riferite soprattutto a John Locke) e politiche (tratte dall'organizzazione politica delle Colonie) della Dichiarazione cfr. D. S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge and London, 1988, pp. 111.

[7] Ricordiamo che la Dichiarazione fu preceduta di pochi giorni dalla *Resolution for Independence*, il cui testo fu poi in parte ripreso dalla Dichiarazione stessa che vi integrò le argomentazioni che ne fondavano la legittimazione: «*Resolved,*

Il riferimento storico, *in primis*, si articola sia in un solenne enunciato della circostanza in sé del nuovo *status* interno ed internazionale delle Colonie che si proclamano Stati indipendenti[8], sia in una lunga, dettagliata ed analitica esposizione delle violazioni dei diritti subiti da parte dei cittadini delle Colonie, quasi un atto giudiziario, tanto di accusa quanto di difesa, come fosse scritto per la posterità, anche nell'ipotesi di una vittoria della Corona britannica[9].

That these United Colonies are, and of right ought to be, free and independent States, that they are absolved from all allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain is, and ought to be, totally dissolved. That it is expedient forthwith to take the most effectual measures for forming foreign alliances. That a Plan of confederation be prepared and transmitted to the respective Colonies for their consideration and approbation» (gli *Articles of Confederation*, poi deliberati nel 1777 e, dopo la ratifica da parte degli Stati, entrati in vigore nel 1781). Da sottolineare altresì la marcata coincidenza testuale della Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti con il *Bill of Rights* della Virginia del 12 giugno 1776 (per il cui testo cfr. H. S. Commager (ed.), *Documents of American History*, 8th ed., New York, 1968, *The Virginia Bill of Rights*, p. 103 ss. Il peso specifico della Virginia nel processo politico e nel procedimento formale delle origini costituenti (ma anche, in seguito, della secessione e della guerra civile) è emblematicamente evocato in chiave europea da S. J. Boom, *The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany Be the "Virginia of Europe?"*, in *The American Journal of Comparative Law,* 1995, pp 177.

[8] Questo il testo: «*when in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation*».

[9] Si veda: «*when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security. Such has been the patient sufferance of these Colonies; and such is now the necessity which constrains them to alter their former Systems of Government. 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. To prove this, let Facts be submitted to a candid world*». L'asserzione è poi seguita da un lungo elenco di (circa una trentina di) specifiche violazioni di diritti e di diritto, di aggressioni e inadempienze da parte della Corona. Da ultimo, si spiegano le ragioni della ribellione («*In every stage of these Oppressions We have Petitioned for Redress in the most humble terms: Our repeated Petitions have been answered only by repeated injury. A Prince whose character is thus marked*

Fra il passato e il futuro nella storia, trova spazio l'enunciazione – anch'essa solenne – del nucleo fondamentale di una concezione dei diritti naturali nel cui contesto si colloca anche, appunto quale riflesso dei diritti degli individui, la specifica configurazione del sistema istituzionale di governo, delle sue fonti di legittimazione e della sua subordinazione al diritto degli uomini di alterare quel sistema ed altresì – in presenza di solide ragioni – di sostituirlo radicalmente («*But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security. Such has been the patient sufferance of these Colonies; and such is now the necessity which constrains them to alter their former Systems of Government*»)[10].

In altre parole, il binomio «forma di stato e forma di governo» non ha alcuna giustificazione e ragion d'essere indipendente dalle finalità di riconoscimento e tutela dei diritti naturali («*to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed*») e questi ultimi rappresentano ad un tempo la causa ed il fine dell'organizzazione di governo di una comunità. Una volta venuti meno sia la causa che il fine, viene meno, pertanto, la ragion d'essere stessa di quell'organizzazione di governo («*whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles*

by every act which may define a Tyrant, is unfit to be the ruler of a free people. Nor have We been wanting in attentions to our Brittish brethren. We have warned them from time to time of attempts by their legislature to extend an unwarrantable jurisdiction over us. We have reminded them of the circumstances of our emigration and settlement here. We have appealed to their native justice and magnanimity, and we have conjured them by the ties of our common kindred to disavow these usurpations, which, would inevitably interrupt our connections and correspondence. They too have been deaf to the voice of justice and of consanguinity. We must, therefore, acquiesce in the necessity, which denounces our Separation, and hold them, as we hold the rest of mankind, Enemies in War, in Peace Friends»).

[10] L'esercizio del diritto alla ribellione è peraltro sottoposto a raccomandazioni di equilibrio: «*Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shewn, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed*».

and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness»)[11].

Dall'enunciazione dei diritti naturali – che si collocano al di sopra di ogni fondamento di intermediazione che non sia la strumentalità dello Stato rispetto alla loro tutela – («*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*») – emerge anche la definizione dei compiti negativi ed astensionisti dell'istituzione di governo, secondo un'ottica proto-liberale del patto sociale (ai limiti dell'anarchismo): è soprattutto il «diritto alla ricerca della felicità» che esprime una visione – alta e nobile ma intensamente drammatica – dell'uomo quale individuo solo, monade isolata ed autoreferenziale, la cui autentica libertà richiede la radicale emancipazione da ogni forma di paternalismo pubblico.

Si configura pertanto – come l'altro lato della medaglia rispetto ai diritti naturali – il contenuto essenziale del principio repubblicano nel pensiero di Jefferson: esso si rivela suscettibile di declinarsi in una pluralità di manifestazioni. Anche in tale prospettiva occorre coniugare la focalizzazione sulla dimensione ideale ed ideologica e l'attenzione alla sua realizzazione concreta nella storia, come emblematicamente simboleggiato dall'adozione della teoria contrattuale posta all'origine dello Stato.

Sotto quest'ultimo profilo ricordiamo come il dibattito finalizzato alla ratifica della Costituzione federale rivendicò con forte convinzione l'adozione di una serie di emendamenti al testo approvato dalla *Constitutional Convention* di Filadelfia – ideologicamente valorizzati a titolo di *Bill of Rights* – che culminano, non a caso, con due clausole di chiusura dei poteri federali, poste a garanzia, rispettivamente, dei diritti individuali di libertà (il IX, «*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*») e dell'autogoverno (il X, «*The powers not*

[11] Si è osservato che «i torti specifici subiti dai coloni […] sono inseriti in un contesto di diritti naturali»; e che «si parla […] del diritto all'espatrio [dei coloni] come un diritto naturale ma vengono soprattutto sottolineate le tradizioni inglesi che i coloni avrebbero portato con sé», in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 39.

delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people»)[12].

In entrambi, in particolare, si conferma il ruolo in fondo secondario e solo strumentale degli stessi Stati membri (oltre che, a maggior ragione, della *more perfect Union*) rispetto al popolo, che si conferma essere concepito come il vero titolare dei diritti e protagonista principale e, in fondo, esclusivo della comunità politica[13].

Il principio repubblicano si colloca dunque al centro del pensiero di Thomas Jefferson e pone le premesse non solo per l'organizzazione del primo partito politico[14] ma anche per la successiva elaborazione teorica e politica – sino all'opera di J. C. Calhoun – del contrattualismo[15].

Esso si esprime in una pluralità di profili tematici: in primo luogo, un ripudio assoluto delle esperienze di organizzazione politica dell'Europa sua contemporanea, qualificata come contesto politico ed istituzionale dominato dalla sovranità monarchica, retto sul

---

[12] Sull'adozione dei primi (dodici) emendamenti costituzionali rinviamo a R. Toniatti, *Il XXVII Emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti (1992): le origini e i problemi di una singolare revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 53.

[13] Si è ben posta in evidenza, in proposito, «la presenza di una ideologia repubblicana influenzata non solo da letture dell'antichità ma soprattutto dal pensiero che si rispecchiava nella lotta, nell'Inghilterra del Settecento, del *country* contro la *court*. Questo poneva in primo piano l'opposizione della virtù civica alla corruzione politica e al clientelismo, della milizia cittadina all'esercito permanente, di una stampa libera a quella mantenuta dal governo e della libertà di commercio ai monopoli economici sostenuti dal re. Il concetto dominante di questo pensiero era l'ineluttabile tendenza del potere di espandersi a spese della libertà individuale», in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 37.

[14] Si tratta del *Democratic-Republican Party*, fondato (con James Madison) nel 1793, in seguito rifondato nel 1854 con la denominazione di *Republican Party*.

[15] Sulla scia del pensiero di Jefferson, si è precisato che, anche secondo le tesi di Calhoun, «la sovranità risiede nel popolo e non nel governo». Per popolo, precisa però Calhoun, si intende «non il popolo di una ipotetica nazione americana ma i popoli dei vari Stati che compongono l'Unione […] La Costituzione, in altre parole, collegando gli interessi comuni delle varie parti de patto, ci dà la misura del loro contrasto. È questa la ragione per cui il patto non può essere modificato ricorrendo semplicemente alla maggioranza numerica», in M. Surdi, *Introduzione* a J.C. Calhoun, *Disquisizione sul governo* e *Discorso sul governo e la costituzione degli Stati Uniti*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1986, p. 32. Sulla *Compact Theory* di Calhoun cfr. G. Martinico, *Alcune osservazioni sul nucleo della teoria costituzionale di John Calhoun,* in *Filosofia politica*, 2019, pp. 429.

fondamento di privilegi giuridici ed economici di natura feudale e dove la condizione del popolo era arretrata di due secoli rispetto al popolo delle Colonie.

Inoltre, Jefferson «era sempre preoccupato che modi di vivere stranieri potessero snaturare la crescita delle potenzialità americane e macchiare la freschezza americana»[16]. Era molto attratto dalla fluidità della società coloniale rispetto alla madrepatria, diffidava istintivamente delle stravaganze dei comportamenti e della propensione al lusso ed all'ozio di parte della classe sociale più abbiente ed urbana della Virginia e, all'opposto, ammirava la frugalità e le virtù civiche della popolazione insediata nelle zone rurali. E solo le virtù civiche – ricordiamo – possono credibilmente e stabilmente fondare l'autogoverno degli individui e delle comunità: in base a tali premesse, nel pensiero di Jefferson si ritrova il suo favore per la democrazia diretta, per la rotazione nelle cariche, per il divieto di rielezione[17].

Anche il suo sostegno per revisioni costituzionali frequenti esprime un profilo del principio repubblicano e del suo rispetto per il popolo, rappresentato anche nella successione delle generazioni le quali devono essere poste in grado di adottare la *propria* Costituzione ed esercitare in tal modo la rispettiva forma di autogoverno[18]. È agevole

[16] Così in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 30.

[17] In tale contesto si colloca il progetto di organizzazione territoriale del potere in Virginia, consistente nella divisione delle contee in unità territoriali di autogoverno definite *wards* («simili alle *townships* della Nuova Inghilterra […] i confini più o meno dei distretti delle milizie statali […] Ai *wards* venivano assegnati dei compiti molto precisi: milizia, scuola elementare, assistenza ai poveri, mantenimento delle strade, polizia, formazione delle giurie popolari e organizzazione del seggio elettorale, oltre che momenti di sondaggio dell'opinione pubblica su tutte le questioni. Ogni *ward* sarebbe così diventato «una piccola repubblica in sé e ogni uomo nello stato sarebbe diventato un membro attivo del governo comune». In questa maniera la permanenza della grande repubblica – lo stato della Virginia e il governo federale – sarebbe stata assicurata: chi partecipava alla *ward republic* non avrebbe mai permesso «che il suo potere gli venisse tolto da un Cesare o da un Bonaparte». In breve, era la «base più solida per una repubblica libera, duratura e ben amministrata»), da M. Sylvers, *op. cit.*, pp. 75.

[18] Cfr. A. E. Dick Howard, *Constitutional Revision: Virginia and the Nation*, in *University of Richmond Law Review*, 1974, pp. 1 («*"The earth belongs always to the living generation." So said Thomas Jefferson in developing a constitutional theory which included the belief that Virginia's Constitution should be revised at regular*

cogliere un'eco di questa concezione circa la *proprietà generazionale* della Costituzione, opportunamente adattata, nei più recenti concetti di *patriation* della Costituzione canadese[19] e di *ownership* di quella della Bosnia Erzegovina (rispetto al testo di cui nell'Allegato del trattato di Dayton), costruiti però su consuete basi nazionali o multinazionali[20].

Si conferma, da ogni punto di vista, un fortissimo apprezzamento per la specificità e l'unicità dell'esperienza politica delle colonie e sembra agevole individuarvi i semi della teoria dell'*exceptionalism* e del *manifest destiny* degli Stati Uniti[21]. È opportuno sottolineare, altresì, come in questa visione jeffersoniana manchino argomenti biblici o accenti religiosi – come spesso si verifica nella retorica pubblica statunitense anche recente (come è dato verificare in occasione delle campagne elettorali, soprattutto per la Presidenza) – mentre tali concetti si rivelano ben radicati nel contesto del pensiero illuminista[22].

---

intervals "so that it may be handed on, with periodical repairs, from generation to generation … "»).

[19] Su cui rinviamo a E. McWhinney, T*he Constitutional Patriation Project, 1980-82*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1984, pp. 241.

[20] In proposito si veda J. Woelk, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile*, Padova, 2008.

[21] In proposito si è osservato che «Jefferson era più che convinto della novità dell'America nella storia umana. Gli Stati Uniti stavano agendo "per tutta l'umanità"; il governo repubblicano, giusto e solido, era "un monumento vivo e un esempio per i popoli degli altri paesi"; alla conclusione del suo mandato, nel commiato ai cittadini di Washington, descrisse il paese come "l'unico monumento ai diritti umani e il solo depositario del fuoco sacro della libertà e dell'autogoverno, da dove sarebbe passato alle altre regioni della terra, qualora fossero diventate suscettibili alla sua influenza benigna"», in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 67 del quale non può non apprezzarsi il commento critico secondo il quale «i temi di crociata e la venatura di arroganza sono chiaramente visibili e da Jefferson l'Otto e il Novecento mutueranno un'idea dell'espansione, dell'internazionalismo e del commercio libero che si confonderà con un diritto/dovere di guidare gli altri», *ibidem*.

[22] Si veda: «*One notion of mission, in the thought of Thomas Paine and Thomas Jefferson, drew from a strand of enlightenment philosophy, which from the time of Bacon and Descartes had spoken of a great project of transforming the world by the application of a new scientific method. Americans, according to Paine and Jefferson, were the first to make use of this method in the political realm, availing themselves of scientific thought to guide the construction of a new kind of political order. American history was placed into the narrative of the enlightenment project,*

Del resto, anche prima della Presidenza, Thomas Jefferson era un forte sostenitore dell'espansione degli Stati Uniti verso ovest e l'operazione del *Louisiana Purchase* (1803), il quale più che raddoppiava l'estensione territoriale dell'Unione[23] – condotta a termine nonostante l'opposizione del partito federalista –, ne offre una palese conferma[24].

3. *Il principio repubblicano e la diffidenza verso il centralismo federale*

Se, nel pensiero di Thomas Jefferson, il principio repubblicano riesce a convivere con il suo forte impulso all'espansione continentale e dunque con una forma di potenziamento del governo federale –

---

as famously described in Thomas Jefferson's last letter: "All eyes are opened, or opening, to the rights of man"» (letter to Roger Weightman, June 24, 1826) come ben posto in evidenza in J. W. Ceaser, *The Origins and Character of American Exceptionalism*, in *American Political Thought*, 2012), p. 13.

[23] Si trattava di un'estensione di 2,140,000 km quadrati per un valore di circa 15 milioni di dollari. Al di là del nome, l'area acquistata, al di là del Mississippi, corrispondeva all'attuale territorio di quindici stati (o porzioni degli stessi), segnatamente Arkansas, Missouri, Iowa, Oklahoma, Kansas, Nebraska, North Dakota, South Dakota, Montana, Wyoming, Colorado, Minnesota New Mexico; Texas e la città di New Orleans.

[24] È stato criticamente osservato che «quando si trattava della spinta espansionista degli Stati Uniti Jefferson dimostrava grande talento nel trovare giustificazione in un diritto internazionale collegato alla natura: così, il diritto di controllare il Mississippi era radicato nella giustizia, nella necessità e nelle caratteristiche fisiche del fiume. Che il diritto di uno stato ad uno sbocco marittimo oppure che chi possedeva un fiume dovesse anche averne lo sbocco, fossero principi ad uso soprattutto degli Stati Uniti, se ne trova conferma in alcune lettere private scritte quando era presidente», in M. Sylvers, *op. cit.*, p.65. I dubbi dello stesso Presidente Jefferson sulla costituzionalità del *Louisiana Purchase* sono confermati dal suo riferimento alla necessità come fonte del diritto: «*A strict observance of the written law is doubtless one of the high duties of a good citizen, but it is not the highest. The laws of necessity, of self-preservation, of saving our country when in danger, are of higher obligation. To lose our country by a scrupulous adherence to the written law, would be to lose the law itself, with life, liberty, property and all those who are enjoying them with us; thus absurdly sacrificing the end to the means*», citato in S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People Can Correct It)*, Oxford, 2006, p. 103.

riflettendo probabilmente la diversità fra il filosofo della politica e il Presidente –, timori, perplessità ed avversione ad una concezione centralista e squilibrata del principio federale volta ad un rafforzamento dei poteri centrali rimangono invece una costante.

In tale prospettiva, non può tacersi la circostanza per la quale l'obiettivo costituente, formalizzato nel preambolo della Costituzione – *We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union* – risente della natura compromissoria delle soluzioni adottate che, in sintesi, hanno dato vita soprattutto ad un processo dinamico dall'esito finale incerto piuttosto che ad un modello formale compiutamente definito (l'adozione della formula «*an ever closer Union*» per qualificare il percorso di integrazione sovrannazionale europea segue palesemente – ed emblematicamente – la stessa *ratio*, politica prima che giuridica)[25].

Secondo Jefferson, il principio federale era compatibile con il principio repubblicano – che rimane l'ispirazione fondamentale e prevalente di ogni architettura dell'organizzazione di governo – a condizione, tuttavia, che non seguisse una dinamica di centralizzazione delle funzioni e del potere.

In tale contesto, sono da richiamare il suo impegno contro l'*Alien and Sedition Act*, promosso dai Federalisti di George Washington e Alexander Hamilton, sostenendo che avesse l'obiettivo di controllare l'opposizione alle dinamiche di centralizzazione; contro l'istituzione di una banca centrale (su iniziativa di Hamilton) che avrebbe portato ad

[25] Si considerino, in argomento, le celebri precisazioni offerte da J. Madison, *The Federalist Papers, No. 39* («*The proposed Constitution, therefore, is, in strictness, neither a national nor a federal Constitution, but a composition of both. In its foundation it is federal, not national; in the sources from which the ordinary powers of the government are drawn, it is partly federal and partly national; in the operation of these powers, it is national, not federal; in the extent of them, again, it is federal, not national; and, finally, in the authoritative mode of introducing amendments, it is neither wholly federal nor wholly national.*»). Secondo una spiegazione sistematica delle incertezze ed ambiguità non risolte in sede costituente, in base alla premessa per la quale «*a confederacy and a nation are seen as the extremes*», «*a federal system combines states that* confederally *retain sovereignty within a certain sphere, with a central body that* nationally *possesses sovereignty within another sphere; the combination is thought to create a new and better thing to which is given the name federalism*», in M. Diamond, *As Far as Republican Principles Will Admit*, Washington, D.C., p. 95 (corsivi originali).

un aumento incontrollabile del debito pubblico, inevitabile fonte di corruzione[26].

Rilevante è anche la sua prima stesura del testo della *Kentucky Resolution* (1798)[27] che afferma la legittimità dell'annullamento di atti federali da parte degli Stati e palesemente privilegia una soluzione politica al conflitto di competenze fra l'Unione e gli Stati membri, in alternativa alla via giurisdizionale che si sarebbe consolidata dopo pochi anni con *Marbury* v. *Madison* (1803). Jefferson non ha mai condiviso l'idea che «dispute collegate alla carta fondamentale potessero essere risolte dalla Corte suprema, organismo a cui lui rifiuterà sempre il diritto di considerarsi una corte costituzionale» in quanto «guardiano e giudice di questo patto [costituzionale] non poteva essere il governo

[26] Riportiamo un interessante commento di sintesi: «l'opposizione di Jefferson alla linea dei Federalisti era basata sulla convinzione che essi avrebbero portato ad una società che gli era completamente aliena e che favoriva strati sociali che erano naturalmente nemici dello spirito repubblicano. Quello che andava alla speculazione veniva tolto a chi aveva mescolato il suo lavoro alla natura: i produttori e tra questi, in particolare, gli agricoltori. Un debito pubblico consolidato, con l'assunzione dell'indebitamento accumulato anche dai singoli stati, necessitava di una tassazione imposta a chi lavorava; e chi deteneva il debito pubblico non soltanto viveva sul lavoro degli altri ma tendeva anche a controllare il governo. La banca nazionale voluta da Hamilton avrebbe aumentato il potere del governo centrale, in sé negativo; inoltre, come altre società per azioni, avrebbe potuto agire indipendentemente da un controllo popolare», in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 61.

[27] Se ne evidenziano due brani particolarmente significativi: «*1. Resolved that the several states composing the US. of America are not united on the principle of unlimited submission to their general government; but that, by a compact under the style & title of a Constitution for the US. and of Amendments thereto, they constituted a general government for special purposes, delegated to that government certain definite powers, reserving, each state to itself, the residuary mass of right to their own self-government; and that whensoever the General government assumes undelegated powers, it's acts are unauthoritative, void, & of no force*» e 8. […] *in cases of an abuse[13] of the delegated powers, the members of the general government being chosen by the people, a change by the people would be the constitutional remedy; but where powers are assumed which have not been delegated a nullification of the act is the rightful remedy: that every state has a natural right, in cases not within the compact [casus non foederis] to nullify of their own authority all assumptions of power by others within their limits: that without this right, they would be under the dominion, absolute and unlimited, of whosoever might exercise this right of judgment for them*», da *The Papers of Thomas Jefferson*, Volume 30, Princeton University Press, 2003, pp. 536, disponibile in https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/jefferson%E2%80%99s-draft.

centrale bensì la Costituzione stessa e dunque i singoli stati che erano state le parti contraenti», come sostenuto dalla *Kentucky Resolution*[28].

4. *La libertà religiosa*

La sfera della libertà religiosa rappresenta un ambito privilegiato nel quale l'impegno di Thomas Jefferson, quale filosofo della politica, interagisce intimamente con quello di legislatore dello Stato della Virginia[29]. Si tratta di una delle manifestazioni più rilevanti della concezione dei diritti naturali quali diritti individuali, che verrà incorporata sia nell'esclusione di requisiti religiosi ai fini dell'assunzione di compiti federali (art. VI, 3° comma)[30], sia nelle due *Religion Clauses* del I Emendamento della Costituzione federale, e dunque nella duplice accezione della *Free Exercise Clause* e della *Establishment Clause*.

Se la portata normativa di tali ultime disposizioni è stata estesa in modo da essere interpretata come destinata anche agli Stati – attraverso la cosiddetta *incorporation theory* della Corte suprema –, l'intento originario era palesemente rivolto a porre limiti alla funzione legislativa dello Stato federale, con il fine di anticiparne eventuali e temute violazioni dei diritti dei cittadini e dell'ordine giuridico e politico degli Stati membri. In particolare, giova ricordare l'esistenza di *established*

[28] Così in M. Sylvers, *op, cit.*, p. 52.

[29] Ma anche con la sua Presidenza dell'Unione: è interessante notare, infatti, che nell'accordo con la Francia per la cessione del territorio della Louisiana si prevedeva la garanzia della libertà religiosa dei nuovo abitanti, quasi anticipando una figura che in Europa, agli inizi del secolo XX, sarebbe stata tipica della garanzia di diritto internazionale per la protezione di minoranze nazionali, linguistiche e religiose in seguito allo spostamento dei confini dopo la caduta degli imperi asburgico ed ottomano (art. III: «*The inhabitants of the ceded territory shall be incorporated in the Union of the United States and admitted as soon as possible according to the principles of the federal Constitution to the enjoyment of all these rights, advantages and immunities of citizens of the United States, and in the mean time they shall be maintained and protected in the free enjoyment of their liberty, property and the Religion which they profess*»).

[30] Questa la disposizione: «*no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States*». La norma è presente anche nel testo costituzionale di numerosi Stati membri.

churches in alcuni Stati – oltre che di restrizioni alla libertà religiosa e ai diritti civili di minoranze – che il pensiero repubblicano di Thomas Jefferson non poteva non giudicare incompatibili con un assetto normativo rispettoso dei diritti naturali.

Quest'ultima era la situazione vigente in Virginia, benché la *Declaration of Rights* del 1776 già avesse formalizzato il principio di libertà religiosa e di eguaglianza del relativo esercizio quale fondamento non solo dei diritti naturali inerenti ma anche delle finalità istituzionali del governo[31]. È da sottolineare l'asserzione circa il primato della ragione e della coscienza individuale e l'esclusività di ogni obbligo in materia nei confronti della figura del Creatore, con conseguente negazione di ogni forma di autorità in capo ad istituzioni secolari[32].

Nondimeno, la Chiesa Anglicana rappresentava ancora la religione di Stato sino al 1779, nonostante già nel 1777 fossero state abrogate le leggi che disciplinavano l'obbligo di partecipare alle funzioni religiose. Ma secondo Jefferson la libertà religiosa doveva acquisire caratteri di assolutezza, essendo anche contrario ad un'affermazione di una posizione di eguaglianza fra le sole confessioni cristiane. Il suo progetto di legge fu approvato e divenne legge dello Stato nel 1786.

Il *Virginia Statute of Religious Liberty* è articolato in una lunga esposizione dei motivi e delle finalità della legge, formulata con riguardo alle premesse teoriche del principio repubblicano[33], e solo due disposizioni.

---

[31] Così afferma la conclusione del breve preambolo della *Declaration*: «*A Declaration of Rights is made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government*».

[32] Si veda l'art. 16 della Dichiarazione: «*That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practise Christian forbearance, love, and charity toward each other*».

[33] Alcuni dei passaggi emblematici affermano che «*Whereas Almighty God hath created the mind free*, and manifested his supreme will that free it shall remain by making it altogether insusceptible of restraint; […] *that the impious presumption of legislators and rulers, civil as well as ecclesiastical, who, being themselves but*

La prima prevede il divieto sia di costrizioni positive, sia di riflessi delle convinzioni religiose individuali sui contenuti della rispettiva cittadinanza, senza prescrizioni sulla destinazione delle norme alle organizzazioni private – principalmente ecclesiastiche –, salvo ritenere che gli organi giurisdizionali siano vincolati a dare alla legge un'applicazione generale (salvo ricorrere alle eccezioni di cui, ad es., nella figura delle *ministerial exceptions*)[34].

La seconda disposizione presenta due motivi di particolare interesse: il primo si ravvisa nel riferimento alla tradizionale norma britannica secondo la quale «*Parliament cannot bind itself*» e nella conseguente predisposizione di un meccanismo che esclude ogni forma di efficacia normativa ad una successiva disposizione contraria alla disposizione *de qua*. La norma britannica è conosciuta, viene affermata e contestualmente disattesa, realizzando un interessante caso di circolazione negativa dei modelli. Tutta l'energia ideologica di Jefferson in favore della libertà religiosa viene immessa anche nell'intervento legislativo sul sistema delle fonti[35].

---

fallible and uninspired men, have assumed dominion over the faith of others, setting up their own opinions and modes of thinking as the only true and infallible, and as such endeavoring to impose them on others, hath established and maintained false religions over the greatest part of the world and through all time; […] that our civil rights have no dependance on our religious opinions, any more than our opinions in physics or geometry; that therefore the proscribing any citizen as unworthy the public confidence by laying upon him an incapacity of being called to offices of trust and emolument, unless he profess or renounce this or that religious opinion, is depriving him injuriously of those privileges and advantages to which, in common with his fellow citizens, he has a natural right; […] that the opinions of men are not the object of civil government, nor under its jurisdiction; […] *and finally, that truth is great and will prevail if left to herself; that she is the proper and sufficient antagonist to error, and has nothing to fear from the conflict unless by human interposition disarmed of her natural weapons, free argument and debate; errors ceasing to be dangerous when it is permitted freely to contradict them*» (corsivi originali).

[34] Il testo – molto conciso – della disposizione: «*no man shall be compelled to frequent or support any religious worship, place, or ministry whatsoever, nor shall be enforced, restrained, molested, or burthened in his body or goods, nor shall otherwise suffer, on account of his religious opinions or belief; but that all men shall be free to profess, and by argument to maintain, their opinions in matters of religion, and that the same shall in no wise diminish, enlarge, or affect their civil capacities*».

[35] Si veda il testo: «*And though we well know that this Assembly, elected by the people for the ordinary purposes of legislation only, have no power to restrain the*

Il secondo motivo di interesse della disposizione risiede nella formalizzazione legislativa sia dell'esistenza di una specifica categoria di diritti – i «diritti naturali» – sia di una loro sovraordinazione gerarchia conseguente alla qualifica di «atto in violazione di un diritto naturale» conferita ad ogni fonte normativa volta all'abrogazione ovvero alla riduzione del campo di applicazione della norma in parola[36].

5. *Riflessioni conclusive*

La breve ricognizione di alcuni aspetti caratterizzanti la figura di Thomas Jefferson dà conferma del rilievo della sua presenza culturale e politica nel contesto originario del costituzionalismo statunitense, riconducibile principalmente al principio repubblicano e alle sue declinazioni, con particolare enfasi sulla concezione dei diritti naturali, della loro idoneità a porsi quale premessa e fonte di ispirazione dell'organizzazione istituzionale dell'autorità politica – strettamente finalizzata alla loro garanzia –, nonché sulla predilezione di comunità contenute nella popolazione e nell'estensione del territorio.

Il pensiero di Jefferson induce, in particolare, a tradurre concettualmente in italiano la formula «*republican form of government*» che lo Stato federale deve garantire agli Stati membri (di cui all'art. IV, comma 4 della Costituzione) come «forma (repubblicana) di Stato», proprio in quanto il riferimento va ben al di là della natura elettiva e non ereditaria dell'organo esecutivo e attiene in realtà ai valori costituenti che connotano – sia ideologicamente sia nella configurazione delle istituzioni – il rapporto fra l'autorità dello Stato e la sfera garantita delle libertà degli individui[37].

---

acts of succeeding Assemblies, constituted with powers equal to our own, and that therefore to declare this act irrevocable would be of no effect in law».

[36] Questo è il testo: «*we are free to declare, and do declare, that the rights hereby asserted are of the natural rights of mankind, and that if any act shall be hereafter passed to repeal the present or to narrow its operation, such act will be an infringement of natural right*».

[37] In realtà, anche nell'ordinamento italiano la clausola di eternità applicata alla «forma repubblicana» (art. 139) concerne non già la sola configurazione del titolo di investitura del capo dello Stato bensì i «valori repubblicani» e dunque la forma di Stato, come argomentato in R. Toniatti, *La democrazia costituzionale repubblicana*

Sul piano storico, il pensiero di Jefferson si pone, per un lato, come tributario delle esperienze europee (sia a lui contemporanee, sia risalenti all'antichità) ma, per altro lato, si presenta come interlocutore nel contesto sia del costituzionalismo anglo-americano, sia del costituzionalismo continentale delle origini, nonostante le divergenze fra e all'interno di questi ambiti. E dunque, si può considerare Jefferson come una figura significativa delle origini del costituzionalismo euro-atlantico, nonostante i successivi sviluppi distintivi suggeriscano di mantenere una riflessione intorno alla sua figura nella cornice storica appropriata[38].

La necessità di una storicizzazione del suo pensiero è palese, fra l'altro, quando si debba trattare, ad esempio, delle sue opinioni sulla condizione dei *Native Americans* – inesorabilmente destinati all'assimilazione culturale –, ovvero degli Afro-Americani, dei quali, benché proprietario di schiavi, propose la soluzione del loro trasferimento in Africa[39].

Diversamente, per alcuni profili, il pensiero di Jefferson presenta tratti di attualità in una prospettiva più ampia: ad esempio, la sua ostilità all'espansione del ruolo dello Stato federale, se viene collocato nella cornice statunitense, dimostra che gli Antifederalisti, benché perdenti sul piano politico, avessero ben anticipato una dinamica di evoluzione che non era necessariamente scritta nel testo costituzionale mentre, se proiettato all'interno del processo di integrazione sovrannazionale europeo, offre interessanti spunti di riflessione – condivisibili o meno –

---

in C. Casonato (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione italiana*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 73.

[38] Sulla necessità, per un comparatista, di qualificare e classificare il macrocontesto costituzionale del quale si tratta rinviamo a R. Toniatti, *Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges*, *2019 Casad Comparative Law Lecture*, in *Kansas Law Review*, 2019, pp. 693.

[39] In argomento cfr. M. Sylvers, *op. cit.*, pp. 82 dove si osserva «che il paese che si vantava di essere quello più favorevole ai ceti popolari fosse anche quello che tendeva continuamente a distruggere altri sue popoli sicuramente con costituisce un fatto secondario; in fondo i bianchi lo riconoscevano quando sottolineavano che gli Stati Uniti erano "*the best white man's country*". Anche per Jefferson il paese era per i bianchi in quanto era a loro che Dio e la natura lo avevano dato come popolo meglio adatto a svilupparlo; qualsiasi studio che tratti della sua filosofia politica è del tutto carente – come quello della Arendt – se non dà il giusto rilievo a questo nodo».

che contribuiscono a definire le opzioni di fondo attorno al principio di sussidiarietà[40].

Allo stesso modo, la sua insistenza sull'autogoverno di comunità contenute ed omogenee è suscettibile di lettura quale una forma di anticipazione intuitiva dei concetti di «piccole patrie» ovvero anche di «Europa delle nazioni» propri della più recente esperienza dell'integrazione europea, come anche intorno a tematiche divenute di rilievo costituzionale come quelle sorte attorno al concetto di identità (delle maggioranze non meno che delle minoranze).

Nel mondo di Jefferson, la dimensione comunitaria, riconducibile agli Stati ma anche ad aggregazioni territoriali infrastatuali – quali i *wards* – si poneva quale l'ambito locale, sociale ed economico particolarmente propenso a generare e preservare le virtù repubblicane che rappresentano la dinamica che trasforma l'etica individuale in etica pubblica e quest'ultima in categoria politica destinata a permeare di sé l'apparato normativo ed istituzionale.

Le virtù repubblicane si prospettano anche come la fonte che alimenta l'impegno di Jefferson sul fronte del primato dell'istruzione che, in conformità con il pensiero repubblicano, costituiva il fondamento per l'esercizio dell'autogoverno[41]. Nel 1778 propose – ma senza esito – un sistema di istruzione pre-universitario per la Virginia «che avrebbe insegnato a tutto il popolo libero – maschi e femmine – la conoscenza dei pericoli per la libertà e allo stesso tempo avrebbe

[40] Sul concetto di «*small Republic*» e sulla circostanza per la quale «*the Anti-Federalists' defence of federalism and the primacy of the states rested on their belief that there was an inherent connection between the states and the preservation of individual liberty, which is the end of any legitimate government*» rinviamo a H. J. Storing, *What the Anti-Federalists were for. The political thought of the opponents of the Constitution*, Chicago and London, 1981, pp. 15.

[41] Si veda: «Jefferson era cosciente che, avendo respinto l'ignoranza come mezzo di controllo sociale, il tessuto dell'autogoverno era rappresentato dai singoli cittadini; senza una loro maturità di giudizio l'autogoverno sarebbe facilmente degenerato in tirannide di cui la storia antica era piena. Considerava la conoscenza "potere, sicurezza e felicità" e di Beccaria approvava la massima che "il mezzo più efficace per rendere un popolo libero e felice organizzare un metodo perfetto di educazione"», in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 46.

permesso a quelli con più genio e virtù di diventare i futuri amministratori della repubblica»[42].

Maggior successo, come si sa, ebbe Thomas Jefferson con l'attivazione dell'istruzione universitaria, che, in linea con l'ispirazione repubblicana, doveva sistematicamente coniugare conoscenza[43] ed etica[44]: ad esempio, «*the higher branches of education […] are to form*

[42] Così in M. Sylvers, *op. cit.*, p. 47 dove si aggiunge che «uno dei problemi politici di fondo per Jefferson era di trovare il mezzo per far emergere un'aristocrazia di talento che avrebbe potuto sostituire quella di nascita e di ricchezza ritenuta artificiale e ingiusta».

[43] I benefici dell'istruzione dell'uomo bianco – tutti rivolti al futuro – sono esaltati a confronto con i limiti intrinseci della cultura (orientata ad un eterno passato) dei *Native Americans*: « *What, but education, has advanced us beyond the condition of our indigenous neighbours? and what chains them to their present state of barbarism & wretchedness, but a besotted veneration for the supposed superlative wisdom of their fathers and the preposterous idea that they are to look backward for better things and not forward, longing, as it should seem, to return to the days of eating acorns and roots rather than indulge in the degeneracies of civilization*». In conclusione, si afferma che «*nor must we Omit to mention, among the benefits of education, the incalculable advantage of training up able counsellors to administer the affairs of our Country in all its departments, Legislative, Executive, and Judiciary, and to bear their proper share in the councils of Our National Government; nothing, more than education, adorning the prosperity, the power and the happiness of a nation*».

[44] Si escludeva, tuttavia, qualsivoglia insegnamento religioso – da ciò la qualifica dell'Università della Virginia quale «università laica» – con la seguente motivazione: «*in conformity with the principles of our constitution, which places all sects of religion on an equal footing, with the jealousies of the different sects in guarding that equality from encroachment & surprise, and with the sentiments of the legislature in favor of freedom of religion manifested on former occasions, we have proposed no professor of Divinity; and tho rather, as the proofs of the being of a god, the creator, preserver, & supreme ruler of the universe, the author of all the relations of morality, & of the laws & obligations these infer, will be within the province of the professor of ethics; to which adding the developements of these moral obligations, of those in which all sects agree with a knolege of the languages, Hebrew, Greek and Latin,4 a basis will be formed common to all sects. Proceeding thus far without offence to the constitution, we have thought it proper at this point, to leave every sect to provide as they think fittest, the means of further instruction in their own peculiar tenets*». Si veda in proposito il lungo testo (del quale primo firmatario fu proprio Thomas Jefferson) del *Report of the Board of Commissioners for the University of Virginia to the Virginia General Assembly* (1818), disponibile in https://founders.archives.gov/documents/Madison/04-01-02-0289-.

the statesmen, legislators & judges, on whom public prosperity, & individual happiness are so much to depend»[45].

Su questa prospettiva del pensiero repubblicano di Thomas Jefferson – rivolta alla crescita di una «aristocrazia di talenti» – la riflessione è ancora aperta.

***

ABSTRACT: The essay deals with the theoretical and historical contribution given by Thomas Jefferson to cultural and political life in the state of Virginia, to the Declaration of Independence of former British colonies and to the establishment of the United States. Jefferson spent a few years in Paris at the time of the French Revolution, and had a relevant role in developing American Enlightenment and inspiring liberal constitutionalism in the United States. The basic features of his political and legal philosophy were founded on the Republican principle that entailed the practice of individual and collective civic virtues of frugality as well as the experience of direct democracy and self-government preferably of small communities. Such beliefs led him to favour the Antifederalists, although, while acting as the third President of the United States for two terms (1801-1809), he achieved a large expansion of the federal territory through the Louisiana Purchase. Again while President, he never agreed on the Supreme Court achieving the power of judicial review. His constitutional commitment included a strong support in favour of religious freedom, against public involvement with any religious established church, as well as, in the role

[45] E, fra gli obiettivi educativi, di evidente vocazione liberale, si menzionano: «*To expound the principles & structure of government, the laws which regulate the intercourse of nations, those formed municipally for our own government, and a sound spirit of legislation, which banishing all arbitrary & unnecessary restraint on individual action shall leave us free to do whatever does not violate the equal rights of another* […] *To develope the reasoning faculties of our youth, enlarge their minds cultivate their morals, & instil into them the precepts of virtue & order* […] *And generally to form them to habits of reflection, and correct action, rendering them examples of virtue to others & of happiness within themselves*». Cfr *Report of the Board of Commissioners for the University of Virginia, cit.*

of founder of the University of Virginia, of a secular approach to higher education

KEYWORDS: The Enlightenment and Liberal Constitutionalism in the United States – Declaration of Independence of the Former Colonies - Federalism and Antifederalism - The Republican Principle – Religious Freedom

Roberto Toniatti – Professore senior di diritto costituzionale comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento (roberto.toniatti@unitn.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Thomas Jefferson: un repubblicanesimo "generazionale"*

Paola Persano

SOMMARIO: 1. Il potere costituente: qualche cenno storiografico. – 2. L'autonomia generazionale nelle maglie del repubblicanesimo: radicalità di Jefferson. – 3. Durata generazionale e revisione costituzionale: il nodo stretto della democrazia.

1. *Il potere costituente: qualche cenno storiografico*

Quello del potere costituente è un tema classico che trova in Jefferson una voce autorevole, in continuo scambio con le vicende nordamericane, ma anche al di qua dell'Atlantico, considerato il suo ruolo diplomatico in Francia tra il 1785 e il 1789 quando, nel mese di settembre, lascia Parigi e quei luoghi che il fermento rivoluzionario sta per investire appieno.

Indubitabile l'influenza che i fatti francesi eserciteranno su di lui da lì in avanti, risultandone a loro volta influenzati dal suo contributo sui contesti intellettuali e istituzionali dell'epoca; un contributo estremamente poliedrico per il fatto stesso di provenire da un brillante avvocato, filosofo, architetto nonché artefice della Dichiarazione d'indipendenza e futuro Presidente degli Stati Uniti.

Il momento rivoluzionario americano dentro il quale Jefferson si colloca a pieno titolo è il momento germinale, di fondamentale emersione della categoria del potere costituente, anche se la radice del concetto appare più genericamente britannica. Nel panorama storiografico italiano dedicato alla teoria del potere costituente, è Pasquale Pasquino a retrodatare al 1660, collocandola appunto in ambiente inglese, la distinzione fra potere costituente e poteri costituiti, nella convinzione che il primo a ricorrervi non sia stato Sieyes, ma George Lawson nel suo

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

Politica sacra et civilis or a model of civil and ecclesiastical Government[1]. Un secolo dopo, nel 1764 con James Otis, inglese prestato alla causa dei coloni americani, il potere costituente diventa una nozione dirompente, rivoluzionaria, in quanto inserito nell'opposizione – di fatto già messa a punto da Emmerich de Vattel – con il potere legislativo «e questo è ciò che distingue nella storia il nome di rivoluzione»[2]. La radicalizzazione vera e propria nell'uso del concetto si verificherà da ultimo con Thomas Young, radicale della Pennsylvania che se ne serve negli anni della Rivoluzione per affermare il diritto del Vermont ad una costituzione autosufficiente. Young distingue il potere delegato da quello costituente nella convinzione che i coloni «*erano* il potere costituente supremo e i loro rappresentanti *sono* il potere delegato supremo e, non appena il potere delegato si allontana troppo dalle mani del potere costituente, è in qualche modo istituita una tirannia»[3].

Sul potere costituente come campo di tensioni e contraddizioni, resta ad oggi insuperata l'opera di Antonio Negri *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*[4], nella quale si sostengono le ragioni della permanente opposizione, piuttosto che della conciliazione pacifica, tra istanze democratiche e contenimento costituzionale, presentando quindi il potere costituente in termini di eccedenza della spinta al dis-ordine democratico piuttosto che come democrazia costituzionalmente ordinata. E, a proposito delle contraddizioni specifiche del costituzionalismo democratico americano, nel suo recentissimo contributo su questione antifederalista e costituzione degli Stati Uniti d'America, proprio al potere costituente l'autore Giorgio Grappi ritorna, per fare tra l'altro interloquire la figura di Jefferson con quel «popolo inatteso» che, con la sua presenza, complica la narrazione altrimenti lineare e coesa di un processo federalista, il cui esito finale oggi – anche grazie alla riconosciuta centralità del

---

[1] P. Pasquino, *Le répubblicanisme constitutionnel de E. Sieyes*, in «Droits», 1993, p. 67-79, in part. p. 72.

[2] J. Otis, *The Alarm. Or an Adress to the People of Pennysilvania on the Late Resolve of Congress… 1760-1805*, Indianapolis, 1983, vol. 1, p. 326; cit. in M. Ricciardi, *Rivoluzione*, Bologna, 2001, p. 61.

[3] La citazione è ripresa da W.P. Adams, *The First American Constitutions. Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era* (1973), Chapel Hill, 1980, p. 63-64. I corsivi sono miei.

[4] A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Varese, 1992; ried. Roma, 2002.

virginiano – non è più immaginabile ascrivere acriticamente ai soli *federalists*[5].

2. *L'autonomia generazionale nelle maglie del repubblicanesimo: radicalità di Jefferson*

Dietro la teoria del potere costituente, che è poi la teoria per la quale un popolo ha il potere di decidere di se stesso, con un'estensione dell'autogoverno democratico a quello specifico oggetto che è la costituzione, c'è tutta la radicalità del Jefferson pensatore e attore politico, fautore – come negli stessi anni Paine e Condorcet – di un repubblicanesimo che è corretto definire "generazionale". È una radicalità inizialmente molto accentuata, che andrà mitigandosi via via che ci si avvicina all'adozione della Costituzione federale.

Una prima significativa traccia di questa radicalità è presente in realtà fin nella Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio 1776, rispetto alla quale è nota la portata significativa del contributo redazionale jeffersoniano. Vi si legge:

«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.

[5] A. Grappi, *Il popolo inatteso: la questione antifederalista e la Costituzione degli Stati Uniti*, in «Scienza&Politica»/Quaderno n. 7, 2018 (http://amsacta.unibo.it/5826/1/Quad_N_7_2018_SP_Grappi_%20Il%20popolo_inatteso.pdf).

Certamente, prudenza vorrà che i governi di antica data non siano cambiati per ragioni futili e peregrine […][6]».

A fronte della violazione dei diritti inalienabili per la cui garanzia un governo è istituito, emergono con chiarezza il diritto al mutamento costituzionale e il richiamo al prudente esercizio dello stesso. Si tratta di uno dei tratti fondamentali del costituzionalismo genericamente atlantico, americano ma anche francese[7], e di quello specificamente jeffersoniano: il potere da parte della generazione dei viventi, in quanto "popolo in atto", di esercitare sulla costituzione un controllo – per Jefferson, diretto nel pieno della Rivoluzione, sempre più mediato negli anni a seguire – mettendovi mano tutte le volte che essa si renda abusiva, in ragione appunto della teoria democratica del potere costituente. Entra qui in gioco la tensione tra democrazia e costituzionalismo, ma anche tra permanenza e mutamento, durata e rottura della durata di una costituzione, con il fattore tempo a dominare la scena.

Guardando poi alla straordinaria propensione epistolare del nostro protagonista, sottolineata in particolare da Aquarone[8] negli anni Sessanta del secolo scorso, è nello scambio prolungato con Madison che il tema generazionale si specifica ulteriormente. In una lettera di quello stesso settembre '89 evocato nelle prime righe di questo saggio, si assiste alla ripresa dei *topoi* lockiani dell'usufrutto del genere umano e dell'avversione per l'ereditarietà della colpa, premesse necessarie per la seguente conclusione di Jefferson:

«[…] credo essere evidente, *che la terra appartiene in usufrutto ai viventi*, che la morte non ha né poteri né diritti su di essa[9]».

---

[6] *Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America* (1776), Macerata, 2010.

[7] Sul punto mi permetto di rinviare a P. Persano, *La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero politico francese tra Ancien régime e Rivoluzione*, Macerata, 2007, p. 172 ss.

[8] Di un «gigantesco epistolario» si legge infatti in A. Aquarone, *Antologia degli scritti politici di Jefferson*, Bologna, 1961, p. 5.

[9] Th. Jefferson, *Letter to James Madison*, Paris, September 6, 1789; repr. in *Writings*, New York, 1984, p. 959-964, in part. p. 959. La traduzione è mia.

Qualche anno più tardi, il dialogo a distanza fra lui e il suo interlocutore privilegiato si arricchirà di un nuovo tassello, secondo cui

«[…] per legge di natura, una generazione sta all'altra come una nazione indipendente sta a un'altra nazione indipendente[10]».

Nell'orizzonte concettuale jeffersoniano viene così configurandosi un esplicito collegamento fra dimensione generazionale e dimensione nazionale, senza che per questo il suo discorso si carichi di note marcatamente identitarie. Come ha scritto Stephen Holmes, egli si spinge a «negare tutte le tesi correnti sulla continuità storica e (quindi) sull'identità nazionale»[11]. I due profili, quello generazionale e quello nazionale, sono intrecciati a filo doppio nell'intento di perseguire mediante retoriche diverse il fine unico del repubblicanesimo universale.

È nell'universalismo repubblicano che convergono fino a identificarsi appartenenza nazionale –«potenziale aggregativo nazionale della costituzione» lo ha definito Roberto Toniatti nelle conclusioni a questo Convegno – e appartenenza generazionale, con la conseguenza di promuovere la generazione (di individui adulti in un dato momento storico) a soggetto politicamente autonomo, la cui durata nel tempo è importante definire preliminarmente se si vuole cogliere il senso vero del mutamento rivoluzionario in atto.

3. *Durata generazionale e revisione costituzionale: il nodo stretto della democrazia*

Nella solita lettera a Madison del 1789 Jefferson, nel ribadire l'appartenenza della terra ai viventi, aggiunge:

---

[10] Th. Jefferson, *Letter to James Madison* cit., p. 962.

[11] S. Holmes, *Passions and Constraint On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, 1995; trad. it. *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale*, Torino, 1998, p. 202.

«Nessuna società può emanare una costituzione perpetua e tanto meno una legge perpetua. Gli uomini sono padroni di se stessi e possono governarsi a loro piacimento. La terra appartiene sempre alla generazione vivente»[12].

Uno dei luoghi di massima sperimentazione del potere costituente come potere di un "popolo in atto" all'interno del tempo generazionale è quindi per lui, come per altri suoi contemporanei negli Stati Uniti e fuori dai confini americani, il luogo della revisione costituzionale in quanto istituto teso a sancire la sovranità di una generazione su quelle che l'hanno preceduta e che le seguiranno. Perché questa sovranità si eserciti appieno occorre tuttavia delineare i confini esatti della generazione dei viventi, vale a dire misurare la durata di un'unità generazionale capace di azione autonoma nel presente. Per farlo proprio Jefferson si richiama alle tavole di mortalità europee, secondo una dottrina ereditata da Buffon. Scriverà più tardi ad un diverso destinatario:

«Sulla base delle tavole di mortalità dell'Europa, si può dire che in maggioranza gli adulti viventi in un dato momento nel giro di diciannove anni saranno morti. Alla fine di questo periodo, quindi, alla vecchia maggioranza ne subentrerà una nuova o, se si preferisce, la vecchia generazione sarà sostituita da una nuova»[13].

È sul terreno della revisione costituzionale a cadenza ventennale che si realizza in concreto quanto anticipato inizialmente a proposito del passaggio per Jefferson, tra la fine degli anni Settanta del Settecento e i primi del secolo successivo, da una postura rivoluzionaria ad alto tasso di radicalità a un'attitudine costituente a radicalità attenuata. Autore di una proposta di Costituzione per la Virginia che conoscerà svariati rimaneggiamenti, egli rintraccia un rimedio – da qualcuno giudicato ingenuo – allo sconfinamento dei poteri del legislativo nella possibilità di convocare una Convenzione costituzionale per rivedere la costituzione, su proposta del popolo di due terzi delle contee, specificando che questo deve avvenire tramite *meeting* convocati da uno specifico atto del legislativo. Le modifiche così approvate avranno lo stesso valore delle altre leggi.

---

[12] Th. Jefferson, *Letter to James Madison* cit., p. 963.
[13] Id., *Letter to Samuel Kercheval*, July 12, 1816, in *Writings* cit., p. 1402.

Si tratta della prima versione del testo, nel 1776, la più radicale, da cui emerge una visione più vicina all'interpretazione popolare del costituzionalismo che si era diffusa con la rivoluzione[14]. In una versione successiva, quella del 1783, evidentemente più prossima alla Costituzione federale, lo scenario cambia, e quella che era l'ipotesi di revisione su proposta del popolo di due terzi delle contee diventa revisione su proposta di due terzi dei due rami del parlamento, con una chiara torsione rappresentativa [15] che segnala l'effettiva riduzione di radicalità nelle posizioni jeffersoniane. L'elemento rappresentativo si fa prevalente, andando a contenere e a mitigare la forza destabilizzante del potere costituente come generazione dei viventi o "popolo in atto", e certificando allo stesso tempo la vera priorità del pensiero politico e costituzionale jeffersoniano: l'abuso del potere legislativo in ogni sua declinazione ed estensione possibile.

Eppure, nonostante il correttivo apportato alla sua teoria del potere costituente, con l'approssimarsi del 1787 Jefferson sarà attaccato dai sostenitori della Costituzione federale in forza del fatto che «esistono ostacoli formidabili alla proposta di far ricorso al popolo come risorsa ordinaria atta a mantenere i vari organi costituzionali entro i loro limiti»[16]. La straordinaria circolazione delle sue idee jeffersoniane negli ambienti critici della Costituzione spingerà Madison a precisare che l'«espediente» non considera che «poiché ogni ricorso al popolo implicherebbe un qualche difetto del governo, il ricorrervi di frequente potrebbe [...] privare tale governo di quella *venerazione che il tempo finisce col porre su ogni cosa*, e

[14] Durante la Rivoluzione «la mobilitazione che passava attraverso le *convention* rivoluzionarie, i *meeting* extralegali, le contestazioni ai tribunali regi e infine in maniera massiccia con la guerra e l'impiego delle milizie, ave[va] allargato il fronte rivoluzionario fino a includervi componenti sociali prima poco coinvolte dalle polemiche costituzionali con la madrepatria. In questa situazione, la Dichiarazione d'indipendenza, con il suo linguaggio radicale, port[ava] al diffondersi di una visione della sovranità popolare che si incarnava, almeno in parte, nell'esplicitazione del potere costituente del popolo durante la formazione delle costituzioni statali», G. Grappi, *op. cit.*, p. 125.

[15] L'espressione, riferita alla parabola costituzionale di Sieyes, è mutuata da Luca Scuccimarra, *Genealogie della nazione: Sieyès e le ambivalenze del vocabolario rivoluzionario*, in G. Ruocco - L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo*, vol. 1, Roma, 2011, p. 239-266; in part. p. 242.

[16] A. Hamilton - J. Madison - J. Jay, *The Federalist Papers* (1788); trad. it. *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio - G. Negri, Bologna, 1997, 48 e 49, p. 446 e p. 448-449.

senza la quale anche il governo più saggio e libero non sarebbe abbastanza stabile»[17].

La continuità temporale, e non la scommessa su una generazione slegata da qualunque vincolo col passato, opererebbe per i *federalists* a garanzia della stabilità politica e costituzionale, in una visione del tempo lungo della storia quale fattore che rende il governo venerabile e perciò legittimo. La temporalità, già ampiamente messa al centro del repertorio costituzionalistico di quegli anni, torna ad essere evocata, ma in una prospettiva molto lontana dall'approccio di Thomas Jefferson: fino a una certa data apprezzato per la sua opposizione a ogni forma di sconfinamento di potere da parte del legislativo, con l'avvento della Costituzione federale egli è guardato con sospetto da quanti nel fronte federalista non sono disposti a seguirne la linea quando a sconfinare sia il governo federale. Posti di fronte al problema dell'eccessiva concentrazione di potere da parte del legislativo continentale rispetto alle sovranità dei singoli Stati, i federalisti scommettono piuttosto sulla divisione dei poteri e sul controllo del giudiziario[18].

Di contro, per Jefferson il problema principale resta sostanzialmente invariato e allude all'assolutezza della sovranità democratica che si genera per effetto di un «legislativo [che] può prendersi tutto e, una volta presolo e avendo il diritto di fissare un quorum, può ridurre il quorum a uno, che potrà essere chiamato presidente dell'assemblea, capogruppo, dittatore o ogni altro nome che piaccia»[19].

Il nodo della sovranità democratica, che le rivoluzioni atlantiche hanno reso finalmente effettiva, è scoperto: si tratta di un nodo, stretto su se stesso e che contemporaneamente stringe a sé promesse di equilibrio e di misura, a volte mantenute altre no, e questo perché chi a quelle promesse deve dar seguito è un popolo costituente e legislatore, definito in ragione della sua straordinaria autonomia generazionale – il repubblicanesimo "generazionale" da cui sono partite queste brevi note di studio – che nel passaggio circolare dall'una all'altra funzione, costituente e legislativa, proprio equilibro e misura può spesso andare smarrendo.

---

[17] J. Madison, *Vices of the Political System of the United States*, April 1787; in W.T. Hutchinson *et alii* (eds.), *The Papers of James Madison. Congressional Series*, vol. 9, Chicago, 1962. Corsivo mio.

[18] G. Grappi, *op. cit.*, p. 123.

[19] Th. Jefferson, *Notes on the State of Virginia, Query XIII: Constitution*, 1784; in A.A. Lipscomb - A.E. Bergh (eds.), *The Writings of Thomas Jefferson*, Washington, 1907 (https://avalon.law.yale.edu/18th_century/jeffvir.asp).

Si intravede in filigrana il richiamo alla questione della virtù che insieme alla legge anima ogni voce repubblicana degna di questo nome, antica e moderna. E Jefferson non vi farà eccezione.

***

ABSTRACT: This essay is focused on Thomas Jefferson as a political and constitutional theorist. More precisely, his thought is contextualized in the light of the recent Italian historiography on the constituent power and framed within the US federalist experience.

As one of the most emblematic intellectuals of his time, Jefferson's reflections deal not only with the strengths of democratic institutions in their process of consolidation during the eighteenth and nineteenth centuries, but also with their shortcomings. Jefferson combined republican faith and trust in generational autonomy, with the aim to emancipate his historical present from both the past and the future.

Jefferson will weave an intense epistolary dialogue with Madison, examining the constant threat of a "people in action" and how to face the risk that concentration of power may generate a legislative tyrant. He was convinced that solely the periodic amendment of the Constitution (including the federal one) could have coped with such threat. Generational renewal is the real weapon against a temporal duration made up of injustice and abuse. An unprecedented way of framing the well-known Jeffersonian radicality.

KEYWORDS: Constituent power; generational autonomy; constitutional revision; radicality; republicanism

Paola Persano – Professoressa associata di storia delle dottrine politica nell'Università di Macerata (paola.persano@unimc.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Jefferson a Parigi
Pensare la rivoluzione dei diritti tra le due sponde dell'Atlantico*

Marco Fioravanti

SOMMARIO: 1. Rivoluzioni atlantiche. – 2. Rivoluzione e Costituzione. – 3.Schiavitù e diritto dell'uomo.

1. *Rivoluzioni atlantiche*

L'anno successivo all'emanazione della Dichiarazione di indipendenza del 1776, Benjamin Franklin arrivò a Parigi come ambasciatore dei neonati stati indipendenti d'America, portando con sé l'esperienza di una rivoluzione vittoriosa e una cultura che da un lato era erede di quella cosmopolita europea dei Lumi da un altro se ne distanziava. La semplicità, la frugalità e l'innocenza (presunta) del popolo americano fu incarnata da Franklin nel suo ruolo di diplomatico in Europa in opposizione ai fasti delle corti d'*Ancien régime*[1].

Uno dei massimi dignitari della massoneria d'America, Franklin prese subito contatti con la parte più aperta e lungimirante della cultura francese, coinvolgendo nella sua Loggia artisti e letterati, medici e giuristi, del calibro di Helvétius, Condorcet, Vernet, Mercier, oltre che Voltaire. Si nutrì delle idee tardo illuministiche circolanti nella capitale e a sua volta divenne un riferimento per tutti i riformatori dell'epoca che vedevano nella federazione o confederazione nord americana un modello, se non da imitare, con cui confrontarsi. Noti sono i suoi scambi intellettuali con quelle che

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review.*

[1] Cfr. P. Gaxotte, *La Rivoluzione francese*, Milano, 2001, pp. 60-61.

sarebbero divenute le anime della Rivoluzione francese, quali Brissot, Marat e Robespierre.

Rientrato in patria nel 1783, sarebbe stato sostituito da Thomas Jefferson il quale rimase nella capitale francese dal 1784 al 1789, come ambasciatore e ministro del commercio, ponendosi, in una certa misura, sulla scia del suo predecessore, emulandone lo spirito fino a superarlo nella capacità di attirare intelligenze nel proprio alveo. Intelligenze che anche in questo caso si influenzavano reciprocamente. Agli albori dell'età delle rivoluzioni democratiche, le due sponde dell'Atlantico colloquiavano e dibattevano proprio su libertà e diritti[2]. Del resto, l'ambizioso saggio jeffersoniano *Notes on the State of Virginia* del 1782 (tradotto nel 1786 dall'*abbé* Morellet)[3] era pensato proprio per descrivere a Barbé de Marbois la sua idea di repubblica democratica, basata sull'ideale di un'unione, di chiara matrice rousseauiana, di piccoli proprietari e contadini. Il *Frugal Gouvernement* jeffersoniano consisteva nell'idea, da realizzarsi però in un lontano futuro, di uno Stato che si limitasse a garantire libertà e un certo grado di eguaglianza, puntando soprattutto sull'istruzione, forse uno dei lasciti più duraturi del radicalismo riformatore di Jefferson. Michel Foucault e Pierre Bourdieu, tuttavia, ci hanno dimostrato come il paradigma dello Stato frugale abbia incontrato un capovolgimento semantico nel corso dei secoli XIX e XX tale da snaturarne l'originaria matrice radicale.

Nonostante il fermento intellettuale e le eredità del libertinismo erudito, in un ambiente di vivacissima contestazione di tutti gli ordini costituiti, religiosi e laici, la Francia in cui soggiornò e viaggiò Jefferson era ancora fortemente cattolica. Da questa esperienza ricorderà in più occasioni che per un americano la libertà di religione è il più importante dei principi. Non solo. Ma a differenza della cultura dominante d'oltre mare, la tolleranza professata da Jefferson verso le altre religioni era assoluta.

Oltre a occuparsi con grande impegno sia di questioni diplomatiche che di problemi riguardanti le derrate alimentari e gli

---

[2] R.R. Palmer, *L'era delle rivoluzioni democratiche*, Milano, 1971; J. Godechot, *Le rivoluzioni (1770-1799)*, Milano, ì 1975.

[3] T. Jefferson, *Observations sur la Virginie*, Paris, 1786.

approvvigionamenti di materie prime, sempre carenti in una Francia soggetta a ripetute carestie, soprattutto a Parigi dove si susseguivano sommosse e rivolte per l'aumento del prezzo del pane, Jefferson portò avanti una politica culturale di apertura e di scambio senza pari. Venne accolto nei salotti aristocratici e liberali, capeggiati dal suo amico ed ex compagno di lotta nell'indipendenza americana Lafayette, oltre che nei circoli radicali della Parigi prerivoluzionaria, dove andava elaborando la sua critica alla monarchia e sostenendo le sue posizioni repubblicane.

Sebbene Jefferson, durante la redazione della Costituzione federale fosse a Parigi, riuscì a influenzare il dibattito costituente attraverso la fitta corrispondenza con i leader della Convenzione, quali James Madison e George Washington. I suoi interessi, proprio nei mesi di maggiore attività costituente a Filadelfia, volgevano invero verso le arti, la pittura, l'architettura e le condizioni lavorative dei più disagiati in Europa: in particolare nel febbraio 1787 intraprese un lungo viaggio nel sud della Francia e nel nord Italia. Constatò in questo frangente come il popolo minuto nelle campagne francesi e italiane fosse in condizioni migliori rispetto ai diseredati delle grandi città[4]. Rientrato Parigi ricevette, pochi mesi dopo, la costituzione federale firmata a Filadelfia nel settembre 1787.

2. *Rivoluzione e Costituzione*

Innegabile fu d'altronde la sua influenza sulla redazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789[5]. Fedele all'insegnamento illuministico presente nella cultura di numerosi *framers*, mediato da figure quali Montesquieu e Rousseau, secondo il ministro plenipotenziario a Parigi ogni costituzione avrebbe

[4] *Letter from Thomas Jefferson, in Nice, to the Marquis de Lafayette, April 11, 1787.* Text from the Digital Edition of the Thomas Jefferson Papers.

[5] Cfr. M. Gauchet, *Droit de l'homme*, in *Dictionnaire critique de la Révolution française*, sous la direction de F. Furet et M. Ozouf, Paris, 1989, pp. 685-695.

dovuto rispettare lo spirito e le consuetudini di un popolo. Tuttavia, se il magistrato di Bordeaux in Francia veniva visto come l'apologeta dei corpi intermedi di origine medievale, in America era letto come il teorico del governo equilibrato e limitato, ovvero il difensore della società civile contro le ambizioni dello Stato[6].

Ma nell'acuirsi dello scontro politico, in particolare tra i sostenitori di una monarchia costituzionale che non rompesse completamente con il passato e i radicali teorici di una rigenerazione della costituzione di Francia[7], l'influenza degli insegnamenti di Franklin, Jefferson, Gouverneur Morris e in generale della cultura costituzionale americana, andò progressivamente attenuandosi. L'annuncio della convocazione degli stati generali nel luglio del 1788 suscitò entusiasmo sia in Jefferson che in Morris, ma al contempo molti dubbi: quale sarebbe stato il ruolo della borghesia? gli stati privilegiati avrebbero aperto al cambiamento? infine che scelte avrebbe compiuto Luigi XVI?[8].

Nella sua ricchissima corrispondenza, considerata un capolavoro di scienze politiche[9], con i personaggi più illustri americani e francesi, Jefferson difese sempre l'idea di una forma di democrazia lontana da quella mitizzata degli antichi, sia classica che medievale, ma basata su un costante controllo del potere. Quest'ultimo, considerato quasi come un male necessario, doveva scontrarsi con le virtù repubblicane dei cittadini. Oltre Montesquieu e Rousseau sembrerebbe proprio emergere l'insegnamento di Niccolò Machiavelli sul ruolo del popolo nel controllare le élite[10].

---

[6] Così P. Higonnet, *Stati Uniti d'America*, in *L'Illuminismo. Dizionario storico*, a cura di V. Ferrone e D. Roche, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 506-507.

[7] Sul punto si veda il raffinato lavoro di P. Persano, *La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero politico francese tra* Ancien régime *e Rivoluzione*, Macerata, 2007.

[8] Ph. Ziesche, *Cosmopolitan Patriots: Americans in Paris in the Age of the French Revolution*, Charlottesville, 2010.

[9] P. Larousse, *Grand dictionnaire universeldu XIXe siècle français, historique, géographique, mytologique, bibliographique*, Paris, 1866-1877, t IX, p. 943.

[10] *Nella sterminata bibliografia sul tema, da tale prospettiva si rimanda alla recente traduzione italiana di un importante lavoro di uno studioso statunitense: J.P.*

Jefferson fu, per lo meno nel suo periodo parigino, sostenitore convinto dei diritti del popolo, intesi come limiti da contrapporre a ogni tipo di governo, che a suo avviso andavano consacrati in un *bill of rights* sul modello della dichiarazione dei diritti francese, e restò un acerrimo nemico della centralizzazione del potere e di un esecutivo eccessivamente forte[11]. Motivi per i quali sollevò aspre critiche alla Costituzione federale. In questo momento Jefferson rimase fedele ai principi della rivoluzione del 1776 (piuttosto che di quella del 1787, alla quale, come si è visto, non prese parte): la prima esaltava un costituzionalismo popolare, la seconda piuttosto l'equilibrio tra potere statale ed élite nazionali.

Fondamentale il rapporto umano e intellettuale tra Jefferson e Lafayette, caratterizzato da un interscambio continuo di idee e proposte. Dopo l'apertura degli Stati generali a Versailles, in una lettera Jefferson consigliava al suo vecchio compagno d'armi e attuale sodale politico di disattendere i mandati ricevuti dai suoi committenti (o mandanti) appartenenti alla nobiltà e di aprire alle istanze del terzo stato[12]. Dal punto di vista della struttura costituzionale del futuro stato il plenipotenziario americano insisteva affinché Lafayette si allontanasse dagli stretti vincoli dei *cahiers* ricevuti, per aprire a un sistema bicamerale, sulla falsariga di quello nord-americano[13]. Nella strategia diplomatica di Jefferson e di Morris, una Francia "rigenerata" e su posizioni riformiste sarebbe stata una migliore interlocutrice per il governo americano che a sua volta doveva fronteggiare i suoi "ordini privilegiati", rappresentati dai proprietari di schiavi del Sud. Il ruolo attivo di Jefferson negli affari francesi coniugava dunque, come è stato sostenuto, cosmopolitismo e patriottismo[14]. A conferma degli interscambi culturali e costituzionali

---

McCormick, Democrazia machiavelliana. Machiavelli, il potere del popolo e il controllo delle élites, Roma, 2020.

[11] M. Gauchet, *Droit de l'homme*, cit., p 685.

[12] Cfr. F. Gendron, *Lafayette*, in A. Soboul, *Dictionnaire historique de la Révolution française*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 624-626; P. Gueniffey, *Lafayette*, in *Dictionnaire critique*, cit., pp. 258-267.

[13] Si veda M. Fioravanti, *Controllare il potere. Il mandato imperativo e la revoca degli eletti (XVIII-XX secolo)*, Roma, 2020.

[14] Ph. Ziesche, *Cosmopolitan Patriots*, cit.

tra le due sponde dell'Atlantico[15], il progetto di Dichiarazione dei diritti che Lafayette presentò all'Assemblea costituente l'11 luglio 1789 era fortemente debitore del testo redatto da Jefferson nel 1776 per la Virginia[16]. Nell'entusiasmo generale, però, emersero alcuni distinguo in seno all'Assemblea, dove si evidenziavano le differenze storiche e culturali delle due esperienze costituzionali atlantiche. Gérard de Lally-Tollendal intervenne subito dopo la proposta di dichiarazione di matrice jeffersoniana di Lafayette, prendendo le distanze dalla possibilità di imitare *sic et simpliciter* il modello americano:

> je vous prie de songer encore combien la différence est enorme, d'un peuple naissaint qui s'annonce à l'univers, d'un peuple colonial qui rompt le lien d'un gouvernement éloigné, à un peuple antique, immense, l'un des premiers du monde, qui depuis quatorze cent ans s'est donné une forme de gouvernement, qui depuis huit siècles obéit à la même dynastie, qui a chéri ce pouvoir, lorsqu'il n'était tempéré que par les mœurs et qui va l'idolâtrer lorsqu'il sera réglé par les lois[17].

Nei giorni successivi, tuttavia, il Comitato di costituzione domandò formalmente a Jefferson consigli per la redazione della dichiarazione, ma l'ambasciatore, per le funzioni ricoperte, dovette rifiutare l'invito. Inoltre, liberali e monarchici si ritrovarono a casa di Jefferson proprio l'ultimo giorno di dibattito sulla Dichiarazione, il 26 agosto, per chiedere consigli soprattutto sul ruolo dell'autorità regia nella futura organizzazione dei poteri[18].

---

[15] «In Francia vi era certamente un settore non marginale dell'opinione pubblica favorevole agli Americani e al loro progetto politico e costituzionale. Come attesterebbe la frase, talmente significativa da poter sembrare apocrifa, rivolta da Condorcet a Filippo Mazzei: "perfino il demonio si dà ora delle arie di americano"», R. Martucci, *Stati Uniti e Francia tra le due Rivoluzioni costituzionali (1776-1792)*, in «Giornale di storia costituzionale», 17, I (2009), p. p 55.

[16] Il testo del progetto, composto di dieci articoli, non numerati, è rinvenibile in *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, Première série, 1787-1799, sous la direction de J. Mavidal et E. Laurent, Paris, Dupont, 1875, t. VIII, pp. 221-222.

[17] Ivi, p. 222.

[18] M. Gauchet, *Droits de l'homme*, cit., p 686.

Come si è accennato, nella rete di scambi tra Francia e America un ruolo centrale occuparono le traduzioni di saggi, pamphlet e soprattutto testi costituzionali. Si pensi, tra le numerose opere comparse in Francia dopo l'indipendenza americana, alla traduzione di *The Constitutions of the several independent states of America*, curata nel 1778 da Louis-Alexandre La Rochefaoucauld d'Enville[19] e alla pubblicazione, sempre ad opera di quest'ultimo, delle *Constitutions des treize Etats-Unis de l'Amérique* nel 1783[20], così come all'opera monumentale di Jean-Nicolas Démeunier, *L'Amérique indépendante*, del 1790, che oggi definiremmo una storia costituzionale delle tredici colonie[21], o alla poco nota analisi delle tredici costituzioni coloniali pubblicata a Saint-Domingue nel 1791 da uno sconosciuto costituzionalista di nome Carré[22]. Nel 1784, proprio in risposta alle *Notes on Virginia* di Jefferson, Gabriel Bonnot de Mably pubblicò le sue osservazioni sul governo e sulle leggi degli Stati Uniti[23], immediatamente tradotte in inglese[24].

---

[19] *Recueil des loix constitutives des colonies angloises, confédérées sous la dénomination d'États-Unis de l'Amérique septentrionale. Auquel on a joint les actes d'indépendance, de confédération & autres actes du Congrès général, traduit de l'anglois. Dédié à M. le docteur Franklin*, Philadelphie et Paris, 1778.

[20] *Constitutions des treize Etats-Unis de l'Amérique*, Philadelphie et Paris, P.-D. Pierres, 1783, nuova edizione 1792.

[21] J.-N. Démeunier, *L'Amérique indépendante, ou Les différentes constitutions des treize provinces qui se sont érigées en républiques sous le nom d'États-Unis de l'Amérique. Avec un précis de l'histoire de chaque province, & des remarques sur les constitutions, la population, les finances & l'état dans lequel les provinces se trouvent actuellement*, 3 voll., Gand, P.-F. de Goesin, 1790.

[22] *Constitution du gouvernement des treize États-Unis d'Amérique, telle qu'elle a été adoptée unanimement en 1788. Traduite de l'anglais par M. Carré. Avec une analyse de toutes les Constitutions de chaque État en particulier, suivie de l'Adresse du Congrès aux habitans de la province de Québec*, Cap-Français, Batilliot jeune, 1791.

[23] G. Bonnot de Mably, *Observations sur le gouvernement et les lois des États-Unis d'Amérique*, Amsterdam, J. F. Rosard, 1784.

[24] Id., *Remarks concerning the government and the laws of the United States of America*, London, 1784.

3. *Schiavitù e diritti dell'uomo*

Come è stato scritto da uno storico attento alle dinamiche costituzionali «la nascita di una repubblica affatto diversa da quelle presenti in Europa determinò in Francia una straordinaria mobilitazione di scrittori e stampatori, i quali vollero rifornire di nuovi testi un mercato editoriale che sull'argomento sembrava oltremodo attento»[25]. Per iniziativa dell'editore François Buisson, infatti, furono tradotte sia l'opera principale di John Adams, *Defence of the American Constitution*, che il *Federalist*[26] nel 1792. L'operazione editoriale e culturale, avvenuta a ridosso della proclamazione della Repubblica in Francia, dimostra non solo un interesse mai sopito per il repubblicanesimo e il federalismo americano, ma ci dice molto sul rapporto tra dichiarazione dei diritti, costituzione e diritti di libertà. L'anonimo traduttore e curatore dell'edizione francese del *Federalist*, preceduta dalla Costituzione federale, indicava in nota proprio l'orrore della pratica della schiavitù, che si mascherava (neanche troppo velatamente) dietro la regola dei tre quinti[27]. Rispetto al dispositivo costituzionale di esclusione dalla cittadinanza degli schiavi, pudicamente definiti "resto della popolazione", il traduttore infatti aggiunse:

---

[25] A. De Francesco, *Traduzioni e rivoluzione. La storia meravigliosa della prima versione in francese del* Federalist *(Paris, Buisson, 1792)*, in «Rivista storia italiana», 2011, pp. 61-110.

[26] Ivi, p. 63.

[27] Come è noto l'art. I, sez. II, c. 3 della Costituzione federale escludeva gli indiani dalla cittadinanza e distingueva tra uomini liberi e «resto della popolazione», ovvero gli schiavi, stabilendo che il loro numero, ridotto di tre quinti, dovesse essere sommato a quello delle persone libere per calcolare la cifra dei rappresentanti, permettendo in tal modo agli Stati con maggior numero di schiavi di avere più rappresentanti al Congresso. Così recitava l'articolo: «I rappresentanti saranno ripartiti – valido il principio anche per le imposte dirette – fra i diversi Stati che facciano parte dell'Unione in rapporto al numero rispettivo degli abitanti, da computarsi aggiungendo al totale delle persone libere – comprese quelle vincolate da un contratto a termine, ed esclusi gli indiani non soggetti a imposte – tre quinti del resto della popolazione».

on entend ici les esclaves; l'horreur que les rédacteurs de ce projet ont pour un état si contraire au droit naturel, les ont empêchés de faire usage même du mot. C'est ce qui se verra encore plus bas dans le même acte[28].

E proprio la questione sollevata, quasi per inciso, dall'anonimo (ma affatto sprovveduto) traduttore del *Federalist* fu al centro dei dibattiti parigini di Jefferson e del suo entourage riformista e radicale. In questi ambienti venivano ricordate al rivoluzionario americano le contraddizioni dell'indipendenza degli Stati Uniti, la prima delle quali e la più evidente era il mantenimento della schiavitù. Certo anche la posizione dei riformatori francesi non era priva di contradizioni, aporie e ipocrisie in quanto la Francia, che vietava la schiavitù sul proprio territorio metropolitano, la manteneva nelle colonie, godendo della ricchezza che proveniva proprio da quel commercio "infame". Sarebbe stato più corretto – veniva rimproverato a Jefferson con un certo compiacimento nei salotti parigini – sostituire nel proemio della dichiarazione di indipendenza, "tutti gli uomini nascono uguali" con "tutti i bianchi nascono uguali": ai loro occhi la rivoluzione americana era ancora incompleta.

La posizione di Jefferson, il quale come è noto aveva perorato, anche lui non senza ambiguità e reticenze, l'introduzione dell'abolizione della schiavitù nella dichiarazione di indipendenza, era tuttavia coerente con il pensiero di buona parte degli uomini dei Lumi, secondo cui la schiavitù era un male necessario che sarebbe dovuta scomparire progressivamente[29]. Sicuramente Jefferson, sebbene fosse e rimasse proprietario di schiavi, non difese mai la schiavitù come un'istituzione positiva. Anzi, proprio nel già menzionato saggio *Notes on the State of Virginia*, pensato e scritto per un pubblico francese, la schiavitù veniva presentata come una pratica deplorevole. Come è stato correttamente scritto, Jefferson «understood that the practice of slave-holding compromised the Republic's international reputation, and that it was a source of

[28] Citato in A. De Francesco, *Traduzioni e rivoluzione*, p. 69.

[29] Nell'amplissima bibliografia sul tema si veda l'imponente ricerca di R. Blackburn, *The American Crucible. Slavery, Emancipation and Human Rights*, London-New York, 2011.

internal weakness and external vulnerability. It will be recalled that he had tried to insert a denunciation of slave-trading into the Declaration of Independence. […] Jefferson also believed that slave-holding corrupted the manners of the young whites and taught them contempt for work»[30].

Un esempio concreto della duplicità della posizione di Jefferson e, è bene sottolinearlo, di tutta la generazione tardo illuministica americana e francese, fu la presenza nel suo soggiorno parigino del suo seguito di schiavi, tra i quali la sua concubina Sally, provenienti dalla tenuta di Monticello in Virginia e che a Parigi si trovarono, *de iure* se non *de facto*, in una condizione giuridica di libertà. In Francia, infatti, secondo un principio para-costituzionale consolidatosi attraverso la giurisprudenza dei Parlamenti, nel territorio metropolitano non vi poteva essere schiavitù[31]. L'esaltazione dei diritti dell'uomo e il mantenimento di esseri umani in catene fu la tensione più forte che marcò l'esistenza dei rivoluzionari francesi e americani. Pertanto, è attraverso la lente interpretativa della schiavitù che si possono cogliere le aporie e le contraddizioni non solo di Jefferson ma del costituzionalismo settecentesco *tout court*.

Nella Dichiarazione di indipendenza del 4 luglio 1776 dunque fu omesso, su richiesta degli Stati schiavisti, ogni riferimento alla condanna della schiavitù come violazione dei diritti dell'uomo e Jefferson fu costretto a cancellare dalla bozza originaria di Dichiarazione la clausola che condannava la schiavizzazione degli abitanti di origine africana per compiacenza agli Stati maggiormente conservatori come la Carolina del sud e la Georgia, inflessibili sulla questione[32]. Ma Jefferson, sebbene, come abbiamo visto, fosse un

---

[30] Ivi, pp. 235-236.

[31] Cfr. S. Peabody, *«There are no slaves in France»: The Political Culture of Race and Slavery in the Ancien Régime*, New York-Oxford, 1996; Ead., *La question raciale et le «sol libre de France»: l'affaire Furcy*, in «Annales. Histoire, Sciences sociales», LXIV, 2009, n. 6, pp. 1305-1334; numero monografico di «Slavery and Abolition», 32, 2011, n. 3.

[32] D. Armitage, *The Declaration of Independence. A Global History*, Cambridge (Mass.), 2008; L.A. Lindsay, *Captives as Commodities: The Transatlantic Slave Trade*, New Jersey, 2008; R. Blackburn, *The American Crucible*, cit., pp. 136

convinto sostenitore dei diritti naturali e della tolleranza, rimase fino alla fine proprietario di schiavi e sostenitore della superiorità della razza bianca[33]. Il mantenimento della schiavitù, a fronte degli altisonanti principi giusnaturalistici evocati dalla costituzione, fu dovuto non solamente alle pressioni degli Stati schiavisti, ma anche alla cultura politica dei padri fondatori – buona parte dei quali proprietari di schiavi – i quali inoltre perpetrarono la distruzione dei nativi americani[34]. Jefferson, che in una prima fase promosse l'assimilazione degli indiani nella cultura americana, successivamente li considerò, inassimilabili, incivili e inferiori rispetto ai bianchi[35].

Il computo della popolazione americana ai fini della rappresentanza alla camera bassa, comportò la necessità di conteggiare anche gli schiavi, poiché la rappresentanza di uno Stato molto grande come la Virginia sarebbe divenuta meno rilevante se non si fosse tenuto conto "del resto della popolazione". La cosiddetta "regola dei tre quinti" contribuì a fornire maggior peso elettorale agli Stati schiavisti del sud e a garantire in una certa misura l'elezione alla presidenza della "dinastia virginiana" dei Washington, Jefferson, James Madison, James Monroe e Williams Henry Harrison[36]. In tal

---

ss.; G. Patisso, *Codici neri. La legislazione schiavista nelle colonie d'oltremare (XVI-XVIII)*, Roma, 2019.

[33] A. Burgio, *Il «paradosso storico» del razzismo illuminista*, in Id., *L'invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, Roma, 1998, pp. 43 ss.; Id., *Un presidente Usa, illuminista ma razzista*, in Id., *La guerra delle razze*, Roma, 2001, pp. 237-239; P. Finkelman, *Slavery and Founders. Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk (N.Y.), 2001, p. 129; G. Wills, *Negro President. Jefferson and the Slave Power*, New York, 2003.

[34] M. Hardt, *Introduction* to T. Jefferson, *The Declaration of Independence*, New York-London, 2007, pp. VII-XXV, dove si ricorda «not only the Jefferson's racist views but also his racist actions, both as slaveholder and as a central figure, in many respects, of the destruction of Native American lands and cultures», p. IX.

[35] D.E. Stannard *American Holocaust. The Conquest of the New World*, Oxford, Oxford University Press, 1992; S.J. Gould, *The Mismeasure of Man*, London-New York, 1996; A. Buratti, *La frontiera americana. Un'interpretazione costituzionale*, Verona, 2016.

[36] F. Jennings, *The Creation of America. Through Revolution to Empire*, Cambridge, 2000.

modo «l'ordine costituzionale costruito a Filadelfia permise ai proprietari di schiavi di controllare la Presidenza, fino al 1850, per 50 anni su 72, la carica di speaker alla Camera per 41 anni e la maggioranza della Corte suprema ininterrottamente»[37].

L'articolo 1 della Dichiarazione di indipendenza, come è noto frutto proprio dell'elaborazione di Jefferson, così come l'articolo 1 delle Dichiarazione del 1789, che il ministro del commercio a Parigi vide nascere sotto i propri occhi, non solo non nominavano la schiavitù ma vi convivevano perfettamente. Ovvero, detto in altri termini, se in America la macroscopica contraddizione tra libertà e uguaglianza e mantenimento degli uomini in catene fu risolta aggirando l'ostacolo e non nominando mai le parole "schiavitù" o "schiavi", in Francia ci si nascose dietro l'idea (altrettanto debole evidentemente) che il territorio metropolitano non conoscesse, anzi rifiutasse, la schiavitù, che tuttavia restava nei luoghi soggetti ad altri "climi", per dirla con le controverse parole di Montesquieu.

Tutto l'ordito costituzionale del resto, attraverso giochi di prestigio lessicali, manteneva un'istituzione che non poteva essere nominata, pena mettere in discussione l'ideologia giusnaturalistica dei rivoluzionari: una rivoluzione per la libertà e l'eguaglianza e, metaforicamente, contro la schiavitù. Con la Rivoluzione americana il rapporto tra schiavitù e diritti di libertà e proprietà divenne così centrale che alcuni osservatori contemporanei, tra i quali si ricorda l'avvocato John Lind, lo scrittore Samuel Johnson, l'abolizionista Thomas Day, colsero presto l'intrinseca contraddizione e l'ipocrisia tra la dichiarazione di stampo giusnaturalistico dei diritti naturali e il mantenimento in schiavitù della popolazione nera di origine africana[38].

Nei primi anni della Rivoluzione francese Jefferson, con le funzioni di Segretario di Stato, non dimostrò molta simpatia nei confronti dei proprietari di piantagioni delle colonie caraibiche e allo stesso tempo ebbe poca affinità con i primi rifugiati da Saint-

[37] F. Tonello, *Introduzione* a *La Costituzione degli Stati Uniti*, Milano, Bruno 2010, p. 31.

[38] S.M. Best, *The Fugitive's Properties. Law and the Poetics of Possession*, 2004; D.B. Davis, *Inhuman Bondage. The Rise and Fall of Slavery in the New World*, Oxford, 2006.

Domingue, quei proprietari di schiavi fuggiti alle violenze della rivoluzione scoppiata sull'isola nell'agosto del 1791. Tuttavia, con lo sviluppo della rivoluzione haitiana, che prendeva sempre più connotazioni radicali e razziali, e con l'affermarsi della figura di Toussaint Louverture, Jefferson e la classe dirigente post-rivoluzionaria americana presero le distanze da una rivolta dagli esiti incerti e incalcolabili[39].

In particolare durante il periodo della sua presidenza degli Stati Uniti, iniziata nel 1801 proprio nel momento in cui infiammava il conflitto nell'isola caraibica, Jefferson, dopo aver dunque denunciato a più riprese l'istituzione della schiavitù, sebbene con le contraddizioni politiche e personali di cui abbiamo parlato, abbandonò l'idea ambiziosa di estendere i diritti a tutta la popolazione americana, schiavi inclusi, e si chiuse in una politica di compromesso con i grandi proprietari di piantagioni del Sud. Inoltre incremetò il suo appogggio a Napoleone nel reprimere la rivolta di Saint-Domingue e nel reintrodurre la sachiavitù sull'isola, mentre gli eventi portavano inesorabilmente verso la vittoria degli schiavi insorti e la dichiarazione di indipendenza dalla madrepatria[40].

La legge federale del 1808 che tentava timidamente di ridurre il commercio degli schiavi, risultata tuttavia inefficace, fu spinta proprio dal timore di un "contagio" della rivoluzione scoppiata a Saint-Domingue nel 1791 che aveva condotto nel 1804 all'indipendenza della parte occidentale dell'isola di Hispaniola, con il nome precolombiano di Haiti. Tristemente nota la frase attribuita a Jefferson: mantenere la schiavitù è come tenere un lupo per le orecchie, se lo si lascia si rischia di essere sbranati[41]. Il lupo, in questo caso, era la repubblica di Haiti. Paradossalmente nel periodo della presidenza jeffersoniana l'ostilità degli Stati Uniti verso la prima repubblica nera dell'era moderna si fece sempre più marcata. Eppure, il paradosso era evidente, così macroscopico che la storiografia ne è stata abbagliata al punto da non vederlo per generazioni: la rivoluzione americana e quella di Haiti muovevano dallo stesso

[39] R. Blackburn, *The American Crucible*, cit., pp 236-237.
[40] Ivi, p. 242.
[41] J.C. Miller, *'The Wolf by the Ears': Jefferson and Slavery*, Charlottesville and London, 1991.

presupposto teorico, la liberazione dalla schiavitù imposta illegittimamente da un popolo su un altro, da una minoranza su una maggioranza, nel primo caso da una minoranza di colonizzatori, nell'altro da una esigua minoranza di bianchi schiavisti. Il meccanismo di liberazione dal giogo coloniale era il medesimo: così come le colonie americane si erano liberate con la violenza dalla schiavitù imposta loro dall'Inghilterra, secondo le loro stesse metaforiche parole, così gli schiavi di Haiti avevano spezzato, non solo metaforicamente, le catene che li legavano alla madrepatria[42]. Di tutto ciò la presidenza Jefferson non tenne conto, a vantaggio degli interessi commerciali della giovane repubblica americana con francesi, spagnoli, inglesi.

Il radicalismo jeffersoniano – che negli anni parigini aveva trovato forse la sua forma più compiuta – andò lentamente scemando verso forme di compromesso che, per lo meno dal punto di vista dei diritti degli schiavi e degli uomini di colore americani, trovò presto il suo Termidoro.

***

ABSTRACT: The figure of Thomas Jefferson is emblematic of the human and intellectual exchanges between the two sides of the Atlantic, which, started with the Scottish Enlightenment, continued throughout the eighteenth century, found their apex with the massive participation, military and ideal, of France to the American Revolution. This flow of men and ideas subsequently contributed to the grafting of reform and revolutionary forces in France which conditioned, in different forms, the Revolution of 1789. Thomas Jefferson is the central figure of this cultural exchange, as a *trait-d'union* between two cultures, inspired by natural law, based on freedom and equality, but also characterized by liberticidal involution,

[42] J.D. Popkin *Facing Racial Revolution. Eyewitness Accounts of the Haitian Insurrection*, Chicago-London, 2007; Id., *A Concise History of the Haitian Revolution*, Malden, 2011.

such as the macroscopic one of the maintenance, both in America and in the French colonies, of slavery. With the Jefferson agreement, enlightened and tolerant.

KEYWORDS: Enlightenment; American Revolution; French Revolution; Bill of Rights; Slavery.

MARCO FIORVANTI – Professore associato di Storia del Diritto medioevale e moderno nell'Università di Roma Tor Vergata.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Jefferson e la separazione del potere*

Chiara Bologna

SOMMARIO: 1. Diritti e potere legislativo: i poteri bilanciati. – 2. Legislativo, esecutivo e giudiziario: i poteri separati. – 3. Separazione verticale del potere e autogoverno: dal federalismo alla *ward republic*.

1. *Diritti e potere legislativo: i poteri bilanciati*

La riflessione di Thomas Jefferson sulle pubbliche istituzioni è profondamente influenzata dalla centralità assunta nel suo pensiero dai diritti individuali. Autore della Dichiarazione di Indipendenza, documento solidamente radicato nella teoria giusnaturalista e in particolare nel pensiero di John Locke[1], il politico della Virginia indicava in quella circostanza come «verità auto-evidenti» che «tutti gli uomini sono creati eguali […] dotati di certi inalienabili diritti» e che «per garantire questi diritti sono istituiti […] governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati». La tutela dei diritti è dunque il fine e il limite dei poteri conferiti ai governi ed incide profondamente, nel pensiero di Jefferson, sulla struttura che il potere stesso deve assumere. Nei suoi scritti, tuttavia, le riflessioni sui modelli di governo appaiono frammentarie forse perché, come è stato notato[2], «frammentari» erano in realtà i principi offerti in materia dallo stesso giusnaturalismo che, se rispetto ai diritti «viene in evidenza anche quanto alla loro individuazione sostantiva», «soccorre» invece con principi «vaghi» circa la struttura costituzionale più idonea a garantirli.

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] V. M. White, *The Philosophy of the American Revolution*, New York, 1978, p. 15 ss. e, nella letteratura italiana, L.M. Bassani, *Il pensiero politico di Thomas Jefferson*, Milano, 2002, p. 84 ss. e 94 ss.

[2] G. Floridia, *La costituzione dei moderni*, Torino, 1991, p. 68.

Un punto, tuttavia, emerge con chiarezza dagli scritti di Jefferson: la centralità del potere legislativo il cui «vero ufficio è quello di dichiarare e far rispettare solo i nostri diritti naturali e doveri, senza privarci di alcuno di essi»[3]. Il popolo, rappresentato nei parlamenti, è infatti in grado più di chiunque altro di tutelare i propri diritti: «non conosco alcuna sede sicura per il potere ultimo della società se non il popolo stesso e se riteniamo che esso non sia sufficientemente illuminato per poter esercitare il proprio controllo con pieno discernimento, il rimedio non è sottrargli il potere ma renderlo consapevole con l'istruzione»[4]. La tutela dei diritti che è fondamento del potere legislativo è tuttavia di quest'ultimo anche limite poiché, esattamente come nel pensiero di John Locke, i diritti naturali sono indisponibili dalla maggioranza, allontanando (almeno sotto questo profilo) il pensiero jeffersoniano dall'attuale *popular constitutionalism*, che invece considera il contenuto dei diritti oggetto del dibattito politico, accettando che il disaccordo possa legittimamente investire la definizione ed interpretazione dei diritti stessi[5].

---

[3] *From Thomas Jefferson to Francis W. Gilmer*, 7 June 1816 (trad. nostra) (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/).

[4] *From Thomas Jefferson to William Charles Jarvis*, 28 September 1820 (trad. nostra) (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/). Per un altro richiamo alla centralità dell'istruzione del popolo per un buon governo vedi la lettera inviata a James Madison del 20 dicembre 1787, nella quale Jefferson auspica che nell'Unione suggellata dalla Costituzione appena approvata a Filadelfia «soprattutto venga curata l'istruzione della gente comune; convinti che sul loro buon senso si possa fare affidamento con la massima sicurezza per preservare un giusto grado di libertà»: vedi *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *Thomas Jefferson. Writings*, New York, 1984, p. 918 (trad. nostra).

[5] In tema vedi M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 740, il quale ricorda come tanto il *popular constitutionalism* statunitense quanto il *political constitutionalism* nel Commonwealth auspichino una reinterpretazione in chiave politica del costituzionalismo contemporaneo, reagendo a quella che viene considerata una eccessiva giuridificazione della vita costituzionale. I due filoni teorici condividono una serie di elementi comuni: «la centralità del principio dell'eguaglianza politica, l'importanza del voto e quindi quella dei partiti, la tutela del dissenso, la capacità dell'agire politico di generare cambiamento sociale a cui si collega un forte scetticismo sul ruolo delle corti» (*ivi*, p. 734). Nella letteratura statunitense cfr. L.

Coerente con tale ruolo del potere legislativo è anche l'idea di rappresentanza che sembra emergere dagli scritti jeffersoniani: non si tratta infatti del modello proposto dalla teoria liberale (tanto dal conservatore Edmund Burke quanto dal rivoluzionario Abate Sieyés), che vedeva nei rappresentanti «un corpo scelto di cittadini» interpreti, per usare le parole di James Madison, dell'«interesse reale del Paese»[6], ma di una rappresentanza vicina alla teoria democratica di matrice rousseauviana[7], che esclude il libero mandato e riconosce invece «il diritto di impartire un mandato ai rappresentanti e il loro dovere di rispettarlo»[8]: nel pensiero di Thomas Jefferson il vincolo di mandato «c'è ed è fortissimo» perché i rappresentanti del popolo «sono lì solo per una questione tecnica, la difficoltà di rappresentarsi da se medesimi, e non per decidere in luogo di coloro che li hanno eletti»[9].

Connessa alla centralità del potere legislativo e ancor di più alla centralità dei diritti naturali, che questo è chiamato a dichiarare e rispettare, è la preoccupazione che Thomas Jefferson esprime nei confronti di un eccessivo accentramento dei poteri negli stessi parlamenti e nella conseguente opportunità che questi si strutturino anche al loro interno in maniera tale che lo «spirito del legislatore» sia «improntato alla moderazione»[10].

È in quest'ottica, dunque, che da governatore dello Stato della Virginia, nelle *Notes on the State of Virginia*[11], criticò fortemente la

---

Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004, nonchè M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999. In riferimento al contesto italiano v. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, p. 251 ss.

[6] Vedi J. Madison, *Il Federalista n. 10*, in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il Federalista*, trad it. a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, 1997, p. 85.

[7] In tema vedi ad es. A. Barbera, *Rappresentanza e istituti di democrazia diretta nell'eredità della Rivoluzione francese*, in *Politica del diritto*, 1989, 4, p. 541 ss.

[8] *To John Taylor (The Test of Republicanism)*, May 28 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1391 (trad. nostra).

[9] M. Bassani, *op. cit.*, p. 181.

[10] C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle leggi*, trad it a cura di S. Cotta, Torino, 1965, 2 (libro XXIX, capo I), p. 289.

[11] Le *Notes on the State of Virginia*, l'unico volume pubblicato dal teorico e politico statunitense, furono redatte da Thomas Jefferson nel 1781: nel 1779 era

Costituzione vigente nel suo Stato, perché «tutti i poteri», «legislativo, esecutivo e giudiziario», «facevano capo al legislativo», che eleggeva il governatore (annualmente), i componenti dell'esecutivo, così come i giudici di vari gradi. La concentrazione di questi poteri «nelle stesse mani è – secondo Thomas Jefferson – precisamente la definizione del governo dispotico. E non vi sarà sollievo nel fatto che questi poteri siano esercitati da una pluralità di mani, e non da una sola. Centosettantatré despoti saranno sicuramente oppressivi come uno»[12]. Insieme alla concentrazione dei poteri nel legislativo, il governatore Jefferson criticava anche il bicameralismo che la Costituzione della Virginia prevedeva, bicameralismo nel quale, sottolineava, «la formazione del senato» era «troppo omogenea a quella della camera dei delegati. Essendo scelti dagli stessi elettori, nello stesso momento e in riferimento agli stessi temi, la scelta cadrà per forza su uomini dello stesso tipo»[13]. Se poi a ciò si aggiunge che nel disegno costituzionale virginiano la procedura di revisione della costituzione è affidata non a un apposito organo, una «convenzione», ma all'*ordinary legislature*, al parlamento ordinario, il rischio di un *elective despotism*, di un dispotismo elettivo, è, a parere di Thomas Jefferson, concreto[14].

In queste idee del teorico statunitense, ancor prima del principio montesquieuviano della separazione dei poteri, si scorge l'influenza della dottrina del *bilanciamento dei poteri* che aveva interessato molti scrittori politici del XVIII secolo, a partire dallo stesso John Locke alle cui idee Jefferson aderisce incondizionatamente. Tale teoria, come è stato notato, «è completamente fondata sul riconoscimento della supremazia della funzione legislativa» e sul connesso problema che affidare l'intero potere legislativo ad un'unica autorità significherebbe renderla «sovrano assoluto»: ma per evitare questo non è sufficiente ripartire il potere legislativo in più organi; l'«equilibrio permanente» può essere infatti ottenuto solo se gli organi che partecipano alla

stato eletto governatore (incarico annuale rinnovabile per un massimo di tre mandati) e in questa veste gli fu chiesto dal Congresso continentale di rispondere a un questionario sul proprio Stato. Il frutto del meticoloso lavoro svolto furono appunto le *Notes*.

[12] Vedi *Notes on the State of Virginia*, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 245 (trad. nostra).

[13] *Ivi*, p. 244 ss. (trad. nostra).

[14] *Ivi*, p. 245 ss.

funzione legislativa siano espressione di diverse istanze o di diversi gruppi sociali, e tra questi vi sia una «stabile contrapposizione di interessi»[15]. La teoria del bilanciamento dei poteri, dunque, seppur complementare al principio della separazione dei poteri[16], si distingue chiaramente da quest'ultimo: nel secondo caso i poteri sono le tre funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria, mentre nel primo l'equilibrio è perseguito all'interno della sola funzione legislativa e i «poteri» sono gli organi tra i quali quest'ultima viene ripartita[17].

Proprio la preferenza jeffersoniana per il bilanciamento dei poteri determinerà, forse, nel suo giudizio sulla Costituzione approvata a Filadelfia, ricco di critiche al documento, una valutazione sostanzialmente positiva[18] del bicameralismo lì proposto. Questo, infatti, era caratterizzato non solo da due Camere espressione di istanze differenti, la totalità del popolo da un lato e i vari stati membri paritariamente rappresentati dall'altro, ma anche da una seconda Camera che era essa stessa, al suo interno, animata da interessi dialettici, «dalle opposte rivendicazioni dei grandi e dei piccoli stati»[19].

---

[15] M. Troper, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, 2005, p. 133 ss.

[16] Lo stesso Montesquieu suggeriva che il legislativo fosse diviso in due Camere, così che «l'una terrà a freno l'altra grazie alla reciproca facoltà di impedire»: C.L. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, trad it a cura di S. Cotta, Torino, 1965, 1 (Libro XI, capo VI), p. 282 ss.

[17] M. Troper, *op. cit.*, p. 137.

[18] Critico era Jefferson rispetto all'idoneità della Camera dei rappresentanti, eletta direttamente dai cittadini, a legiferare per l'Unione o in riferimento ai rapporti con Stati stranieri, ma apprezzava che tale Camera, che partecipava alla decisione di fissare nuovi tributi, fosse applicazione del principio *no taxation withouth representation*: «I like the power given the Legislature to levy taxes, and for that reason solely approve of the greater house being chosen by the people directly. For tho' I think a house chosen by them will be very illy qualified to legislate for the Union, for foreign nations etc. yet this evil does not weigh against the good of preserving inviolate the fundamental principle that the people are not to be taxed but by representatives chosen immediately by themselves»: vedi T. Jefferson, *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 915.

[19] Con queste parole Jefferson si rivolgeva a James Madison: «I am captivated by the compromise of the opposite claims of the great and little states, of the latter to equal, and the former to proportional influence»: *ibidem*. Si ricordi

2. *Legislativo, esecutivo e giudiziario: i poteri separati*

Se negli scritti jeffersoniani è possibile scorgere la teoria del bilanciamento dei poteri, ancor più evidente nella sua elaborazione dottrinale è l'influenza del principio della separazione dei poteri così come elaborato dal barone di Montesquieu nell'*Esprit de Loi*. Il legame tra quest'ultima teoria e quella dell'equilibrio dei poteri compare nell'epistola che Thomas Jefferson scrive a John Adams, affermando che «il primo principio di un buon governo è certamente una distribuzione dei suoi poteri in esecutivo, giudiziario e legislativo insieme ad una suddivisione dell'ultimo in due o tre rami»[20].

Il modello del *governo moderato* proposto da Montesquieu, basato sulla «dissociazione del potere sovrano» e sulla «sua partizione in base alle tre funzioni fondamentali dello stato»[21], trova anzi -come è stato notato[22] - la sua prima solenne enunciazione proprio nella

che la struttura bicamerale emersa dai lavori della Convenzione fu il frutto del celebre *great compromise*. I delegati, dopo lunghi dibattiti, non avevano accolto l'idea di fondo del c.d. piano del New Jersey, una delle bozze della nuova Costituzione che con alcune varianti riproponeva la struttura confederale. La base della nuova Costituzione fu invece, seppur con notevoli modifiche, il piano della Virginia redatto da James Madison, del quale tuttavia non fu accolta l'opzione più radicale, quella di assegnare ai vari stati membri un numero di rappresentanti, nell'Assemblea legislativa federale, proporzionale alle rispettive popolazioni, come sarebbe avvenuto in uno stato unitario. La soluzione scelta fu appunto un compromesso, in base al quale una delle Camere sarebbe stata composta in modo da rispecchiare il numero degli abitanti di ciascuno stato, come Madison proponeva, mentre la seconda, il Senato, avrebbe avuto un numero fisso di due rappresentanti per ciascuno degli stati, assegnando così ad ognuno di essi, indipendentemente dall'estensione, il medesimo peso nelle votazioni: v. C. Bologna, *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010, p. 46. Sul carattere compromissorio della scelta costituente in riferimento al principio federale vedi R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1983, p. 13 ss.

[20] *From Thomas Jefferson to John Adams*, 28 September 1787 (trad. nostra) (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/).

[21] N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976, p. 148.

[22] G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984, p. 1.

Costituzione della Virginia del 1776, nella quale si leggeva: «il Legislativo, l'Esecutivo e il Giudiziario saranno separati e distinti, in maniera che nessuno di essi eserciti i poteri legittimamente appartenenti agli altri». Jefferson non aveva potuto contribuire come avrebbe voluto alla redazione di quel documento costituzionale, perché impegnato come delegato della Virginia nel secondo Congresso continentale, ma redasse comunque una (anzi più di una) bozza di costituzione per il suo Stato, scrivendo chiaramente e radicalmente che «l'ufficio legislativo, esecutivo e giudiziario devono essere mantenuti per sempre separati, e nessuna persona che ricopra uno di essi deve essere in grado di nominare uno o entrambi gli altri»[23]. La Costituzione della Virginia, come abbiamo visto, sceglierà una versione più attenuata della separazione dei poteri, accogliendo però nettamente il principio della tripartizione delle funzioni dello stato[24].

La separazione tra legislativo ed esecutivo, così come l'autonomia del potere giudiziario, erano d'altro canto non estranee alla stessa esperienza coloniale[25]: la distinzione di competenze tra le assemblee elettive e il governatore scelto dal governo inglese (affiancato da un consiglio che fungeva spesso anche da camera alta) e l'esercizio della funzione giurisdizionale, affidato a un sistema di corti indipendenti[26] salvo il ruolo di massima istanza giurisdizionale riconosciuto allo stesso governatore e al suo consiglio, avevano mostrato negli anni i benefici della separazione dei poteri e contemporaneamente i limiti di un'incompleta realizzazione di questo principio.

---

[23] Vedi T. Jefferson, *Draft Constitution for Virginia*, June 1776, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 338 (trad. nostra).

[24] Quello che è stato efficacemente definito principio della *distinzione dei poteri*: così M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci e R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005, p. 2, pubblicato anche in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Annuario 2004, Padova, 2008, p. 9 ss.

[25] Vedi G. Silvestri, *op. cit.*, p. 2.

[26] Coerentemente, d'altronde, alla tradizione inglese che, pur considerando il potere giudiziario parte di quello esecutivo, distingueva sin dal XIII secolo, con la teorizzazione di Henry de Bracton, tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, tra la sfera del potere governativo vero e proprio e l'esercizio della funzione giudiziaria (per osservazioni sull'importanza delle teorizzazioni di Bracton v C. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Indianapolis, 2008, p. 72 ss.)

Proprio la tripartizione delle funzioni fondamentali dello Stato è uno degli elementi che Thomas Jefferson sembra condividere nel testo costituzionale licenziato dalla Convenzione di Filadelfia nel 1787. Testimone non attivo dei lavori dei delegati perché a Parigi come ambasciatore dal 1784, Jefferson esprimerà sia prima dell'avvio dei lavori della Convenzione[27], sia dopo la conclusione di questi[28], il suo apprezzamento per l'organizzazione del governo federale in tre poteri distinti. Questo, tuttavia, non si tradurrà in un giudizio complessivamente positivo sulla forma di governo e sul modello dei *checks and balances*[29], verso i quali invece Jefferson e gli antifederalisti nutrivano una certa sfiducia[30]. Il sistema dei pesi e contrappesi, «la prima di una lunga serie di smentite storiche alla interpretazione rigida e astratta della dottrina di Montesquieu»[31], rischiava di essere compromesso in particolare, secondo il politico della Virginia, dalla figura del Presidente, dalla sua titolarità monocratica del potere esecutivo e dalla rieleggibilità a tale carica senza alcun limite di mandati. Il Presidente, infatti, scrive Jefferson a John Adams, «potrà essere rieletto di quattro anni in quattro anni per la vita»: «la ragione e

[27] Nel 1786 Thomas Jefferson scriveva che per consentire al governo della futura federazione «di esercitare i poteri che gli sono stati conferiti con il massimo vantaggio, [esso] dovrebbe essere organizzato come i governi dei singoli [stati], in legislativo, esecutivo e giudiziario»: *From Thomas Jefferson to James Madison*, 16 December 1786 (trad. nostra) (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/). Ribadirà il suo punto di vista a John Blair, delegato della Virginia alla Convenzione di Filadelfia, mentre questa svolgeva i suoi lavori: vedi *From Thomas Jefferson to John Blair*, 13 August 1787 (*ivi*).

[28] Cfr. T. Jefferson, *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 915 («I like the organization of the government into Legislative, Judiciary and Executive»)

[29] Con tale espressione come noto ci si riferisce agli istituti quali il veto presidenziale, l'*impeachment* e l'*advice and consent* del Senato, che, «temperando il principio di separazione dei poteri che informa l'assetto di governo, garantiscono l'equilibrio tra legislativo ed esecutivo attraverso forme di reciproco controllo, interdizione e cooperazione»: così A. Buratti, *Disegno, evoluzione ed interpretazione dei checks and balances nella Costituzione americana*, in G. D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 2020, p. 52, al quale si rinvia per una ricca trattazione di tale modello sia nel disegno costituzionale originario sia nell'esperienza costituzionale.

[30] M. Bassani, *op. cit.*, p. 229.

[31] G. Silvestri, *op. cit.*, p. 17.

l'esperienza» dimostrano che «quando questi ruoli di vertice possono essere continuativi» il titolare diventa *an officer for life*, ricoprendo tali funzioni a vita[32]. L'accentramento dei poteri in un organo monocratico era stato inopportunamente influenzato, secondo Thomas Jefferson, dalla rivolta dei contadini in Massachusetts scoppiata nel 1786[33], rivolta che aveva creato all'interno della Convenzione di Filadelfia un clima favorevole all'accentramento dei poteri: scrivendo a William Smith, Jefferson affermerà che il governo inglese ha tanto a lungo ripetuto «il fatto che noi fossimo nell'anarchia [..] che noi stessi abbiamo finito col crederci» e, conseguentemente, «la nostra Convenzione è stata troppo impressionata dall'insurrezione in Massachusetts» così che, «nell'impulso del momento, ha messo un rapace a guardia del pollaio»[34].

Gli eventi successivi all'entrata in vigore della Costituzione, a parere di Jefferson, sembrano da subito confermare i suoi timori; nel 1792, da Segretario di Stato del Presidente Washington, affermerà di aver detto a quest'ultimo: «se l'equilibrio dei tre grandi corpi, Legislativo, Esecutivo e Giudiziario, possono essere preservati, io non avrò mai timore di questo modello di governo; ma non posso non essere a disagio quando vedo che l'Esecutivo ha ingoiato il ramo legislativo»[35]. Il rifiuto di Thomas Jefferson e del costituendo *Democratic-Republican Party*, destinato a dare voce alle posizioni antifederaliste, era verso l'*energetic government* e la connessa costruzione di un forte esecutivo

---

[32] Cfr. T. Jefferson, *To John Adams (More on the Constitution)*, November 13, 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 913. «E quando per una o due generazioni avranno dimostrato che questo è un ufficio per la vita, diventerà in ogni successione meritevole di intrighi, corruzione, forza e perfino di interferenze straniere […] Vorrei che alla fine dei quattro anni avessero reso il Presidente per sempre non più eleggibile» (*ibidem*: traduzione nostra).

[33] In tema vedi D. Szatmary, *Shays' Rebellion: the making of an agrarian insurrection*,
Amherst, 1980.

[34] Cfr. T. Jefferson, *To William S. Smith (The New Constitution)*, November 13, 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 911.

[35] Vedi T. Jefferson, *The Anas*, October 1, 1792, in H.A. Washington (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*. New York, 2011, vol. 9, p. 122. Sulla fedeltà di Jefferson a queste posizioni una volta eletto egli stesso Presidente, vedi G. Casper, *Executive-Congressional Separation of Power during the Presidency of Thomas Jefferson*, in *Stanford Law Review*, vol. 47, 3, 1995, p. 473 ss.

sostenuta invece dai federalisti. Alexander Hamilton, invocando esplicitamente la figura del *dictator* romano, scriveva chiaramente nel *Federalist* che: «esiste un'opinione - che ha i suoi sostenitori – secondo cui un esecutivo forte è incompatibile con lo spirito di un governo repubblicano», mentre «l'energia dell'esecutivo rappresenta una caratteristica fondamentale di ciò che si definisce "buon governo". È essenziale per proteggere la comunità da attacchi esterni; è altrettanto essenziale per la ferma applicazione delle leggi, […] per salvaguardare le libertà contro le manovre e gli attacchi dell'ambizione, della fazione e dell'anarchia»[36]. Thomas Jefferson da parte sua, nel 1787[37], si descriveva invece «non amico del governo forte» perché, a suo parere, «esso è sempre oppressivo».

Il timore nei confronti del Presidente dell'Unione espresso da Jefferson è tuttavia parte di un più ampio timore nei confronti dei neonati Stati Uniti. Egli, da Segretario di Stato, si batterà infatti parimenti contro quello che considererà un abuso del potere legislativo federale dando vita a una *querelle* con Alexander Hamilton, a capo del dipartimento del Tesoro nella stessa amministrazione Washington, circa la costituzionalità della legge che nel 1791 istituì la prima Banca degli Stati Uniti d'America[38].

---

[36] A. Hamilton, *Il Federalista n. 70*, in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *op. cit.*, p. 358.

[37] Vedi *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 917.

[38] Lo scontro riguardava in particolare l'interpretazione della *necessary and proper* (art. I, sez. VIII, clausola 18) che riconosce al Congresso il potere di porre in essere tutte le leggi «necessarie e opportune» per l'esercizio dei poteri enumerati. Secondo Thomas Jefferson, in particolare, la disposizione degli *implied powers* riconosce al Congresso solo quei poteri che siano genuinamente necessari per l'esercizio delle competenze affidategli; qualora gli si riconoscessero anche i poteri semplicemente adatti all'esercizio di quelli enumerati il quadro costituzionale ne sarebbe stravolto: sono necessari, per Jefferson, solo i poteri in assenza dei quali le competenze enumerate sarebbero vane ed inefficaci. Al contrario Alexander Hamilton afferma che l'unica condizione di legittimità di un potere implicito è la sua «relazione naturale» con uno degli obiettivi riconosciuti al governo federale. A dirimere la questione sarà la Corte suprema nel 1819 quando, interrogata sulla legittimità del provvedimento istitutivo della seconda Banca degli Stati Uniti d'America, sosterrà, nel noto caso *McCulloch vs. Maryland*, un'interpretazione

Gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione furono in realtà dedicati «all'esplorazione del significato delle premesse costituzionali»[39]: molte erano le questioni ancora aperte nella definizione dei rapporti tra federazione e stati. Sintomo di questa incertezza, circa la natura del neonato stato federale, era proprio la coesistenza sulla scena politica nazionale di due posizioni opposte: quella hamiltoniana, che aspirava alla costruzione di un forte governo centrale, e quella jeffersoniana che, al contrario, perseguiva la limitazione dei poteri federali. Per Thomas Jefferson d'altro canto, come vedremo, come per gli antifederalisti, erano le piccole repubbliche a poter meglio garantire governi democratici e diritti[40]; certamente non la nascente federazione.

---

estensiva dei poteri impliciti. Per la *querelle* tra Jefferson e Hamilton vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, New York, 2000, p. 798 ss. e per una ricostruzione meticolosa delle problematiche legate all'istituzione della Banca degli Stati Uniti v. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, p. 81, nt. 2.

[39] M. Grodzins, *The American System*, Chicago, 1966, p. 18.

[40] Cfr. in proposito le parole di Brutus, pseudonimo di uno degli antifederalisti (forse Robert Yates) che pubblicarono, parallelamente al *Federalist*, scritti che incoraggiavano i cittadini a non ratificare la nuova costituzione: «History furnishes no example of a free republic, any thing like the extent of the United States. The Grecian republics were of small extent; so also was that of the Romans. Both of these, it is true, in process of time, extended their conquests over large territories of country; and the consequence was, that their governments were changed from that of free governments to those of the most tyrannical that ever existed in the world. Not only the opinion of the greatest men, and the experience of mankind, are against the idea of an extensive republic, but a variety of reasons may be drawn from the reason and nature of things, against it. In every government, the will of the sovereign is the law. In despotic governments, the supreme authority being lodged in one, his will is law, and can be as easily expressed to a large extensive territory as to a small one. In a pure democracy the people are the sovereign, and their will is declared by themselves; for this purpose they must all come together to deliberate, and decide. This kind of government cannot be exercised, therefore, over a country of any considerable extent; it must be confined to a single city, or at least limited to such bounds as that the people can conveniently assemble, be able to debate, understand the subject submitted to them, and declare their opinion concerning it» (*Essays of Brutus*, 18 October 1787, in H.J. Storing (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, vol. 2, *New York and Conclusion*, Chicago, 1981, p. 368 ss.

Il tema della separazione dei poteri emerge, negli scritti jeffersoniani, anche in riferimento al potere giudiziario, rispetto al quale sembrano evidenziarsi, nella riflessione del politico della Virginia, vari principi: la necessaria autonomia dei giudici dagli organi di indirizzo politico, l'opportunità che essi vengano selezionati tramite elezioni popolari e, non ultimo, la necessità che i giudici stessi non violino le attribuzioni costituzionali degli altri poteri.

Nella Dichiarazione di indipendenza Thomas Jefferson aveva denunciato la mancanza di autonomia dei giudici rispetto al re di Gran Bretagna, che li aveva resi «dipendenti solo dal suo arbitrio per il conseguimento e la conservazione della carica»; nelle *Notes on the State of Virginia*, commentando la Costituzione di quello Stato del 1776, aveva denunciato la mancanza di autonomia del potere giudiziario da quello legislativo sottolineando come «the judiciary members were left dependant on the legislative»[41], ed auspicando invece una dipendenza dei giudici dal giudizio popolare. Nel 1816, ricordando che la Costituzione della Virginia non aveva ancora pienamente accolto «il principio-madre secondo cui un governo è repubblicano solo nella proporzione in cui dà corpo alla volontà del popolo»[42], aveva ribadito non solo la necessità dell'elezione diretta del governatore, ma anche dell'introduzione dell'elezione popolare dei giudici, poi effettivamente prevista nella Costituzione della Virginia così come modificata nel 1851[43].

Lo stesso Jefferson, tuttavia, nelle sue riflessioni, come si diceva, affiancò sempre il tema dell'autonomia *dei* giudici a quello dell'autonomia *dai* giudici, scrivendo ad esempio nella Petizione alla

---

[41] Vedi *Notes on the State of Virginia*, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 245 (trad. nostra).

[42] Vedi T. Jefferson, *To Samuel Kercheval (Reform of the Virginia Constitution)*, July 12, 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1396.

[43] Sarà solo a partire dagli anni Quaranta dell'Ottocento che verrà introdotta in maniera generalizzata l'elezione diretta dei giudici nei vari Stati dell'Unione, frutto proprio dell'influenza delle teorie jeffersoniane (in tema vedi K.L. Hall, *The Judiciary on Trial: State Constitutional Reform and the Rise of an Elected Judiciary, 1846-1860*, in *The Historian*, vol. 45, n. 3, 1983, p. 337 ss., nonché L.J. Scalia, *America's Jeffersonian Experiment. Remaking State Constitutions 1820-1850*, Dekalb, 1999). Sull'influenza dei questi temi jeffersoniani nell'età jacksoniana vedi A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, 2016, Verona, p. 108 ss.

Camera dei delegati della Virginia, nel 1797, che quando il potere giudiziario «si interpone nel dipartimento del legislativo», quest'ultimo è posto «sotto i piedi del giudiziario» e lascia al popolo solo «l'ombra della rappresentanza, sottraendogliene la sostanza»[44]. I fatti avrebbero amplificato i suoi timori. Alcuni anni dopo, da Presidente degli Stati Uniti, Jefferson "subì" nel 1803 la sentenza *Marbury v. Madison*, con la quale la Corte suprema riconobbe ai giudici la funzione del controllo di costituzionalità delle leggi[45], e, da strenuo sostenitore dei diritti degli stati federati, nel 1819, assistette alla decisione del caso *McCulloch vs. Maryland*, con la quale la Corte suprema confermò la legittimità del provvedimento istitutivo della seconda Banca degli Stati Uniti d'America, accogliendo una lettura estensiva della clausola dei poteri impliciti federali e segnando una vittoria storica per la lettura federalista dei poteri dell'Unione[46]. L'anno successivo, nel 1820, scriverà preoccupato che «la massima [dei giudici] è *Boni judicis est ampliare jurisdictionem*» e che «il loro potere è tanto più pericoloso quando restano in carica per la vita, non responsabili, come sono invece gli altri titolari di pubbliche funzioni, tramite il controllo elettorale»[47].

Riferendosi in particolare all'interpretazione e applicazione della costituzione, Jefferson aggiunge che «considerare i giudici come gli arbitri ultimi delle questioni costituzionali» è «una dottrina molto pericolosa», che espone «al dispotismo di una oligarchia»[48]. Pur non disconoscendo il ruolo di garanti dei diritti che i giudici potevano avere «se indipendenti e mantenuti nel loro campo»[49], scriverà chiaramente che «ogni dipartimento è genuinamente indipendente dagli altri, e ha pari diritto di decidere autonomamente quale sia il significato della costituzione nei casi sottoposti alla sua azione; e specialmente quando

---

[44] *Petition to the Virginia House of Delegates*, [on or before 3 August 1797] (trad. nostra) (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/).

[45] V. B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzinale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008.

[46] Vedi *supra* nota 38.

[47] *From Thomas Jefferson to William Charles Jarvis*, 28 n September 1820, (trad. nostra) (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/).

[48] *Ibidem*.

[49] Lo affermava perorando da Parigi la causa della necessaria approvazione di un *Bill of Rights*: vedi *From Thomas Jefferson to James Madison*, 15 March 1789 (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/).

deve agire in maniera definitiva e senza appello»[50]. Jefferson appare dunque un sostenitore (*ante litteram*) del *departmentalism*, una delle tesi centrali del *popular constitutionalism*, che oggi sostiene appunto il rifiuto della supremazia della Corte Suprema nell'interpretazione della costituzione, ritenendo invece che ognuna delle tre branche del governo federale abbia un'autorità indipendente nell'interpretare la carta fondamentale[51].

3. *Separazione verticale del potere e autogoverno: dal federalismo alla* ward republic

Le premesse cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti, ossia la centralità dei diritti individuali nel pensiero di Thomas Jefferson e le perplessità di quest'ultimo nei confronti di un *energetic government* federale, trovano una coerente connessione con le sue elaborazioni dottrinali sulla natura dell'Unione e, più in generale, con le sue idee circa la distribuzione del potere tra i vari livelli territoriali. Nelle opere e nell'azione politica di Jefferson è infatti evidente che, a suo parere, più della *separazione orizzontale tra i poteri* dell'Unione, i diritti individuali potessero essere tutelati da una *separazione verticale dei poteri*[52], che preservasse i diritti degli stati federati e con essi quelli dei loro cittadini. Il federalismo jeffersoniano è, come è stato scritto, un «federalismo libertario»[53], nel quale la separazione verticale dei poteri ha come fine ultimo la tutela dei diritti.

---

[50] *From Thomas Jefferson to Spencer Roane*, 6 September 1819 (trad. nostra) (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/). Su questi profili vedi le osservazioni di C. Perry Patterson, *Thomas Jefferson and the Constitution*, in *Minnesota Law Review*, vol. 29, 1945, p. 277 ss.

[51] In tema vedi R. Post, E. Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1027 ss. i quali commentano le fondamentali opere di riferimento sul tema di L. Kramer, *We the Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, p. 4 ss., nonché *Popular Constitutionalism*, in *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 959 ss.

[52] Sulla «divisione territoriale del potere» v. le riflessioni di C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Boston, 1950, p. 189 ss.

[53] M. Bassani, *op. cit.*, p. 329.

Rievocando quello che sembra essere il «potere federativo» di John Locke[54], il potere cioè di stipulare trattati, stringere alleanze e condurre eventuali guerre, Thomas Jefferson scrive nel 1786 a James Madison che la sua idea di «una appropriata divisione dei poteri tra il governo generale e quelli particolari» è «di renderci una nazione per quanto concerne gli affari esteri e mantenerci distinti in quelli interni»[55]. Anche da candidato alla Presidenza nel 1800 ribadirà che «lo spirito più autentico della Costituzione» consiste nel fatto che «gli Stati siano indipendenti per tutto ciò che li concerne direttamente e uniti per tutto ciò che riguarda i rapporti con gli stati stranieri»[56]. È questa idea di un governo federale «minimo»[57] a motivare realmente le perplessità di Jefferson sulla Costituzione di Filadelfia, perplessità che lo conducono a esprimere, da Parigi, sostanziale condivisione rispetto ai superati *Articles of Confederation*[58].

Ed è proprio la sua concezione libertaria del federalismo a giustificare l'enfasi con la quale sosterrà la necessità di allegare alla Costituzione di Filadelfia un *Bill of Rights*, poi approvato nel 1791. Durante i lavori della Convenzione era infatti prevalsa la posizione dei federalisti contrari all'inclusione di una carta dei diritti. Scrivendo a James Madison nel dicembre 1787, Jefferson sottolinea quanto sia fallace l'idea sostenuta da James Wilson, delegato della Pennsylvania, secondo la quale nel disegno costituzionale dell'Unione «una carta dei diritti non è necessaria perché resta agli stati tutto ciò che non è

---

[54] V. J. Locke, *Il secondo trattato sul governo* (traduzione a cura di A. Gialluca), cap. XII, Milano, 1998, p. 261.

[55] *From Thomas Jefferson to James Madison*, 16 December 1786, cit. (trad. nostra).

[56] *From Thomas Jefferson to Gideon Granger*, 13 August 1800, (in *Founders Online*, https://founders.archives.gov/).

[57] Parafrasando lo «Stato minimo» teorizzato da Robert Nozick, Stato le cui funzioni sono ridotte alla protezione contro la forza, il furto, la frode, nonché all'esecuzione dei contratti. Dell'autore vedi *Anarchia, Stato e Utopia*, Milano, 2000.

[58] «Indeed, I think all the good of this new constitution might have been couched in three or four new articles to be added to the good, old, and venerable fabrick, which should have been preserved even as a religious relique»: T. Jefferson, *To John Adams (More on the Constitution)*, November 13, 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 914.

esplicitamente affidato al governo generale»[59]. James Wilson, in effetti, in un discorso all'assemblea legislativa del suo Stato, motivando l'assenza di un *Bill of Rights* nella Costituzione appena licenziata, aveva spiegato che l'inclusione di una carta dei diritti era superflua: essa avrebbe dovuto rappresentare uno strumento di garanzia nei confronti del governo federale che invece era, per le sue stesse caratteristiche, ontologicamente privo del potere di violare alcun diritto. Le dichiarazioni dei diritti erano necessarie invece, a parere del deputato, nei governi a competenza generale, in cui i rappresentanti del popolo sono investiti di tutti i poteri tranne quelli che gli sono esplicitamente negati. In tali ordinamenti ha senso un'esplicita individuazione e definizione delle situazioni soggettive sottratte alla disponibilità del potere legislativo; in un assetto come quello federale, invece, nel quale il governo centrale ha solo le competenze che gli Stati esplicitamente decidono di conferirgli, è implicito, secondo Wilson, che questo non possa privare gli Stati stessi e i loro cittadini di posizioni di garanzia delle quali esso non può disporre[60].

L'illusorietà di questa ricostruzione sarà evidente (non solo per Thomas Jefferson) pochi anni dopo, nel 1798, quando, su pressioni di Hamilton, il Congresso approverà gli *Alien and Sedition Acts* con cui verrà colpita la propaganda jeffersoniana favorevole alla Rivoluzione francese: le leggi, illiberali e *ultra vires* rispetto ai poteri enumerati della federazione, dimostreranno che quest'ultima poteva violare i diritti

[59] Vedi *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 916. Lo ribadirà, con toni più cauti, anche scrivendo a George Washington: «I have seen, with infinite pleasure, our new constitution accepted by 11. states, not rejected by the 12th. and that the 13th. happens to be a state of the least importance. It is true that the minorities in most of the accepting states have been very respectable, so much so as to render it prudent, were it not otherwise reasonable, to make some sacrifices to them. I am in hopes that the annexation of a bill of rights to the constitution will alone draw over so great a proportion of the minorities, as to leave little danger in the opposition of the residue; and that this annexation may be made by Congress and the assemblies, without calling a convention which might endanger the most valuable parts of the system». v. T. Jefferson, *To George Washington* (*Commerce, War, and Revolution)*, December 4, 1788, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 930.

[60] Vedi *James Wilson's State House Speech*, 6 ottobre 1787, in G. Lloyd, M. Lloyd, *The essential Bill of Rights. Original arguments and fundamental documents*, Lanham-Oxford, 1998, p. 283 ss

tanto degli stranieri quanto dei cittadini e renderanno «gli stati, e non i tribunali» (che nel frattempo applicavano la legge sulla sedizione a giornalisti e politici) «i difensori delle libertà individuali, completando la trasformazione del dogma dei diritti naturali nella dottrina, ben più potente ed efficace, dei diritti degli Stati»[61]. Sarà proprio in reazione a tali leggi che Thomas Jefferson elaborerà la sua teoria sul federalismo nella bozza di Risoluzione del Kentucky[62], dove comparirà l'idea della natura contrattuale del vincolo federale e la rivendicazione del *diritto naturale degli stati* di dichiarare nulli gli atti dell'Unione che eccedano le competenze delegate a quest'ultima[63].

Le riflessioni di Jefferson sui rapporti tra tutela dei diritti e distribuzione territoriale del potere non possono tuttavia essere ricondotte solo al legame tra federalismo e libertà, legame di cui gli stessi autori del *Federalist* furono sostenitori affermando che «nella repubblica "composita" d'America il potere, cui il popolo rinunzia, viene prima diviso tra due governi distinti, e poi, nell'ambito di ciascuno, nuovamente ripartito tra organi distinti e separati. Di qui risulta una doppia garanzia per i diritti del popolo»[64]. Il modello di governo cui Jefferson aspira è il governo limitato; è una piena applicazione del principio di sussidiarietà; è - ancor meglio – il principio dell'autogoverno. Nel 1816, allontanatosi ormai dalla politica attiva, scrivendo a Joseph Cabell, prospetterà la sua idea di *ward-republic*, una repubblica di «rioni». La via per avere un governo buono e sicuro, scriverà Jefferson, non è affidarsi ad un solo governo ma dividere il potere fra più livelli, «distribuendo ad ognuno esattamente le funzioni che è in grado di svolgere»: al governo nazionale siano affidate la difesa

---

[61] C.M. Wiltse, *From Compact to National State in American Political Thought*, in M.R. Konvitz, A.E. Murphy (eds.), *Essays in Political Theory. Presented to George H. Sabine*, Ithaca, 1948, p. 156.

[62] La Virginia e il Kentucky, su suggerimento dello stesso Jefferson, dichiararono, con due risoluzioni, nulle le leggi federali appena approvate, applicando così la teoria della *nullification* (sull'episodio e sulla teoria della nullificazione vedi K.E. Whittington, *The Political constitution of federalism in antebellum America: the nullification debate as an illiustration of informal mechanism of constitutional change*, in *Publius*, 1996, XXVI, p. 1 ss.).

[63] In tema vedi il contributo di G. Martinico, *Il federalismo di Thomas Jefferson*.

[64] Con queste parole Madison nel saggio n. 51: vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *op. cit.*, p. 279.

della nazione e le relazioni estere; agli stati «i diritti civili, le leggi, la polizia e l'amministrazione di tutto ciò che riguarda genericamente uno stato»[65]; «alle contee gli affari locali che le riguardano» e «ad ogni rione gli interessi interni ad esso». Il *good and safe government* si persegue dunque «dividendo e suddividendo queste repubbliche da quella grande nazionale, giù attraverso tutte quelle subordinate fino ad arrivare all'amministrazione indipendente della proprietà di ogni uomo», così da attribuire «a ciascuno solo ciò che il suo occhio può vedere»[66]. Nella stessa lettera a Joseph Cabell, vicino all'enunciazione del «sistema federale a cerchi concentrici» [67] scriverà, ancor più chiaramente, che «il segreto» per preservare libertà e diritti è nel rendere l'uomo «depositario dei poteri per ciò che lo riguarda», delegando ai poteri pubblici solo ciò «che è al di là delle sue capacità»[68]. L'ideale jeffersoniano del buon governo, ancor prima che sulla separazione orizzontale e verticale del potere, è dunque fondato sulla separazione (liberale) tra sfera pubblica e privata, secondo un modello di autogoverno nel quale ogni uomo è il primo custode dei propri diritti. L'ideale jeffersoniano, come è stato efficacemente scritto, era «una democrazia fortemente decentralizzata, partecipativa, nella quale ogni cittadino, personalmente, fosse parte dell'amministrazione degli affari pubblici»[69].

Alla centralità dell'individuo sono riconducibili, dunque, tutte le idee del politico virginiano sull'assetto dei pubblici poteri, insieme alla coerente necessità che vi sia un'investitura popolare per ognuno di essi.

---

[65] Agli Stati Jefferson affida, chiaramente, il complesso di competenze riconducibili alla categoria del *police power*. Con tale espressione la dottrina e la giurisprudenza statunitensi indicano la potestà generale di governo, il potere «di regolare i diritti personali e proprietari per proteggere e promuovere la salute, la moralità ed il benessere generali»: Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, New York-Westport, 1992, p. 35

[66] *To Joseph C. Cabell (The Ward System)*, February 2, 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1380 (trad. nostra).

[67] M. Bassani, *op. cit.*, p. 195.

[68] «The secret will be found to be in the making himself the depository of the powers respecting himself, so far as he is competent to them, and delegating only what is beyond his competence» *To Joseph C. Cabell (The Ward System)*, February 2, 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1380 (trad. nostra).

[69] L.K. Caldwell, *The Administrative Republic: the Contrasting Legacies of Hamilton and Jefferson*, in *Public Administration Quarterly*, vol. 13, 1990, 4, p. 482.

Alla centralità dell'individuo è riconducibile in definitiva la stessa idea di costituzione di Thomas Jefferson, il quale, come è stato notato, non nutriva piena fiducia nei confronti del potere giudiziario, del potere legislativo, né, tantomeno, verso il potere esecutivo[70]: egli stesso, nella bozza di risoluzione del Kentucky, ricordava invece che il libero governo si basa «sul sospetto e non sulla fiducia»[71]. Questa, secondo Jefferson, può essere infatti riposta solo nella costituzione, formata dalle regole che il popolo si dà da sé tramite appositi organi, le convenzioni costituzionali. E proprio alla centralità dell'individuo si lega anche il tema della "rivoluzione costituzionale permanente", l'idea jeffersoniana che «nessuna società possa creare una costituzione perpetua», che nessun gruppo di individui possa vincolare gli individui che verranno: come la terra, anche la costituzione per Thomas Jefferson *belongs to the living generation*, appartiene a chi è vivo, ed ogni generazione, coerentemente, ha il potere di modificare la *sua* carta fondamentale[72].

***

ABSTRACT: Thomas Jefferson's reflection on public institutions is deeply influenced by the central role assumed in his thinking by individual rights. The protection of rights is in fact the end and limit of the powers conferred on governments and profoundly affects, in Jefferson's thought, the structure that power itself must assume. From this primacy of rights derive Jefferson's reflections on political representation, on the separation between legislative, executive and judicial powers, on the necessary popular investiture of the latter and, last but not least, on the vertical separation of power between federal, state and local governments.

[70] Lo sottolinea C. Perry Patterson, *op. cit.*, p. 267.

[71] T. Jefferson, *Draft of the Kentucky Resolution*, October 1798, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 454 (trad. nostra).

[72] Si tratta del celeberrimo passo sulla durata "generazionale" della costituzione: vedi *To James Madison ("The Earth Belongs to the Living")*, September 6, 1789, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 959 ss.

KEYWORDS: separation of powers – federalism – self-government – individual rights

Chiara Bologna – Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Bologna (chiara.bologna@unibo.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Thomas Jefferson giudice della Costituzione degli Stati Uniti*

Luigi Marco Bassani

SOMMARIO: – Premessa. – 1. Fra Federalisti e Antifederalisti. – 2. Le critiche alla Costituzione.

Premessa

Il problema di ogni analisi su Thomas Jefferson è che il personaggio è stato trasformato in un'icona. Già ad avviso di James Parton, uno dei suoi primi biografi di talento: *If Jefferson was wrong, America is wrong. If America is right, Jefferson was right.*[1] Il peso di evocare *senso* e *significato* di un Paese, e di quello che maggiormente sta influendo nella storia dell'umanità, diventa un fardello troppo impegnativo per Jefferson, o meglio, per chi di lui si occupa. L'immagine di Jefferson, così brillantemente studiata da Merrill Peterson molti anni fa, continua ad essere «la cartina di tornasole [...] di una complessa ricerca per l'America dell'immagine di se stessa»[2]. Jefferson è ricordato dalla popolazione americana più di ogni altro personaggio storico anche per ciò che non ha fatto. Secondo un sondaggio di quasi trent'anni fa, il trentuno per cento degli intervistati lo riteneva uno dei *Framers* della Costituzione.[3] Come è ben noto, il

---

* L'articolo non è stato sottoposto a referaggio in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto inviato su richiesta della direzione.

[1] J. Parton, *Life of Thomas Jefferson, Third American President*, Boston, J.R. Osgood, 1874, p. III.

[2] M.D. Peterson, *The Jefferson Image in the American Mind*, New York, 1960, p. 234.

[3] *New York Times Magazine*, 23 agosto 1992, in J.O. Appleby, «Introduction. Jefferson and His Complex Legacy», AA.VV., *Jeffersonian Legacies*, a cura di P. S. Onuf, Charlottesville, 1993, p. 1.

virginiano era ambasciatore a Parigi e non ebbe alcun ruolo nella Convenzione costituzionale di Filadelfia.

I giudizi jeffersoniani sulla Costituzione sono destinati a risultare piuttosto scabrosi per coloro i quali hanno faticosamente costruito l'immagine di un virginiano consacrato anima e corpo all'Unione americana. Thomas Jefferson aveva una concezione della *polity* americana che può essere colta in un documento di quasi tremila parole, scritto un decennio dopo la Costituzione, ossia le *Risoluzioni del Kentucky* del 1798. Questo scritto è per molti versi rivoluzionario, destinato a restare a lungo nella storia politica americana come il punto di partenza della scuola dei diritti degli Stati, ma soprattutto risulta assai imbarazzante per gli studiosi intenti a creare l'immagine del virginiano che amava l'Unione come e più di Lincoln.[4]

Le *Risoluzioni* sono il cuore della concezione federale di Jefferson e riassumono tutta la sua dottrina costituzionale. Esse sono il maggiore contributo jeffersoniano ad una Costituzione che era stata forse il prodotto di «un'assemblea di semi-dei»[5], ma alla quale non aveva potuto partecipare. Per Jefferson il sistema federale vanta una priorità anche sui diritti dell'uomo. Vale a dire, una repubblica accentrata – una e indivisibile – è sempre e comunque tirannica, anche se formalmente riconosce i diritti dell'uomo. Nel corso del tempo egli sostituirà al giusnaturalismo delle origini una concezione autenticamente federale della comunità politica, perché si renderà conto che «i veri baluardi delle nostre libertà (…) sono i governi degli

[4] Solo per fare qualche esempio, si pensi che il maggiore biografo di Jefferson, Dumas Malone, autore di sei volumi sulla vita del virginiano pubblicati dal 1948 al 1982, non dedica che sei pagine alle *Kentucky Resolutions*. Anche la migliore biografia jeffersoniana in un singolo volume, su più di mille pagine ritiene che l'"episodio" non ne meriti che quattro o cinque, D. Malone, *Jefferson and the Ordeal of Liberty*, Boston, 1962, pp. 402-406, pp. 419-420 e M.D. Peterson, *Thomas Jefferson and the New Nation*, pp. 613-614 e 622-624. Per un'analisi delle *Risoluzioni*, mi permetto di rimandare a L. M. Bassani, *Il pensiero politico di Thomas Jefferson. Libertà, proprietà e autogoverno*, Milano, 2002.

[5] Dopo aver biasimato la segretezza che circondava le riunioni della Convenzione, egli affermò che «it is really an assembly of demi-gods», Th. Jefferson a J. Adams, 30 agosto 1787, *The Complete Correspondence Between Thomas Jefferson and Abigail and John Adams* (1959), a cura di L. J. Cappon, Chapel Hill, 1988, p. 196.

Stati federati»[6]. La tirannia politica verrà sempre più a definirsi come il consolidamento (*consolidation*) del potere in un unico centro. I diritti dell'uomo rimarranno certamente il cuore della sua meditazione politica, ma il disegno strategico per tutelarli si baserà sul rafforzamento del potere degli Stati a scapito del governo federale. In ogni caso, come vedremo subito, il terzo Presidente era tutt'altro che un adoratore del documento redatto a Filadelfia nell'estate del 1787.

1. *Fra Federalisti e Antifederalisti*

Proprio mentre Jefferson era ambasciatore in Francia in America si era creato uno spettro politico fondato proprio sull'appoggio o il rifiuto del progetto costituzionale. Si tratta ovviamente di una divisione politica sulla quale egli ebbe la fortuna di non doversi schierare, ma che è cruciale per una corretta ricostruzione storica del suo pensiero in merito al federalismo e per comprendere la sua dottrina politico-costituzionale.[7]

Nonostante le innumerevoli pubblicazioni celebrative che nel corso del tempo gli apologeti della Costituzione e gli incensatori di Jefferson hanno prodotto sul tema del suo grande amore per il frutto della convenzione di Filadelfia, possiamo affermare con certezza che egli non fu troppo felice dell'adozione della stessa, tanto che per lunghi mesi la sua proposta politica fu quella di suggerire l'approvazione e poi convocare una nuova convenzione per porre rimedio agli errori. In verità però, salvo a caldo, non spese parole troppo dure nei confronti del progetto (che Adams, Washington e Madison gli avevano fatto arrivare a Parigi poco dopo l'approvazione del 17 settembre del 1787) e mitigò le proprie critiche nel corso del tempo, ma ciò derivava con ogni probabilità dal fatto che egli era lontano e non voleva essere trascinato in una controversia sulla quale non aveva informazioni di prima mano. In considerazione del fatto

[6] Th. Jefferson a A.L.C. Destutt de Tracy, 26 gennaio 1811, *The Writings of Thomas Jefferson*, a cura di A. A. Lipscomb e A. E. Bergh, Washington, D.C., Thomas Jefferson Memorial Association, 1904-1907, vol. XIII, p. 21.

[7] Cfr. *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, scelta antologica e saggio introduttivo di L. M. Bassani, Torino, 2011.

che nei confronti della Costituzione, egli passò dalle critiche di fronte alle prime notizie, al tiepidissimo favore dell'autunno, fino ad un'accettazione quasi piena a risultato definito, alcuni autori hanno voluto scorgere anche motivazioni personali nel suo agire, in sostanza, una sorta di opportunismo. Jefferson avrebbe insomma sfumato i propri giudizi nel corso del tempo gradatamente e sapientemente, in maniera direttamente proporzionale alle notizie che giungevano dall'America sulla probabilità sempre maggiore della sua adozione. Franco Venturi, pur non essendo certo uno specialista del settore, si spinge fino ad affermare che Jefferson «si gettò subito in una vivace polemica politica contro il progetto di nuova Costituzione, rifiutandola energicamente, dichiarandosi antifederalista anche prima di aver avuto tempo di diventare federalista», salvo poi, quando «le notizie che gli giungevano dall'America erano generalmente favorevoli ai federalisti, dimostrarsi assai più cauto»[8].

Sul regime prodotto dagli *Articoli di Confederazione*, Jefferson si era espresso in maniera lusinghiera. Avendo partecipato ai primissimi dibattiti congressuali sulla rappresentanza – nella quale gli Stati popolosi e quelli piccoli si erano subito divisi su rappresentanza proporzionale oppure per Stato – egli era piuttosto scettico sulla possibilità di riuscire a costruire un *plan of union* così come era nelle intenzioni del Congresso. Nella primavera del 1777, Jefferson, in quella che potrebbe essere la prima lettera di una corrispondenza destinata a diventare memorabile, egli manifestò a John Adams la sua inquietudine per il fatto che «le colonie, grandi e piccole, sono caparbiamente decise a non cedere»[9] sul punto della rappresentanza. Il suo suggerimento anticipava in fondo la soluzione che sarebbe stata poi adottata a Filadelfia dieci anni dopo: «Qualsiasi mozione potrà essere invalidata dai rappresentanti della maggioranza della popolazione o della maggioranza delle colonie americane».[10]

Contro l'opinione espressa da Adams che il Congresso durante il periodo confederale non fosse altro che un'assemblea diplomatica, Jefferson sostenne, con buone ragioni, che per decisione dei tribunali

[8] F. Venturi, *Settecento Riformatore*, Torino, 1984, vol. IV, pp. 133-134.
[9] Th. Jefferson a J. Adams, 16 maggio 1777, *Adams-Jefferson Letters*, p. 4.
[10] *Ibidem*.

«la confederazione è parte delle leggi del Paese e la sua autorità è superiore alle leggi ordinarie, in quanto essa non può essere alterata dalle assemblee legislative degli Stati»[11]. Ossia, quella clausola (erroneamente) chiamata di "supremazia federale" – che sarà poi inglobata dall'articolo VI della Costituzione – era già nella logica delle cose nel periodo confederale. In effetti, se le clausole di un accordo, federale o confederale, non avessero precedenza sulle leggi ordinarie (degli Stati membri o della federazione) semplicemente non esisterebbe alcun accordo.

Ma che fossero tutte rose e fiori nel periodo confederale non lo ritenevano neanche gli Antifederalisti e tanto meno Jefferson. Quali erano ad avviso di quest'ultimo i difetti della Confederazione? Conosciamo il suo parere con precisione cristallina, giacché nel 1786 egli aiutò Jean-Nicolas Démeunier nella redazione dell'articolo sugli Stati Uniti per l'*Encyclopédie Méthodique*. Il suo scopo era quello di aiutare a far luce su di una realtà, quella americana, che l'abate Guillame Thomas François Raynal, con la sua opera farraginosa e piena di errori di fatto, ma assai popolare al di fuori dei circoli scientifici, *Histoire philosophique et politique des Etablissements et du commerce des Europeéns dans les deux Indes* (1770), aveva reso assai confusa per gli europei.

Rispondendo ad una specifica domanda di Démeunier, Jefferson, dopo aver lodato il primo strumento costituzionale degli Stati Uniti, ne evidenziava pure le manchevolezze. I difetti erano a suo avviso essenzialmente tre: in primo luogo la mancanza di una «regola generale per l'ammissione dei nuovi Stati nell'Unione», poi «l'articolo ottavo della costituzione stabilisce che la quota con la quale ciascuno Stato deve contribuire [alle casse dell'unione] dev'essere proporzionale al valore dei beni immobili esistenti nello Stato stesso. L'esperienza ci ha dimostrato quanto sia difficile raggiungere tale valore», e da ultimo «la confederazione proibisce ai singoli Stati di concludere trattati commerciali o di qualsiasi altra natura con nazioni straniere e autorizza il Congresso a concludere tali trattati», il che significa che dove non esiste trattato stipulato dal Congresso gli Stati

[11] Th. Jefferson a J. Adams, 23 febbraio 1787, *Adams-Jefferson Letters*, p. 174.

possono fare ciò che vogliono, mentre la questione avrebbe dovuto a suo avviso essere regolata definitivamente dal Congresso. Jefferson aggiungeva anche una notazione che la storia avrebbe di lì a poco dimostrato completamente errata e dimostra che la sua assenza dall'America si faceva sentire: «Queste sono le sole modifiche avanzate alla confederazione e l'ultima di esse comporta l'unico potere aggiuntivo che si ritiene necessario per il Congresso».[12] In realtà erano invece al lavoro potenti forze che operavano per modificare sostanzialmente il regime confederale, rimodellando la struttura di governo degli Stati Uniti non solo al fine di fornire qualche potere in più al Congresso.

Per quanto riguardava la presunta mancanza di vigore e forza dei governi federale e statali, Jefferson evidentemente non la pensava come gli artefici del progetto di Filadelfia:

«È stato altresì affermato che i nostri governi, sia quello federale sia quelli particolari, mancano di energia e che è arduo impedire agli Stati e ai singoli individui di commettere azioni dannose. Ciò è vero e si tratta certamente di un inconveniente. D'altra parte occorre ammettere che anche l'energia che i governi assoluti derivano dalla forza delle armi, che è la conseguenza di una baionetta costantemente puntata contro il petto dei cittadini e che somiglia in tutto al rigore della tomba, presenta i propri inconvenienti. Noi abbiamo soppesato i meriti e i demeriti delle due forme e preferiamo sottometterci alla prima. Confrontate il numero dei torti commessi impunemente dai nostri concittadini con quelli commessi dai sovrani delle altre nazioni, e concluderete che questi ultimi sono assai più numerosi, più oppressivi e più degradanti per la dignità umana[13]».

Qualche tempo prima aveva scritto allo scienziato ed economista gallese Richard Price (1723-1791), autore del saggio *Observations on the Importance of the American Revolution* del 1785, che appariva

[12] Th. Jefferson, «Answers and Observations for Démeunier's Article on the United States in the Encyclopédie Methodique», 24 gennaio 1786, *The Papers of Thomas Jeffersons*, a cura di J. P. Boyd *et al.*, Princeton, vol. X, p. 17.

[13] *Ibid.*, p. 19.

evidentemente preoccupato per la mancanza di vigore del potere federale sotto il regime degli *Articoli di Confederazione*:

«La mancanza di potere del vertice federale fu rilevata assai presto e si comprese che si trattava di un difetto della nostra costituzione, che ne avrebbe potuto minacciare la distruzione. Ho il piacere di informarvi che a luglio [1784], quando sono partito dall'America, l'intera popolazione comprendeva il problema ed era generalmente animata dal desiderio di ampliare i poteri del Congresso[14]».

Allo stesso Price, però, dopo la conclusione del processo di ratifica, egli rivelava con una nota di malcelato disappunto che «la nostra nuova costituzione (…) ha ottenuto ben più di quello che speravo. Inizialmente non riuscivo a credere che undici Stati su tredici avrebbero approvato il progetto di consolidarsi in uno solo». [15] Tuttavia, gli appare ormai come un fatto compiuto ciò che gli Stati hanno accettato, vale a dire «un governo federale capace di ergersi in piedi da solo, senza appoggiarsi alle assemblee legislative degli Stati»[16].

Nel 1795 egli utilizzerà ancora parole di grande ammirazione nei confronti degli *Articles of Confederation,* il primo strumento di diritto pubblico delle ex colonie ormai indipendenti. Nel preparare alcuni appunti per una risposta a Christoph Daniel Ebeling, professore ad Amburgo e uno dei primi "americanisti" del vecchio continente affermò: «La nostra prima costituzione, ossia quella detta confederazione, venne elaborata nel periodo immediatamente successivo alla nostra separazione dall'Inghilterra, quando i sentimenti di indipendenza da essa e dalle altre stesse colonie erano al culmine».[17] Jefferson si spingeva fino ad avanzare un dubbio sull'adozione della

[14] Th. Jefferson a R. Price, 1 febbraio 1785, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. VII, p. 630.

[15] Th. Jefferson a R. Price, 8 gennaio 1789, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XIV, p. 420.

[16] *Ibidem.*

[17] Th. Jefferson, «Notes on Professor Ebeling's Letter of July 30, 1795», ca. 15 ottobre 1795, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XXVIII, p. 506.

Costituzione: «Ancora oggi taluni ritengono che la maggioranza della popolazione degli Stati Uniti fosse contraria alla sua approvazione»[18].

In effetti, il giudizio sugli *Articoli di Confederazione* e sulle loro lievi manchevolezze, accomuna Jefferson alla stragrande maggioranza degli antifederalisti. Gli Articoli andavano certamente rivisti, ma occorreva essere ben cauti nel suggerire mutamenti sostanziali (una posizione in verità inconciliabile con quella dei Federalisti). Nel 1786 li riteneva «uno strumento meravigliosamente perfetto, in considerazione delle circostanze nelle quali è stato redatto»[19]. Inoltre, quando confessava a John Adams nel novembre del 1787 le sue perplessità sul nuovo progetto, non mancava di riferirsi nuovamente alla vecchia e venerabile struttura:

«Vi sono cose in essa [nella nuova Costituzione] che fanno vacillare qualunque mia disposizione a sottoscrivere quello che una tale assemblea ha proposto. La camera dei rappresentanti non sarà adeguata all'amministrazione degli affari né internazionali, né federali. Il *loro* presidente sembra una brutta copia di un re polacco [...] tutto ciò che vi è di buono in questa nuova costituzione avrebbe potuto essere riassunto in tre o quattro articoli, da aggiungere alla vecchia, buona, venerabile struttura, che avrebbe dovuto essere preservata come una reliquia sacra[20]».

Sempre ben informato sui fatti di casa dai suoi amici fidati, confidava a un amico virginiano nell'estate del 1787: «Confesso di non spingermi così in là riguardo alle riforme ritenute necessarie come alcuni dei miei corrispondenti in America». E poco oltre, sintetizzando quella che sarebbe poi diventato il nocciolo duro della posizione antifederalista, «la mia idea generale sarebbe quella di rendere gli Stati un'unità per tutto ciò che è connesso [ai rapporti]

[18] *Ibidem.*
[19] Th. Jefferson, «Answers to Démeunier's First Queries», p. 14.
[20] Th. Jefferson a J. Adams, 13 novembre 1787, *Adams-Jefferson Letters*, p. 212 (corsivo mio).

con le nazioni straniere e divisi per tutto ciò che è puramente domestico»[21].

Prima della convenzione di Filadelfia scriveva a Madison: «Essere una sola nazione per quanto concerne i rapporti con l'estero e rimanere distinti negli affari interni delinea la corretta divisione tra il governo generale e quelli particolari».[22] E il concetto veniva ribadito ad ogni corrispondente: «La mia idea è quella di essere una sola nazione in tutti i casi relativi agli affari esteri e nazioni distinte in tutto ciò che concerne semplicemente i nostri affari interni»[23].

In realtà, questa concezione dei rapporti fra Stati e federazione non lo abbandonò mai – neanche dopo il passaggio della Costituzione – tanto che durante la campagna elettorale del 1800 affermerà che

«Lo spirito più genuino della nostra costituzione, certamente il migliore e il più savio, consiste nel fatto che gli Stati sono indipendenti in tutti gli affari che riguardano solo loro e sono uniti in tutto ciò che concerne le nazioni straniere. Limitiamo il governo generale agli affari con l'estero e non immischiamoci delle altre nazioni, tranne che per quanto riguarda il commercio, cosa che i mercanti amministrano al meglio quanto più sono lasciati liberi di commerciare liberamente; in tal modo il governo generale potrà essere ridotto ad un'organizzazione semplice ed economica, in cui pochi semplici compiti vengono svolti da un numero limitato di servitori[24]»

In questo brano è racchiusa anche tutta la teoria jeffersoniana del governo limitato che poggia sulla divisione federale dei poteri. Dopo la conclusione della sua carriera politica avrebbe ribadito a Destutt de Tracy la medesima idea: «Diciassette stati distinti, amalgamati in una sola entità per i loro rapporti con l'estero, ma

[21] Th. Jefferson a E. Carrington, 4 agosto 1787, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XI, p. 678.

[22] Th. Jefferson a J. Madison, 16 dicembre 1786, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. X, p. 603.

[23] Th. Jefferson a J. Blair, 13 agosto 1787, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XII, p. 28.

[24] Th. Jefferson a G. Granger, 13 agosto 1800, *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. X, p. 168.

singoli e indipendenti per la loro amministrazione interna, regolarmente organizzati con una assemblea legislativa e un governatore scelti dal popolo e illuminati da una stampa libera, non saranno mai affascinati dalle arti di un solo individuo al punto di sottomettersi volontariamente alla sua usurpazione del potere, né potrebbero essere obbligati dalla sua forza, per quanto grande essa possa essere[25]».

E ancora, molti anni più tardi, nel 1824, avrebbe affermato che «la chiave della soluzione alle questioni di potere tra i nostri governi è il fatto che 'tutti i poteri esteri e federali sono attribuiti al governo federale e agli Stati toccano tutti i poteri specificamente interni' (…) Il governo federale è invero il nostro governo per l'estero e solo questo campo d'azione viene sottratto alla sovranità dei singoli Stati[26]».

Abbiamo insistito su questo aspetto della concezione federale jeffersoniana perché comprova la sua aderenza ad uno dei cardini della visione antifederalista, che appare davvero costante nel tempo.

2. *Le critiche alla Costituzione*

Ma passiamo ora a vedere le vere e proprie critiche che Jefferson muove al progetto costituzionale. Subito era stizzito per come erano state preparate le cose, in assoluta segretezza, dai convenuti. Scriveva infatti a John Adams nell'estate del 1787: «Sono dispiaciuto per il fatto che abbiano iniziato le proprie decisioni stabilendo un precedente tanto abominevole quanto il mettere a tacere i loro membri. Niente potrebbe giustificare un tale esempio, tranne forse l'innocenza delle loro intenzioni e l'ignoranza del valore di un dibattito pubblico»[27]. Jefferson era generalmente convinto che l'opinione pubblica dovesse essere informata liberamente e prontamente da una stampa autonoma, «la stampa [è] l'unico

[25] Th. Jefferson ad A. L. C. Destutt de Tracy, 26 gennaio 1811, pp. 13-21.
[26] Th. Jefferson a R. J. Garnett, 24 febbraio 1824, *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. XVI, p. 15.
[27] Th. Jefferson a J. Adams, 30 agosto 1787, *Adams-Jefferson Letters*, p. 196.

toccasana di una nazione».[28] Naturalmente, dopo parecchi anni di presidenza, essendo stato oggetto delle attenzioni di più di un cronista scandalistico, si trovò ad affermare che la stampa si stava suicidando «per il fatto che si prostituisce alla falsità. Oggi non si può credere niente di ciò che viene pubblicato in un giornale. La verità stessa diventa sospetta se viene espressa da questo mezzo corrotto»[29].

Con grande franchezza aveva esposto a Madison quel che pensava dei lavori dei delegati di Filadelfia. La mancanza di un *Bill of Rights* era naturalmente la rimostranza maggiore, ma lo preoccupavano anche la rieleggibilità delle cariche e in particolare del presidente.[30] Dopo avere lodato il lodabile, egli rendeva note le proprie perplessità. Ciò che non gli sembrava accettabile era

«L'omissione di una carta dei diritti che preveda fin dal principio e senza sofismi la libertà religiosa, la libertà di stampa, la protezione contro gli eserciti permanenti, limitazioni ai monopoli, che l'*habeas corpus* sia in vigore in eterno e senza compromessi, processi con giuria in tutte quelle cause soggette alle leggi del paese e non al diritto delle nazioni. (…) Il popolo deve avere una carta dei diritti come garanzia contro qualsiasi governo sulla terra, generale o particolare ed è una cosa che nessun governo dovrebbe rifiutare[31]».

Ma la sua disapprovazione non si fermava qui. La rotazione delle cariche era uno dei punti fermi della riflessione costituzionale jeffersoniana: «La seconda caratteristica che condanno senza riserve è l'abbandono in ogni caso del principio di rotazione delle cariche, particolarmente nel caso della presidenza. L'esperienza e la ragione concordano nell'affermare che, se la costituzione lo permette, il primo magistrato del paese sarà sempre rieletto. La sua carica diverrebbe

[28] Th. Jefferson a Th. Cooper, 29 novembre 1802, *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. X, p. 341.

[29] Th. Jefferson a J. Norvell, 14 giugno 1807, *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. XI, p. 224.

[30] Cfr.: Th. Jefferson a J. Madison, 20 dicembre 1787, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XII, pp. 439-442.

[31] *Ibid.*, p. 440.

così una carica a vita»[32]. E aggiungeva con facile preveggenza: «Tra qualche anno talune nazioni europee saranno più interessate all'elezione del presidente degli Stati Uniti più di quanto non siano mai state interessate all'elezione del re di Polonia»[33].

La questione del governo *energetic* era all'ordine del giorno nell'America di quegli anni (si pensi a quante volte compare quest'espressione nel *Federalist*) ed era diventata la parola d'ordine, il *mantra* che avrebbe dovuto servire, se ripetuto a sufficienza, a far accettare ai popoli dei vari Stati il principio della centralizzazione. Sul punto Jefferson era cristallino: «Non sono un amico del governo forte. Si tratta di un governo immancabilmente oppressivo»[34].

La sua argomentazione finale a favore dell'adozione appare prudenziale: «La volontà della maggioranza deve sempre prevalere. Se la costituzione verrà approvata in ogni sua parte, l'accetterò di buon animo, nella speranza che il popolo la modifichi ogni qualvolta ne riscontrerà un difetto»[35]. Non si tratta affatto di una sorta di *vox populi vox dei*, ma di un precetto che, pur appartenendo al suo bagaglio comportamentale, avrebbe esplicitato solo parecchi anni più tardi, durante la sua presidenza, rendendola una sorta di massima adatta per ogni statista democratico: «colui che vuole fare il bene del proprio paese deve seguire in silenzio i pregiudizi della maggioranza finché non sia in grado di ricondurla alla ragione»[36].

Sul punto però, come nota correttamente Hoffert, vi è una certa ironia: «il suo appoggio alla ratifica della costituzione del 1787 (…) si fondava su una teoria maggioritaria antitetica al principio di limitazione della maggioranza che costituiva il nucleo di quel documento»[37]. In effetti la Costituzione è proprio stata pensata come un forte rimedio contro le maggioranze strapotenti che si possono

---

[32] *Ibidem.*

[33] *Ibid.*, p. 441.

[34] *Ibid.*, p. 442.

[35] *Ibidem.*

[36] Th. Jefferson a Caesar Rodney, Washington, 23 ottobre 1805, *Gratz collection*, cit. in J. Charles, *The Origins of the American Party System* (1956), New York, 1961, p. 86.

[37] R.W. HOFFERT, *A Politics of Tensions: The Articles of Confederation and American Political Ideas*, Niwot, 1992, p. 142.

creare nel paese ed essere riflesse nel Congresso. La Costituzione, a causa della rigida divisione dei poteri, e del sistema federale della rappresentanza divisa fra *House* e *Senate*, non consente il dispiegarsi della regola della maggioranza (semplice).

Era comunque l'istituto della presidenza a destare le maggiori perplessità del virginiano. Un vertice monocratico del potere esecutivo federale gli apparve subito cosa pericolosa, un sintomo di quella richiesta di legge e ordine che era stata una delle conseguenze dei recenti torbidi in Massachusetts.

Infatti, nella convocazione della convenzione costituzionale di Filadelfia aveva avuto grande peso l'apprensione causata dalla cosiddetta ribellione di Shays. L'avventura di condottiero rivoluzionario del contadino Daniel Shays che era diventato capitano durante la guerra, ebbe effimera durata (dal settembre 1786 al febbraio successivo), ma convinse gli Stati scettici a nominare i propri delegati per la Convenzione che avrebbe aperto i lavori il 25 maggio del 1787. A causa della depressione economica che seguì la Rivoluzione, nell'agosto del 1786 gli agricoltori del Massachusetts si rivoltarono, chiedendo una moratoria, l'abolizione della prigione per debiti e la possibilità del riscatto delle fattorie nei tribunali civili. La rivolta fu domata nel 1787, ma il timore causato contribuì a creare un clima favorevole alla centralizzazione del potere.[38]

Commentando e *commendando*, la ribellione di Shays, Jefferson scrisse alcune delle affermazioni maggiormente radicali della sua intera riflessione dottrinaria:

«Quale paese può conservare la propria libertà se ai suoi governanti non viene periodicamente rammentato che la popolazione conserva il proprio spirito di resistenza? Che il popolo prenda pure le armi (…) Che importanza hanno poche vite perdute in un secolo o due? Di tanto in tanto l'albero della libertà dev'essere innaffiato col sangue dei patrioti e dei tiranni. È il suo fertilizzante naturale[39]».

[38] Cfr. D. Szatmary, *Shays' Rebellion: The Making of an Agrarian Insurrection*, Amherst, 1980 e M. Hull, *Shays' Rebellion and the Constitution in American History*, Berkeley Heights, 2000.

[39] Th. Jefferson a W.S. Smith, 13 novembre 1787, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XII, p. 356.

Questo linguaggio è stato attribuito da molti biografi jeffersoniani al clima che si respirava in Francia negli anni immediatamente precedenti alla Rivoluzione. In sostanza, non sarebbero state altro che proiezioni dell'effervescente politica francese su quella americana: come se il virginiano, preda di un qualche disturbo delle facoltà intellettive, non fosse più in grado di distinguere bene fra una monarchia assoluta in decomposizione e la sua libera repubblica.

Ma è nel radicalismo politico che si sviluppa parallelamente alle notizie che giungono da casa - e non certo in relazione a ciò che stava accadendo in Francia, come vuole il luogo comune - che dobbiamo leggere tutta l'insoddisfazione per la piega che stavano prendendo gli eventi. Jefferson aveva subito colto la connessione fra la paura ingenerata dalla rivolta di Shays e la nuova Costituzione. Nello stesso giorno in cui rispose a Smith, egli aveva ricevuto una più che allarmata lettera di John Jay, all'epoca ministro degli esteri, sulla ribellione nel Massachusetts. L'allarme derivava sia dalla cosa in sé che dalle possibili conseguenze: Jay vedeva nella rivolta «uno spirito di licenziosità [...] una riluttanza a pagare le tasse e un'inquietudine nei confronti del governo»[40]. Il problema vero era però rappresentato dall'effetto che questo avrebbe avuto sui buoni cittadini: se troppo a lungo avessero latitato «la legge e il governo, la tirannia avrebbe potuto sollevare la testa, o la parte più malvagia della popolazione anche pensare ad un re»[41]. Questa lettera lo turbò oltremodo e lo convinse anche a farsi idee più precise sulla ribellione. I suoi commenti sono generalmente assai moderati: non solo i rivoltosi non avevano arrecato danni alle vite e alle proprietà dei loro concittadini, ma la ragione della loro sollevazione era l'eccessiva tassazione che l'assemblea del Massachusetts aveva imposto per pagare i propri debiti.[42] Inoltre, egli invitava a non punire i colpevoli in modo troppo

[40] J. Jay a Th. Jefferson, 27 ottobre 1786, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. X, p. 489.

[41] *Ibidem.*

[42] Cfr.: Th. Jefferson a C.W.F. Dumas, 25 dicembre 1786, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. X, p. 631 e Th. Jefferson a W. Carmichael 26 dicembre 1786, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. X, pp. 632-634.

duro: perché «punire troppo severamente questi errori significherebbe soffocare l'unica salvaguardia della libertà pubblica»[43].

Anziché attaccare il parto di Filadelfia, Jefferson riservava la propria veemenza nella giustificazione della rivolta dell'anno prima, con toni che hanno colpito i commentatori successivi e certo non devono essere risultati facili da digerire per i suoi interlocutori americani. In quei giorni scrisse anche alla moglie di John Adams frasi che saranno certo risultate inquietanti per l'aristocratica conservatrice del New England (e forse una certa voglia di *épater le bourgeois* poteva anche, almeno in questo caso, esser presente, come se egli volesse rimarcare il suo zelo rivoluzionario), che accostavano un sentimento pronto alla clemenza verso i rivoltosi ad un'esaltazione della resistenza alla tirannia del potere:

«Spero che siano stati graziati. In talune occasioni lo spirito di resistenza al governo è talmente importante che vorrei che non morisse mai. Sovente verrà esercitato in modo erroneo, ma ciò è preferibile all'alternativa di non vederlo esercitare affatto. Mi piace che di tanto in tanto scoppi una piccola ribellione. È come una tempesta per l'atmosfera[44]».

Nella lettera a William Smith, che contiene forse la frase più "forte" dell'intero epistolario jeffersoniano, l'accostamento fra progetto costituzionale e insurrezione nel Massachusetts diventa palese. L'ufficio stesso della presidenza (e non solo la rieleggibilità indefinita) gli risultava particolarmente indigesto. Il collegamento è per lui immediato: «La nostra Convenzione è rimasta eccessivamente impressionata dall'insurrezione nel Massachusetts e, nella foga del momento, hanno messo un falco a guardia del pollaio»[45]. Ora, è del tutto evidente che il falco nel pollaio è il presidente, oppure l'intero apparato governamentale federale. Il contesto della lettera suggerisce

[43] Th. Jefferson a E. Carrington, 16 gennaio 1787, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XI, p. 49.

[44] Th. Jefferson ad A. Adams, 22 febbraio 1787, *Adams-Jefferson Letters*, p. 173.

[45] Th. Jefferson a W.S. Smith, 13 novembre 1787, pp. 356-357.

evidentemente il vertice dell'esecutivo, ma un'interpretazione estensiva non sarebbe fuori luogo.

L'amico di Jefferson, Filippo Mazzei, meno costretto ad essere diplomatico, aggredì direttamente Madison con una quasi invettiva in italiano (si ricordi che i primi quattro presidenti americani erano tutti in grado di leggere e parlare la nostra lingua): «Come avete voi potuto convenire nella proposta costituzione di varj articoli, che preparano fulmini sterminatori alla povera libertà? Vi siete voi figurato Washington immortale? [...] Spero che non siate infettato della malattia, pur troppo endemica, della bilancia e dei contrappesi in materia di governo» [46]. Al che Madison replicava stizzito: «L'esperienza ha dimostrato che il vero pericolo che minaccia l'America e la libertà sta nella mancanza di *energia* e *stabilità* negli attuali ordinamenti degli Stati Uniti. [...] Nel vostro salotto a Parigi e avendo in piena vista tutti i mali risultanti dal troppo governo in tutta l'Europa, è naturale che vi lasciate andare a critiche dettate dall'estremismo di laggiù»[47].

E tuttavia rimane il fatto che, nonostante ciò che abbiamo analizzato, che cristallinamente punta verso un'unica direzione, Jefferson alla fine lodò la Costituzione. Senza arrivare agli eccessi della lettera indirizzata allo scrittore David Humphreys, nella quale definì la Costituzione come la «più saggia mai presentata fino ad ora agli uomini»[48], si era già scoperto con George Washington. Rivolgendosi al generale, e sapendo benissimo quanto stesse a cuore al presidente della Convenzione di Filadelfia il buon esito del processo di ratifica, egli affermò: «ho visto con estremo piacere che la nostra nuova costituzione è stata ratificata da parte di undici Stati, non è stata rifiutata dal dodicesimo, mentre il tredicesimo è uno Stato senza

[46] F. Mazzei a J. Madison, 2 febbraio 1788, Id., *Filippo Mazzei: Scelta di scritti e lettere*, a cura di M. Marchione, Prato, 1984, vol. II, p. 9.

[47] J. Madison a F. Mazzei, 8 ottobre 1788, *The Writings of James Madison*, vol. V, pp. 267-268.

[48] Th. Jefferson a D. Humphreys, 18 marzo 1789, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XIV, p. 678.

importanza»[49]. E tuttavia subito soggiunse che «le minoranze [avverse alla ratifica della Costituzione] in gran parte degli Stati che l'hanno accettata erano decisamente rispettabili, al punto da rendere prudente, se non fosse già di per sé ragionevole, fare qualche sacrificio alle loro obiezioni»[50]. In fondo si potrebbe accontentarli con una bella Dichiarazione dei diritti, ormai data da tutti i suoi corrispondenti per scontata, perché questo avrebbe falciato l'erba sotto i piedi ai dissidenti: «L'aggiunta alla costituzione di una carta dei diritti permetterebbe di attirare nel campo dei favorevoli una proporzione delle minoranze contrarie talmente consistente da eliminare quasi ogni pericolo derivante dall'opposizione dei restanti»[51].

In una nota lettera Jefferson si proclama lontano tanto dai Federalisti quanto dagli Antifederalisti. La sua professione di non fede, quando ormai la ratifica era un dato acquisito, era stato causato da una richiesta esplicita di Francis Hopkinson:

«Non sono un federalista, giacché non ho mai assoggettato le mie opinioni al credo di un partito, che si trattasse di problemi religiosi, filosofici, politici o di qualsiasi altra disciplina nella quale fossi capace di pensare indipendentemente. (…) Se potessi entrare in Paradiso solo grazie ad un partito, preferirei non entrarvi affatto. (…) Vi assicuro che non appartengo al partito dei federalisti, ma sono ancora più lungi dall'appartenere a quello degli antifederalisti. Ho approvato, fin dal primo momento, la maggior parte dei contenuti della nuova costituzione. (…) Ciò che disapprovavo fin dal principio era l'assenza di una carta dei diritti che garantisse la libertà dal potere legislativo e da quello esecutivo. (…) Ho altresì disapprovato la rieleggibilità in perpetuo del presidente. Sono questi i punti di disaccordo[52]».

---

[49] Th. Jefferson a G. Washington, 4 dicembre 1788, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XIV, p. 328. L'antipatia di Jefferson per il Rhode Island è a tratti urtante, ma costante nel tempo.

[50] *Ibidem.*

[51] *Ibidem.*

[52] Th. Jefferson a Francis Hopkinson, 13 marzo 1789, *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XIV, p. 650.

Tuttavia all'amico Jefferson chiarisce che conviene che in patria non si parli di lui in relazione alla questione: «Il mio più fervido desiderio è quello di continuare a compiere rigorosamente e in silenzio il mio dovere, evitare di attrarre l'attenzione e di far comparire il mio nome sui giornali[53]». La sensazione è che egli non volesse essere trascinato in una controversia a distanza, nella quale, data la lentezza delle comunicazioni, il suo nome e il suo prestigio avrebbero potuto essere sfruttate dalle parti in lotta senza la benché minima possibilità da parte sua di chiarire.

Esiste però anche una spiegazione più profonda del perché Jefferson non avversò più di tanto una Costituzione che egli aveva al principio accolto con grande cautela e spesso apertamente criticato. La spiegazione sta nella natura stessa dello strumento costituzionale varato a Filadelfia. E la sua adesione finale si spiega anche specularmente a quella del suo grande rivale degli anni Novanta del Settecento, Alexander Hamilton. In estrema sintesi: Jefferson e Hamilton – benché avessero certamente serie riserve sulla Costituzione – si troveranno ad elogiare pubblicamente uno strumento a metà fra centralizzazione e non accentramento, per due opposti motivi. Il primo pensava che sarebbe stato possibile spostare la bilancia del potere sugli Stati, il secondo sulla federazione.

La storia avrebbe dato ragione a Hamilton, ma solo sul breve e poi sul lunghissimo periodo. La legislazione che avrebbe definitivamente consacrato la vittoria del sistema mercantilista e dirigista hamiltoniano fu infatti un sottoprodotto della Guerra Civile. I due *National Bank Acts* del 1863 e 1864, gli *State Bank Note Acts* del 1865 e 1866 e il *Federal Reserve Act* del 1913 mutarono per sempre i rapporti di potere fra Stati e governo federale. Inoltre, proprio nel 1913, furono approvati due emendamenti costituzionali che chiudevano il circolo della centralizzazione: il sedicesimo conferì al Congresso il potere di tassare il reddito dei cittadini americani senza doverne ripartire il gettito fra gli Stati. Il diciassettesimo, rendendo popolare l'elezione dei senatori, mutò sostanzialmente la struttura della rappresentanza federale. Precedentemente essi erano scelti dalle assemblee statali e quindi erano veramente "ambasciatori" del proprio

[53] *Ibid.*, p. 651.

Stato all'interno del governo federale: da quel momento in poi i senatori diventarono figure politiche nazionali, con legami sempre più tenui nei confronti del proprio Stato.

Ma prima della Guerra, nell'America dell'Ottocento, in quel periodo che viene chiamato "antebellum", nel quale la più grande preoccupazione politica era la divisione territoriale del potere, la Costituzione veniva tipicamente interpretata in maniera jeffersoniana, vale a dire come un patto volontario fra comunità politiche libere e indipendenti. In fondo, il documento più famoso della storia americana, elaborato proprio da Thomas Jefferson, affermava che le colonie sono e dovevano diventare *free and independent States*.

***

ABSTRACT: This essay is about Thomas Jefferson's evaluation of the Constitution of the United States. While Thomas Jefferson was senior minister in Paris, in Philadelphia delegates from the several States met and prepared a new Constitution. Jefferson did not have to take sides in the bitter political battle that took place in 1787–1789, but he articulated his criticism of the constitutional plan primarily in his private correspondence. This article examines in depth the third President's assessment of the Constitution, going beyond the two years of the ratification process. While a gradual change can be seen in his attitude towards the document, that became more favorable in the long run, Jefferson was constantly anxious that the Constitution promoted too much centralization of power.

Keywords: Thomas Jefferson (1743-1826); United States Constitution; Ratification process; Antifederalists; Federalists

Luigi Marco Bassani, nato a Chicago nel 1963, è professore ordinario di Storia delle dottrine politiche all'Università di Milano. I suoi interessi di ricerca riguardano principalmente il pensiero politico americano dalla Rivoluzione alla Guerra Civile, il liberalismo classico,

la storiografia machiavelliana e la filosofia sociale della Scuola austriaca. Fra le sue opere, *Il pensiero politico di Thomas Jefferson. Libertà, proprietà e autogoverno*, 2002; *Marxismo e liberismo nel pensiero di Enrico Leone*, 2005; *Dalla Rivoluzione alla Guerra Civile. Federalismo e Stato moderno in America 1776-1865*, 2009; *Liberty, State & Union. The Political Theory of Thomas Jefferson,* 2010; *Repubblica o democrazia? John C. Calhoun e i dilemmi di una società libera*, 2016; *Chaining Down Leviathan: The American Dream of Self-Government 1776-1865*, Abbeville Institute Press, McClellanville, SC, 2021, di prossima pubblicazione.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Thomas Jefferson, *Marbury v. Madison* e il *countermajoritarian dilemma**

Benedetta Barbisan

La cultura giuridica statunitense ha dato ampia prova nella sua storia di essere molto poco pacificata con il ruolo che le corti svolgono nell'amministrazione della giustizia costituzionale. Se si allunga lo sguardo sulla storia costituzionale americana, la messa in discussione della Corte Suprema federale come giudice delle leggi è stata una costante, la cui riconciliazione con la democrazia elettiva a causa della sua estraneità a quel circuito di legittimazione che si regge sul principio di rappresentanza ha animato poderosi dibattiti sin dai primi anni della Repubblica[1] - quando, soprattutto durante la Presidenza di Thomas Jefferson, lo scontro fra Federalisti e Repubblicani si riverberò nella contrapposizione fra Corti federali e poteri democratici[2] - fino a suscitare preoccupazione per una tale natura antidemocratica anche nel costituzionalismo contemporaneo[3]. Nove uomini (e donne) saggi, destinati a una carica vitalizia irrevocabile e irresponsabili di fronte a ogni altra istituzione (e a questa irresponsabilità è rivolto l'icastico e rammaricato commento del Presidente Dwight Eisenhower che ebbe a dichiarare come, nel corso del suo mandato, avesse commesso due errori, entrambi accomodati sugli scranni della Corte Suprema), decretano l'illegittimità delle leggi in contrasto con la Costituzione federale, generando il paradosso di un

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review.*

[1] Jesse H. Choper, *The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice*, 122 U.Pa. L. Rev. 810 (1974).

[2] Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 333 (1998).

[3] Neal Kuman Katyal, *Judges as Advicegivers,* 50 *Stan. L. Rev.* 1709 (1998).

organo non rappresentativo che si erge a censore dell'organo rappresentativo *par excellence* e delle leggi con cui si esprime la volontà della maggioranza.

Il *countermajoritarian dilemma*, come noto, si deve alla teorizzazione di Alexander Bickel che raccolse crescente attenzione nel decennio successivo alla pubblicazione del suo *The Least Dangerous Branch*[4] e finì per ingaggiare la *scholarship* di un'intera generazione di costituzionalisti [5], innervando la dottrina sulla legittimità del *judicial review* per tutto l'ultimo Novecento[6]. «When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people»[7], scriveva Bickel; l'effetto imprevisto fu che anche coloro che si provavano a difendere la Corte Suprema non facevano altro che fortificare la percezione diffusa della sua antidemocraticità[8]. John Hart Ely, per esempio, acconsentì alla proposizione d*el judicial review* contromaggioritario, raccomandando alle Corti federali di lasciare il passo alle istituzioni democratiche e contemplando un più invasivo margine di intervento - puntualmente esercitato - nel processo politico quando il potere deliberativo avesse abbandonato la doverosa razionalità e, piuttosto, avesse agito sulla scorta di pulsioni razziste o di pregiudizi a carico delle classi più vulnerabili[9], il che ha aperto la riflessione sul tema alla accezione della Corte Suprema quale protettrice dei diritti delle minoranze contro i possibili abusi della maggioranza[10] in antagonismo con il sospetto che agisca per la sola tutela degli interessi dominanti, ma ha anche intensificato il dubbio sulla appropriatezza del *judicial review* in una società democratica.

---

[4] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

[5] Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 *Yale L.J.* 153 (2002).

[6] Suzanna Sherry, *Judges as Characters*, 38 *Wake Forest L.Rev.* 793 (2003).

[7] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 16-17.

[8] Darren L. Hutchinson, *The Majoritarian Difficulty: Affirmative Action, Sodomy, and Supreme Court Politics*, 23 *LAw & Ineq.* 1 (2005).

[9] John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1980.

[10] Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 *Va. L. Rev.* 1 (1996).

Una tale difficoltà di pacificarsi con la pratica del *judicial review* non si riconosce in nessuna delle esperienze europee nel campo della disciplina della giustizia costituzionale. Non certo, per esempio, in Germania o in Italia, che - uscite dal secondo conflitto mondiale con la consapevolezza dei pericoli che possano derivare dagli abusi perpetrati dagli organi costituzionali legittimamente eletti e rappresentativi del popolo, primo fra tutti il legislatore - si risolsero da subito all'introduzione di un meccanismo di controllo sulle leggi[11]. Se, poi, vogliamo considerare la vistosissima eccezione della Francia che, nei confronti della giustizia costituzionale, ha sempre dato prova di robuste riserve, essa si spiega con le peculiarità proprie di una cultura giuridica e politica nazionale[12]. È negli Stati Uniti, dunque, che il conflitto intorno al sistema di controllo delle leggi connota larga parte della storia costituzionale nazionale bicentenaria, innervando il dibattito dottrinario sulla accettabilità di un potere che, privo di rappresentatività, è chiamato a valutare la legislazione di quegli organi (Congresso federale e legislativi degli Stati) atti a rappresentare a livello nazionale e locale la volontà del popolo.

Ma, diversamente dal contesto europeo che adottò un modello kelseniano di giustizia costituzionale a partire dalla seconda metà degli anni Quaranta del Novecento, negli Stati Uniti il testo della

[11] Si veda P. Pasquino, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, *Ratio Juris*, Vol. 11, No. 1, Marzo 1998.

[12] La legge come espressione della volontà generale aveva lungamente reso incongrua la distinzione fra momento costituente e momento costituito, vanificando qualsiasi gerarchia tra la Costituzione e le leggi: «la separazione del potere costituente e del potere legislativo non può rivelarsi, né funzionare in modo trasparente e regolare negli ambiti statali in cui si è impiantata l'idea che la legge è l'espressione della volontà generale, che ha la sua rappresentanza nel Parlamento. A dire il vero, una distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie non si concepisce in tali ambiti. La volontà generale è sempre uguale a se stessa, vale a dire sempre sovrana, quale che sia l'oggetto al quale si applica. Il Parlamento, solo perché la rappresenta, si trova dunque logicamente qualificato per emanare, in ogni momento, tanto le regole con le quali si organizza il potere della comunità, quanto quelle che si rapportano ad altri oggetti […] In breve, il fondamento stesso di ogni distinzione autentica tra leggi costituzionali e leggi ordinarie svanisce» (così R. Carrè de Malberg, *La legge espressione della volontà generale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 146).

Costituzione non fa alcun riferimento, diretto o indiretto, al meccanismo di controllo sulle leggi[13]. Malgrado l'Art. III attribuisca alla Corte Suprema specifiche funzioni, e così alle corti federali inferiori, la cui istituzione è rimandata all'iniziativa del legislatore, non è fatta alcuna menzione del potere che il giudiziario possa esercitare a carico di leggi in contrasto con la Costituzione.

Nondimeno, che la Costituzione del 1787 fosse la prima delle leggi, la fonte posta sul livello più alto della gerarchia, era cognizione presente alla sensibilità dei fondatori, come dimostra lo stesso Articolo VI, Sez. I, Par. 2 con la cosiddetta *Supremacy Clause.* La Costituzione, dunque, era avvertita come la legge superiore rispetto a ogni altra fonte, il che implicava che i giudici ne avrebbero sancito il rispetto a fronte di ogni tentativo di abuso («and the Judges in every State shall be bound thereby»). Come ebbe a osservare il delegato George Mason nel corso della seduta del 23 agosto 1787,

«from this point on, it was evident that the task of mainteining both the superiority of national law and the boundaries of federalism would fall to state and federal judiciaries [...]. Undisputably, judicial review, conceived as a mechanism of federalism, was palpably and unequivocally a fundamental element of the original intention of the Constitution with the Supremacy Clause as its trumpet»[14].

I fondatori, pertanto, decisero di adottare il *judicial review* quale congegno per controllare la conformità delle leggi statali rispetto alla Costituzione federale:

«adding the Supremacy Clause made explicit the authority to do something that might or might not have been implicit without it. [...] an express command for judges to prefer federal to state law answered the leading objection to judicial review, which was that judges had not

[13] A questo proposito, si veda L.W. Levy, *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, MacMillan Publishing Co., 1988, p. 123: «judicial review [...] exists by the tacit consent of the governed. Original intent had almost nothing to do with it».

[14] Riportato in J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *Stanford L. Rev.* 1031 (1997), p. 1046.

been authorized by the people to make such decisions. From this point on, the delegates assumed the existence of judicial review over state laws in their deliberations»[15].

La *Supremacy Clause* incarnata dall'Articolo VI era dunque rivolta a consacrare la superiorità della Costituzione in relazione alle leggi che gli Stati avrebbero posto in essere: la Federazione si sarebbe infatti rapidamente avviata verso la dissoluzione se, nel loro ambito di competenza, i Legislativi statali non avessero sentito l'obbligo di conformarsi alle previsioni della Costituzione federale. Come è stato osservato,

«many lawyers embrace a tradition that views state governments as the quintessential threat to individual and minority rights, and federal officials - especially federal courts - as the special guardians of those rights. This nationalist tradition has deep roots. Over the course of two centuries, the Supreme Court has struck down state and local action with far more regularity than it has invalidated acts of coordinate national branches»[16].

Ma perché, in tutta la Costituzione, non venne inserito alcun riferimento testuale al *judicial review*, se non attraverso riferimenti indiretti? Per un verso, devono averne sentirne un bisogno molto relativo, se è vero che, già in epoca coloniale, i rapporti tra le fonti locali e quelli della madrepatria erano regolati dalle Corti americane secondo una meccanica che ripristinava la prevalenza della legge superiore su quella inferiore in termini non del tutto dissimili da quanto implicato nel *judicial review.* La dimestichezza del sistema giuridico britannico con il concetto di *judicial control* ha lunga storia, da prima ancora della migrazione nelle colonie del Nuovo Mondo, tanto che si danno per provate tradizioni in merito sin dagli inizi del

[15] L.D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term. Foreword: We the Court*, in 115 *Harv. L. Rev.* 4 (2001), pp. 63-64.

[16] A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 2000, p. 4

XIII secolo[17]. Ciò che, però, avrebbe largamente condizionato la cultura giuridica americana fu nello specifico la varietà di processi mediante i quali si sottoponeva a controllo la legislazione delle colonie d'oltreoceano. In primo luogo, vi era l'esame amministrativo di tali leggi: l'assemblea della colonia preparava la legge, la sottoponeva alla firma del governatore, coadiuvato nel suo potere di veto dai consiglieri legali della Corona – i cosiddetti «watch-dogs of legality» –, per verificarne la legalità *in point of law*[18]. Passato il controllo del governatore, la legge entrava in vigore. A quel punto, essa veniva inoltrata in madrepatria al Board of Trade, il quale raccoglieva elementi di valutazione, li trasmetteva al Lords Committee che, a sua volta, provvedeva a recapitarli al Privy Council. In tale sede, era deciso se la legge dovesse essere accolta (*approbation*) o respinta, ossia colpita da *disallowance*. Solo nel momento in cui la *disallowance* veniva notificata alla colonia, la legge cessava di produrre i suoi effetti.

Accanto alla *disallowance* del Privy Council e al veto governatoriale, un'altra via per un annullamento indiretto della legge coloniale era esperibile sempre presso il Privy Council, questa volta, però, in qualità di giurisdizione d'appello: in altri termini, nel corso di una controversia tra parti convenute, una legge non veniva applicata perché illegittima. Il parametro per la revisione da parte del Privy Council era costituito in particolare dalla Nona Sezione dall'Act for Preventing Frauds, and Regulating Abuses in the Plantation Trade del 1696 e la prima circostanza in cui il Privy Council dichiarò una legge delle colonie *null and void* nel corso di un procedimento giurisdizionale ebbe luogo nel 1727 con il caso *Winthrop v. Lechmere*.

L'idea che, in tempi moderni, ci si è fatta di queste vicende coloniali fluttua tra negarle recisamente ogni influenza sul pensiero

[17] J. Goebel, jr., *History of the Supreme Court of the United States. Antecedents and Beginnings to 1801*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, vol. I, p. 50.

[18] I *point of law* riguardavano se l'assemblea della colonia avesse ecceduto le sue competenze e se le norme contenute nella legge fossero in contrasto con la charter concessa dal sovrano alla colonia o con un atto del Parlamento.

costituzionalistico americano [19] e aggiudicarle un apporto determinante per l'elaborazione del *judicial review*[20]. Ma si tratta in entrambi i casi di letture esasperate[21]. Quel che è lecito speculare è che l'esperienza delle colonie proiettò sulla maturazione del *judicial review* tanto l'esistenza di meccanismi di controllo disposti dalla Corona sulle leggi e i provvedimenti delle colonie quanto paradossalmente la conoscenza approssimativa nelle colonie dei principi e delle procedure invalse in madrepatria.

Per altro verso, è verosimile presumere che, in quella estate del 1787, l'impresa già irta di insidie di redigere la nuova Costituzione, sempre a rischio di fallimento e per questo tesa sul crinale di una costante opera di compromesso tra le diverse istanze, avrebbe incorso in ulteriori dissidi se, nell'agenda dei costituenti, fosse stato introdotto anche il punto esplicito che riguardava la giustizia costituzionale. Sul punto, il delegato Gouverneur Morris ebbe ad affermare che il *judicial review* era un terreno particolarmente sdrucciolevole, avventurandosi nel quale si sarebbe potuto compromettere l'intero sforzo costituente: «on that subject conflicting opinions had been mantained with so much professional astuteness that it became necessary to select phrases, which expressing my own notion would not alarm others»[22].In definitiva, dunque, il riferimento implicito inserito nella stessa previsione della *Supremacy Clause*, che evitò ai redattori della Costituzione ulteriori occasioni di eventuali scontri durante i lavori di

[19] Cfr. E.S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, 9 *Mich. L. Rev.* 102 (1911), pp. 103-104.

[20] Così C.G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley, University of California Press, 1914, p. 58.

[21] «(T)hat the case was not judicially determined is an absurdity; that it stands in solitary grandeur is claiming too much for it. [...] For Americans, the significance of Winthrop v. Lechmere was that the Privy Council adopted and projected to their legislation the principles and practice of the common law courts in dealing with the enactments of inferior jurisdictions in England. This having once been done, there was no escaping the immanence of the power and the imminence of its possible exertion, whenever a colonial act was sub judice» (J. Goeble, jr., *History of the Supreme Court of the United States. Antecedents and Beginnings to 1801*, cit., vol. I, p. 79).

[22] Lettera di Gouverneur Morris a Timothy Pickering, 22 dicembre 1814, riportata in R.E. Ellis, *The Jeffersonian Crisis. Courts and Politics in the Young Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1971, p. 11.

Philadelphia, finì per incaricare gli interpreti e i legislatori futuri dell'incombenza di rendere davvero operativo l'obbligo in capo alle corti dell'applicazione della *supreme Law of the land*[23].

Comunque, a dispetto di questa unica e indiretta implicazione del *judicial review* nel testo della Costituzione, la pratica di per sé del controllo delle leggi non venne mai davvero messa in discussione, neppure agli albori della esperienza istituzionale statunitense: prova ne sia che, già quando la Corte Suprema del giudice John Marshall, che ne è stato il Presidente dal 1801 al 1835, decise il caso *Marbury v. Madison*[24], convenzionalmente (ed erroneamente[25]) considerato il momento di invenzione del sindacato di costituzionalità, nessuna delle reazioni politiche e istituzionali riportate sui giornali del tempo espresse fastidio per quella che più tardi verrà celebrata come l'auto-attribuzione da parte della Corte del potere ultimo di controllo sulle leggi. Piuttosto, le cronache del tempo documentano l'irritazione dei contemporanei per il precipitato politico che sarebbe seguito a quella decisione, ma non suonò strano pressoché a nessuno che la Corte disapplicasse una legge (il *Judiciary Act* del 1789) per dimostrato contrasto con la Costituzione (segnatamente l'Articolo III e i casi in esso elencati di giurisdizione originaria della Corte Suprema), così come il *Chief Justice* Marshall spiegò con logica sillogistica nell'ultima parte della sentenza.

Erano, quelli di *Marbury v. Madison*, tempi politicamente molto turbolenti. Le elezioni del 1800 che videro trionfare alla Presidenza Thomas Jefferson avevano chiuso un decennio di lacerazioni e confronti asperrimi: dal 1790, si era aperta la controversia sull'insediamento della capitale e il piano finanziario di Alexander Hamilton per la fondazione di una banca federale. Nel 1793, Edmond Genet aveva minacciato di diffondere la tabe della Rivoluzione francese anche in terra americana. Nel 1794, gli agricoltori della Pennsylvania avevano montato la protesta contro la tassa federale sul

[23] In questo senso, si veda M.P. Harrington, *Judicial Review Before John Marshall*, 72 *Geo. Wash. L. Rev.* 54 (2004), p. 54.

[24] 5 U.S. 137 (1803).

[25] Sia consentito rinviare a B. Barbisan, *Nascita di un mito.* Marbury v. Madison *e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 2008.

whisky per scongiurare la quale il Presidente Washington aveva dovuto convocare quindicimila soldati pronti all'attacco. Nel 1796, si era celebrata la prima vera elezione presidenziale dopo il ritiro di George Washington, cui era seguita la quasi-guerra tra Stati Uniti e Francia al tempo dell'*XYZ Affair*[26]. Nel 1798, era stato emesso l'*Alien and Sediction Act*[27] contro la stampa antigovernativa durante la Presidenza Adams, contro la cui censura avevano resistito i governi del Kentucky e della Virginia. Infine, nel 1800, John Fries aveva capeggiato una ribellione contro i tributi imposti in tempo di guerra. Si può dire, dunque, che la politica nazionale in quegli ultimi anni era stata una *guerra senza uniformi*, in cui rimaneva difficile distinguere l'amico dal nemico e impossibile prevedere quale combinazione di circostanze avrebbe indotto alcuni a cambiare il proprio schieramento[28].

Pertanto, durante la campagna elettorale bellicosa ed estrema del 1800, le due fazioni dei Federalisti e dei Repubblicani con i rispettivi candidati alla Casa Bianca John Adams e Thomas Jefferson presentarono due agende politiche decisamente opposte: se i primi ripudiavano i valori della guerra del 1776, non nascondevano simpatie monarchiche, erano pronti alla guerra con la Francia, nutrivano sentimenti ostili verso il popolo e i nuovi immigrati dall'Europa,

[26] Allo scoppio della guerra tra Parigi e Londra, il Presidente Washington dichiarò la neutralità degli Stati Uniti, il che significava, tra le altre cose, poter proseguire gli scambi commerciali con entrambi i paesi. La Francia vi lesse un intendimento proditorio, per cui prese a sequestrare tutte le imbarcazioni battenti bandiera statunitense che solcassero le sue acque. Nel giugno 1797 erano circa trecento i bastimenti requisiti. Quando il successore di Washington Adams decise di inviare a Parigi una delegazione diplomatica al fine di negoziare una conciliazione, i legati Charles Cotesworth Pinckney, Elbridge Gerry e un piuttosto giovane John Marshall si imbatterono nel Segretario agli Esteri del Direttorio Talleyrand, disposto a concedere loro udienza solo dietro la corresponsione sottobanco di un emolumento a titolo personale. Non era la prima volta che certe richieste venivano inoltrate, eppure in questa circostanza gli emissari non cedettero e tornarono in patria senza neppure essere stati ricevuti.

[27] Temendo di dover incrociare in breve le armi con la Francia, i Federalisti adottarono l'*Alien and Sediction Act* per mettere a tacere la stampa avversa che li accusava di fomentare l'ostilità contro Parigi.

[28] J.B. Freeman, *The Election of 1800: A Study in the Logic of Political Change*, 108 *Yale L. J.* 1958 (1999), p. 1968.

favorivano largamente gli interessi dei più ricchi con il conseguente aumento del debito pubblico e delle tasse, vedevano di buon occhio la costituzione di una chiesa di Stato e sostenevano la necessità dell'*Alien and Sediction Act* per distruggere la libertà di stampa, i secondi aspiravano a restaurare i principi dei patrioti rivoluzionari dell'Indipendenza, detestavano la monarchia, auspicavano la pace con il resto del mondo, si appellavano alla ragionevolezza del popolo, prediligevano leggi uguali per tutti i cittadini, fossero essi nati sul suolo statunitense o giunti da altri lidi, predicavano la separazione fra le chiese e lo Stato, miravano a ridurre il debito pubblico e le tasse, preferivano evitare di farsi coinvolgere nelle vicende politiche europee e promettevano massima tutela alla libertà di stampa e religiosa. In questa contrapposizione radicale, il federalista Hamilton paventava la vittoria repubblicana di Jefferson come «a Revolution after the manner of Bonaparte»[29]. Un altro esponente federalista della Georgia definiva Jefferson «the head of the French party in America' e 'the greatest villain in existence»[30]. Sul versante opposto, i Repubblicani in caso di sconfitta temevano «chains, dungeons, transportation and perhaps the gibbet»[31] per i nemici di Adams e dei suoi, «the wild principles of uproar & misrule»[32].

Quando, infine, Thomas Jefferson prevalse, aveva espresso la volontà di prestare giuramento proprio nelle mani di John Marshall, Segretario di Stato uscente della amministrazione Adams. Non si può dire che i due si stimassero: Marshall esecrava il sontuoso andamento familiare di Jefferson a Monticello in cui era stato solito indulgere anche quando egli aveva invece prestato servizio tra i disagevoli ranghi

[29] Lettera di Alexander Hamilton a John Jay, 7 maggio 1800, riportata in M.A. Bellesiles, *The Soil Will Be Soaked with Blood». Taking the Revolution of 1800 Seriously*, in J. Horn, J.E. Lewis e P.S. Onuf (a cura di), *The Revolution of 1800. Democracy, Race, and the New Republic*, University of Virginia Press, 2002, p. 59.

[30] J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 153.

[31] Lettera di John Preston a John Breckinridge, 28 dicembre 1800, riportata in M.A. Bellesiles, *The Soil Will Be Soaked with Blood*, cit., p. 59.

[32] Lettera di Joseph Hale a Rufus King del 19 dicembre 1801 riportata in A.J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, Boston, Houghton, Mifflin & co., 1916, vol. III, p. 12.

dell'esercito e disdegnava la sua ideologia a favore di una marcata decentralizzazione e di una piena autonomia degli Stati. Per parte sua, Jefferson guardava a Marshall come a un apostata, un virginiano venduto alla causa dei Federalisti[33]. Eppure, nonostante l'inimicizia che correva tra i due (per quanto fossero lontani cugini), era stato proprio Jefferson a chiedere a Marshall di officiare il suo insediamento [34]. Egli aveva accettato, offrendogli, però, deliberatamente le terga per tutta la durata della cerimonia[35].

Uno dei versanti su cui le distanze fra le due fazioni non avrebbero potuto essere più profonde era l'esercizio, la struttura e il peso istituzionale del potere giudiziario federale, su cui Federalisti e Repubblicani incrociarono le spade nell'ultimo scorso di Presidenza Adams, durante la campagna elettorale del 1800 e nel corso dei primi anni del mandato di Jefferson. Nel 1801, il Congresso a maggioranza federalista aveva approvato di gran carriera un nuovo *Judiciary Act*, con il quale si aumentava il numero delle *circuit court*, si riduceva da sei a cinque il numero dei giudici alla Corte Suprema e si assegnava al Presidente il potere di nomina di giudici di pace (come William Marbury) e dei giudici federali. A quel punto, John Adams ebbe diciannove giorni per perfezionare la designazione dei prescelti a occupare i seggi vacanti. Bisogna evitare l'errore di pensare che il *Judiciary Act 1801* rispondesse solamente a logiche di fazione e giochi di potere, giacché sin dai tempi del primo *Judiciary Act 1789* si erano levate voci che chiedevano importanti riforme del sistema giudiziario federale. Tuttavia, Thomas Jefferson esecrò recisamente l'approvazione del *Judiciary Act 1801* definendolo «a parasitical plant

[33] J. Ferling, *Adams vs. Jefferson*, cit., p. 204.

[34] A.J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, cit., vol. II, p. 562.

[35] B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge MA., Harvard University Press, 2005, p. 93. Non dovrebbe sorprendere, tale contegno, palesato anche da una lettera che Marshall inviò a Charles Cotesworth Pinckney, candidato federalista alla Vice-Presidenza, in cui delicatamente gli suggeriva di usare tutta la sua influenza sui membri della Camera dei Rappresentanti provenienti dalla sua Carolina del Sud al fine di dissuaderli dal votare Jefferson (W.E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000, p. 49).

engrafted»[36] nel cuore del potere giudiziario. In verità, era proprio dall'esito della battaglia politica sulle delicatissime questioni intorno al potere giudiziario, che Jefferson non avrebbe molto facilmente potuto eludere, che dipendeva il successo del suo mandato presidenziale. Non appena, dunque, i Repubblicani presero il controllo del Settimo Congresso, provvidero ad approvare il nuovo *Judiciary Act 1802* e ad abrogare quello precedente, riducendo così le sessioni di lavoro della Corte Suprema da due a una soltanto e procrastinando la prima successiva al febbraio 1803; riportando il numero dei giudici da cinque a sei e offrendo così al Presidente una immediata occasione di nomina; restringendo le *circuit court* a sei e assegnando un giudice della Corte Suprema a ciascuna di esse.

Quanto al sindacato ultimo della Corte Suprema sulla costituzionalità delle leggi, Jefferson negò che la Costituzione ne facesse anche implicito cenno: dei tre poteri, quello legislativo era di certo vestito dell'autorità suprema a motivo del suo potere di messa in stato di accusa e condanna di ogni membro degli altri due poteri reo di attentato alla Costituzione. In aggiunta, era sul legislativo che gravava il controllo del popolo che, in definitiva, ne determinava la permanenza in carica. Secondo il disegno originale, i tre rami dovevano intrecciarsi in un meccanismo di *checks and balances* e certo non essere il legislativo e l'esecutivo alla mercé delle Corti federali. «At the time the constitution was drawn up, less emphasis seemed to be given to the judiciary branch; but through the years it had become, according to Jefferson, the most feared of any of the branches»[37]. Insomma, Jefferson era persuaso che il sistema di giustizia prefigurato nella Costituzione e poi manipolato dai Federalisti assomigliava troppo al modello inglese della massima indipendenza delle Corti dalla Corona; d'altra parte, se c'era qualcosa di buono da mutuare dalla vecchia madrepatria era proprio il potere in capo ai due rami del Parlamento di rimuovere i giudici dai loro seggi.

Comunque, le reazioni all'entrata in vigore del *Judiciary Act 1802* non si fecero attendere: nel 1803, Samuel Chase, fra gli estensori

[36] Lettera di Thomas Jefferson a Benjamin Rush, 20 dicembre 1801.

[37] Laurence W. Dixon, *The Attitudes of Thomas Jefferson Toward the Judiciary*, 28 *Southwestern Soc. Sc. Quart.* 13 (1947), p. 16.

della Costituzione e allora presidente di una *circuit court* a Baltimora, «the late alteration of the federal judiciary [...] and the further alteration that is contemplated in our State judiciary (if adopted) will in my judgment take away all security for property and personal liberty. [...] The independence of the national judiciary is already shaken to its foundation, the virtue of the people alone can restore it. [...] Our republican Constitution will sink into a mobocracy - the worst of all possible governments»[38]. Chase era tutt'altro che una figura imparziale, se non addirittura anonima, confinata dietro il banco di una corte federale. Piuttosto, si trattava di un personaggio vivace dalla carriera politica già turbolenta e molto provocatoria. La reazione di Jefferson non si fece attendere: «you must have heard of the extraordinary charge of Chace [sic] to the grand jury at Baltimore. ought this seditious & official attack on the principles of our constitution, and on the proceedings of a state, to go unpunished?»[39].

Nel marzo 1804, dunque, il virginiano John Randolph capitanò la messa in stato di accusa di Samuel Chase per «arbitrary, oppressive and unjust conduct». Il processo al Senato cominciò nel novembre successivo, con Aaron Burr a presiedere, egli stesso in attesa di una imputazione di omicidio per aver ucciso in duello Alexander Hamilton. Malgrado la furia dei Repubblicani e la campagna di stampa che accompagnò la vicenda, nel 1805 Chase venne assolto. Fu una grave, amarissima sconfitta: «supposedly the judiciary was the weakest of the three branches of government, but under the Jeffersonian attack it proved to be the toughest»[40]. Per i Repubblicani di Jefferson quello che doveva stagliarsi come un processo esemplare a carico di Chase fu in verità un fallimento da cui non si ripresero più completamente[41].

---

[38] Riportato in Henry Adams, *History of the United States of America during the First Administration of Thomas Jefferson*, New York, Charles Scribner's Sons, 1889, vol. 2, p. 149.

[39] Lettera di Thomas Jefferson a Joseph H. Nicholson, 13 maggio 1803.

[40] Jerry W. Knudson, *The Jeffersonian Assault on the Federalist Judiciary, 1802-1805; Political Forces and Press Reaction*, 14 *American Journal of Legal History* 55 (1970), p. 55.

[41] Henry Adams, *History of the United States of America during the First Administration of Thomas Jefferson*, cit., vol. 2, p. 243.

La locuzione *judicial review* è stata inventata all'inizio del Ventesimo secolo[42]. Non nasce, dunque, con *Marbury* ma, piuttosto, con l'insorgenza del suo mito, avvenuta quasi un secolo più tardi dalla sua emissione. Fu, infatti, nel, 1887 in occasione del caso *Muller v. Kansas*[43] che *Marbury* venne citata per la prima in un'altra sentenza della Corte Suprema in ordine alla sua previsione del giudizio sulle leggi da parte del potere giudiziario.

Dal 1803 al 1887, dunque, *Marbury* rimase silente[44]. Eppure, nel corso di quegli anni, la Corte aveva avuto ampio modo di esercitare il giudizio di costituzionalità sulle leggi: se tra il 1803 ed il 1864 le accadde per la verità solo una volta di dichiarare l'illegittimità di una legge nella notoria sentenza *Dred Scott v. Sanford*[45], in ogni caso la Corte mancò in quella circostanza di riferirsi a Marbury; nel periodo tra il 1865 ed il 1894, altre diciannove leggi del Congresso furono dichiarate incostituzionali, ma in nessuna di queste si richiamò *Marbury*. Ancora, tra il 1865 ed il 1898, si decise per l'incostituzionalità di leggi statali in ben centosettantuno casi, ma non ve ne è uno in cui Marbury compaia come fondamento del judicial review. È vero sì che, tra il 1803 ed il 1894, Marbury venne citata cinquanta volte dalla Corte Suprema, ma nella totalità di queste sentenze è in ragione delle sue argomentazioni sul *writ of mandamus* e sulla giurisdizione originaria della Corte Suprema, non certo come paradigma per l'esercizio del sindacato di costituzionalità[46].

---

[42] E.S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, in 9 *Mich. L. Rev.* 102 (1911) e Id., Marbury v. Madison *and the Doctrine of Judicial Review*, in 12 *Mich. L. Rev.* 538 (1914).

[43] 123 U.S. 623 (1887).

[44] «*Marbury* was not cited by the Court as a precedent for judicial review until the late nineteenth century, and only infrequently before the 1950s. Furthermore, Marbury was not mentioned in support of the idea that the Court's determinations of constitutional questions is final until 1958, more than a century and a half after the case was decided» (R.L. Clinton, Marbury v. Madison *and Judicial Review*, University Press of Kansas, 1989, p. X).

[45] 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

[46] D.M. Douglas, *The Rethorical Uses of* Marbury v. Madison*: The Emergence of a "Great Case"*, in 38 *Wake Forest L. Rev.* 375 (2003), pp. 381-382.

Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.[47] (noto anche come *Income Tax Case*) fu il primo caso in cui *Marbury* venne citata per giustificare l'esercizio del *judicial review*: era il 1895. A seguito della campagna del partito populista *People's Party* che, a partire dai primi anni Novanta, reclamava un'imposta graduale sul reddito al fine di risanare il deficit federale, il Congresso varò nell'agosto 1894 *An act to reduce taxation, to provide revenue for the government, and for other purposes*, a fronte del quale, tra l'altro, i profitti netti derivanti da titoli azionari superiori ai quattromila dollari andavano gravati di una tassa pari al due per cento di essi. La tensione negli Stati Uniti era al tempo oltre la soglia di guardia: il processo di industrializzazione aveva prodotto disuguaglianze profonde, contro le quali la classe dei lavoratori reagiva scioperando in tutto il paese, gli spiriti erano esacerbati come alla vigilia della guerra civile e l'abisso del conflitto sociale da cui gli americani pensavano di essere naturalmente distanti e cui solo l'Europa pareva destinata si stava invece spalancando sotto i loro piedi. Gli esponenti dell'industria sollevarono una protesta incandescente contro la legge, accusando il Congresso di patrocinare le ragioni delle classi più povere e di dichiarare guerra all'iniziativa economica onesta.

Nel redigere l'opinione della Corte (peraltro decretata con un solo voto di scarto fra i suoi membri), il *Chief Justice* Melville Fuller inquadrò la tassa sul reddito come un attacco alla proprietà in quanto, in qualche misura, redistributiva delle ricchezze; pertanto, si negava al governo federale la prerogativa di imporla, assegnando pieno potere di esazione agli Stati in ragione di una vaga e pressoché onnicomprensiva *direct taxation*. A suffragio della sentenza non citò alcun precedente, né seppe rifarsi a una qualche decisione assunta dalla Corte in materia[48]. Citò, però, *Marbury*, proprio in apertura e con un immediato ed esplicito appello, nella speranza di ricavarne una credibilità che *Pollock* – col censurare una legislazione fiscale non solo pienamente costituzionale, ma pure auspicata dalla maggioranza degli elettori del tempo – non era evidentemente in grado di

[47] La Corte decise il caso in due fasi: 157 U.S. 429 (1895) (Pollock I) e 158 U.S. 601 (1895) (Pollock II).

[48] F.R. Jones, *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Company*, 9 *Harv. L. Rev.* 198 (1895), p. 203.

guadagnarsi da sé. *Pollock* fu, più che una dichiarazione di illegittimità costituzionale, l'affermazione di un potere in capo alla Corte Suprema. E, poiché ogni potere necessita di un fondamento e giacché la Costituzione degli Stati Uniti non dice nulla di esplicito in tema di *judicial review*, ecco a cosa tornava utile *Marbury* che, da quel momento, prese a essere celebrata come la fonte di legittimazione del *judicial review*.

Marbury guadagnò il peso storico e giuridico che ancora oggi la connota in un'epoca a cavallo fra i due secoli nella quale i nuovi partiti progressisti del tempo tentavano riforme redistributive della ricchezza e a tutela dei diritti dei lavoratori che, come nel caso di *Pollock* e di *Lochner v. New York*[49], la Corte Suprema dichiarò incostituzionali. Con una tale faziosità e conseguente usurpazione di potere a detrimento delle altre istituzioni, la Corte Suprema contorceva la lettera della Costituzione fino a spremerne una accezione di libertà economica e contrattuale opinabile - una sorta di *laissez-faire* costituzionalizzato con cui di fatto sanzionò i tentativi avanzati dal Congresso e da alcuni legislatori statali di introdurre correttivi sociali al libero mercato. A cavallo tra Ottocento e Novecento, allora, tanto tra gli accademici quanto tra l'opinione pubblica crebbe l'idea che il fattore determinante nelle decisioni della Corte Suprema era la prospettiva politica dei giudici. Emerse allora il problema controverso della *judicial supremacy*. Dunque, la legittimazione che la Corte Suprema cercò fra gli argomenti di *Marbury* serviva non tanto a giustificare il *judicial review* quanto il possibile abuso del potere di controllo delle leggi da parte della Corte Suprema nel perseguimento di presunte priorità politiche in forza di una propria supremazia sugli altri poteri dello Stato. Insomma, per tutti i poteri dello Stato la Costituzione è ciò che i giudici della Corte Suprema dicono che sia, il che di norma diventa tanto più controverso quanto più le decisioni della Corte Suprema aprono fronti di scontro con altre istituzioni[50]. Negli anni fra Ottocento e Novecento, allora, tanto tra gli accademici quanto tra l'opinione pubblica crebbe l'idea che il fattore

[49] 198 U.S. 45 (1905).

[50] Si veda B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, cit..

determinante nelle decisioni della Corte Suprema era la prospettiva politica dei giudici: la *judicial supremacy*.

Fu proprio negli anni della *Progressive Era*, quando per l'appunto la comunità più *liberal* patì i tentativi con cui la Corte Suprema cercava di costituzionalizzare i principi economici del *laissez-faire*, che emerse l'inconciliabilità della *judicial supremacy* con la natura democratica del sistema - quel paradosso che, nella dottrina americana, è noto come *countermajoritarian difficulty*, il cui conio - lo si ricordava già *supra* - si deve ad Alexandre Bickel e alla sua definizione della Corte Suprema come «deviant institution in the American democracy» [51] : quella parte di società che rimaneva incompresa, esclusa, estromessa dalle sentenze che la Corte Suprema - rigettandone gli interessi e i diritti - licenziò in quel torno di tempo si appellava alla natura antimaggioritaria della giustizia costituzionale, al nonsenso per cui chi non era eletto e sedeva sugli scranni della Corte aveva in potere di sindacare la condotta di chi era invece direttamente investito per volontà del popolo.

La cultura progressista americana conservò e ribadì questo tratto per tutta quella stagione in cui la Corte improntò la sua giurisprudenza al liberismo economico. In questo stato di cose, la *countermajoritarian difficulty* fu patrimonio esclusivo di quella dottrina, poiché per molto tempo, nella storia degli Stati Uniti, coloro che attaccavano la Corte erano di estrazione *liberal*, mentre chi la sosteneva era conservatore. Tale approccio, però, si dimostrò «more serviceable as a dissenting position than as a reigning ideology»[52]: quando, infatti, durante gli anni della presidenza di Franklin Delano Roosevelt, la Corte Suprema sterzò finalmente il volante verso una giurisprudenza più sociale, coloro che avevano tentato di delegittimare il corso del *laissez-faire* di *Pollock*, *Lochner et similia* si

[51] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit., p. 18. Solo qualche anno prima, il politologo Robert Dahl aveva invece dimostrato quanto raramente la Corte Suprema si trovasse in autentico dissidio con la *nation's lawmaking majority* (Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 *J. Pub. L.* 279 (1957)).

[52] R.M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, in 91 *Yale L.J.* 1287 (1982), p. 1289.

trovarono nelle condizioni di giustificare il nuovo indirizzo ricorrendo allo stesso metodo con cui la loro ascendenza scientifica aveva attaccato la versione conservatrice. I giudici Brandeis, Holmes e, più tardi, Stone per anni avevano dato corpo a una tradizione dissenziente rispetto alla giurisprudenza della Corte Suprema a difesa delle libertà economiche, enfatizzando il semplice assunto per cui la Corte Suprema, ogni volta che abbatteva una legislazione più perequativa delle risorse, minava le scelte indotte dalla maggioranza della società. La loro strategia di delegittimazione di quell'orientamento liberista faceva leva sulla superiorità del meccanismo democratico (legislativo) su quello giurisdizionale, antimaggoritario per definizione.

Tuttavia, chi aveva espresso energiche riserve sull'azione della Corte quando annullava le leggi sociali con cui la maggioranza del popolo era in sintonia non poteva - ora che l'orientamento giurisprudenziale era favorevole alle sue preferenze politiche - evitare di sottoporre le decisioni della Corte allo stesso vaglio. Le conseguenze sono state talvolta assurde, dal momento che, anche se la maggioranza stessa non lamentava la *countermajoritarian difficulty*, era nondimeno la dottrina a non poterne fare a meno: si pensi ai *reapportionment case*, ossia quelle decisioni come *Baker v. Carr*[53], *Wesberry v. Sanders*[54] *e Reynolds v. Simms*[55] con cui la Corte Suprema dichiarò *justiciable* le questioni relative al disegno dei distretti elettorali negli Stati, nonché formulò e applicò il parametro del *one-man, one-vote*. In questi frangenti, le Corti sembravano l'unica risorsa in grado di correggere il *malapportionment* che affliggeva l'esercizio del diritto di voto in alcune zone del Paese. Eppure, «legal academics were discontent with the decision, and leveled their criticism in countermajoritarian terms, odd though it was»[56].

Decisiva comparve, allora, nel 1938 la soluzione teorica elaborata nella famosa Nota quattro della sentenza *United States v. Carolene Products Co.*[57]. Il caso, che la Corte Suprema decise per mano

[53] 369 U.S, 186 (1962).
[54] 376 U.S. 1 (1964).
[55] 377 U.S. 533 (1964).
[56] B. Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five,* cit., pp. 216-17.
[57] 304 U.S. 144 (1938).

del giudice Stone, riguardava il *Filled Milk Act* del 4 marzo 1923, con cui il Congresso aveva proibito il commercio interstatale del latte scremato addizionato con grassi vegetali e sintetici al posto di quello naturale. Nel dichiararne la piena legittimità rispetto al Quinto Emendamento, il *Chief Justice* Stone, redattore della sentenza, allegò al testo dell'opinione della Corte la suddetta Nota quattro:

«There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...].

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...].

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious... or nations... or racial minorities [...]: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry».

Nel primo paragrafo di questo *caveat*, Stone faceva riferimento a quegli espliciti parametri, specificamente disposti dalla Costituzione nei primi dieci emendamenti del Bill of Rights, con cui giudicare della costituzionalità delle leggi.

Nel paragrafo successivo, lasciava invece intendere l'esistenza di divieti generalmente intesi dal Quattordicesimo Emendamento volti a colpire quelle leggi che limitassero l'accesso ai processi politici al momento del voto, nella fase di diffusione delle informazioni, nella organizzazione di movimenti e gruppi, nell'indizione di assemblee pacifiche pubbliche.

Nell'ultimo paragrafo, infine, indicava la necessità di un sindacato altrettanto stretto per tutte quelle leggi ispirate dal

pregiudizio (religioso, etnico, razziale) contro minoranze concentrate in aree o in gruppi (*insular*) e ben riconoscibili (*discrete*).

Negli anni in cui in Europa i totalitarismi manipolavano la volontà delle masse per sancire la priorità dello Stato o del partito sull'uomo e orchestravano, con metodi industriali, l'eliminazione fisica di alcune minoranze, l'inciso del giudice Stone prometteva di ribaltare la concezione maggioritaria della democrazia invalsa fino a quel momento. In questa prospettiva, la nuova Corte Suprema rooseveltiana - smessa quella sua vocazione a protezione della proprietà i cui titolari avevano sempre goduto del più largo accesso ai processi politici per patrocinare i propri interessi - prese ad accogliere le istanze di coloro che erano stati sistematicamente privati di un seppur minimo canale di influenza politica.

Per molti giuristi progressisti, la logica illustrata dal giudice Stone funzionò a giustificazione della sterzata riformista che la Corte favorì in quei decenni fino alla presidenza del *Chied Justice* Earl Warren. Alla eccezione antimaggioritaria, allora, si prese a replicare con una costruzione della stessa Costituzione federale - seguita e messa in opera dalla Corte Suprema - a garanzia delle minoranze dagli eventuali abusi della maggioranza:

«The general strategy has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that such a majority not systematically treat others less well than it treats itself - by structuring decision processes at all levels to try to ensure, first that everyone's interests will be actually or virtually represented (usually both) at the point of substantive decision, and second, that the process of individual application will not be manipulated so as to reintroduce in practice the sort of discrimination that is impermissible in theory»[58].

[58] J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., pp. 100-101.

Carolene ha conferito alle Corti un ruolo destinato a non esaurirsi neppure quando ogni americano avrà sicuro il diritto di prender parte ai processi politici, né si estingue il bisogno di questa investitura, malgrado alcuni fenomeni di discriminazione siano stati debellati con la fine dell'*apartheid* americano:

«It will be a tragedy [...] if the progress we have made serves to justify a refusal to develop and extend *Carolene*'s concern with the integrity of pluralist process to contemporary conditions. Long after discrete and insular minorities have gained strong representation at the pluralist bargaining table, there will remain many other groups who fail to achieve influence remotely proportionate to their numbers: groups that are discrete and diffuse (like women), or anonymous and somewhat insular (like homosexuals), or both diffuse and anonymous (like the victims of poverty). If we are to treat *Carolene* as something more than a tired formula, constitutional lawyers must develop paradigms that detail the systematic disadvantages that undermine our system's legitimacy in dealing with the grievances of these diffuse oranonymous groups»[59].

In conclusione, una lettura della Costituzione americana ne fa una sorta di contratto che disciplina e regola i diritti di cui gli individui sono titolari. Nella vigenza di questo contratto la Corte Suprema si accerta che le regole in esso contenute vengano applicate correttamente. Nel farlo, la Corte Suprema finisce per scontentare una parte della società. Là dove esistano differenze politiche, culturali, etiche è possibile che la giurisprudenza della Corte venga osteggiata, criticata, persino detestata da coloro le cui opzioni culturali e morali sono state disattese. Proprio come chi chiedeva leggi a sostegno delle classi sociali più fragili si sentiva tradito da una Corte che abbracciava la difesa dello *status quo* economico e sociale, chi è contrario all'aborto o all'eutanasia passiva, persino al matrimonio tra bianchi e neri, potrebbe sentirsi di abitare una comunità che rinnega i suoi principi di civiltà e di convivenza. Quella stessa parte si sentirebbe

[59] B. Ackerman, *Beyond "Carolene Products"*, in 98 *Harv. L. Rev.* 713 (1985), p. 742.

invece finalmente reintegrata nella comunità se la Corte ribaltasse la sua giurisprudenza e negasse protezione costituzionale a tali fattispecie. Ma, allora, a quel punto chi potrebbe attestare quale orientamento della Corte sia autenticamente rispettosa della lettera e dello spirito della Costituzione? Nella percezione comune, quello che conta di una sentenza non è quanto solido sia il fondamento giuridico, ma quali siano gli effetti che produce nella società. La *social illegitimacy* di una decisione della Corte si tramuta, cioè, nella *legal illegitimacy*. E l'argomento della *countermajoritarian difficulty* è stato ampiamente utilizzato per esecrare anche sotto il profilo giuridico decisioni che avevano avuto un traumatico e deplorevole impatto sociale.

Il problema antimaggioritario, quindi, non si profila nella storia degli Stati Uniti come una difficoltà teorica immanente al sistema, ma piuttosto come una contingenza rispetto alle opzioni politiche, culturali e morali che la Corte Suprema disattende in un dato momento della storia. In altri termini, il *countermajoritarian dilemma* si presta a essere storicizzato, poiché insorse solo con l'affermarsi dell'orientamento delle Corti a difesa della proprietà e del libero mercato contro il nuovo modello di società redistributiva e assistenziale che veniva chiesta a gran voce dai gruppi che cercavano riscatto e integrazione sociale per continuare poi a ossessionare la dottrina *liberal* anche quando la Corte finalmente accolse le istanze progressiste.

***

ABSTRACT: This essay deals with the countermajoritarian dilemma, examining how the judicial review of legislation developed in the US constitutional experience. Since the beginning, the power of the courts to declare statute laws unconstitutional has been highly debated by legal scholars and in the political arena. Taking into specific account Jefferson's view on that issue, this essay analyses the roots and the development paths of the decentralised model of

constitutional adjudication, dealing with the US Supreme Court's case law in the nineteenth and twentieth century.

KEYWORDS: Thomas Jefferson, *Marbury v. Madison*, *countermajoritarian dilemma*, judicial review of legislation.

Benedetta Barbisan – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università di Macerata.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

A wise and frugal government. L'economia politica di Jefferson e lo scontro con Hamilton sulla banca federale: una nota*

Paolo Paesani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'economia politica di Thomas Jefferson. – 3. Lo scontro con Hamilton sulla banca federale. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

«Un governo saggio e frugale, che impedisca agli uomini di farsi del male l'un l'altro, che li lasci altrimenti liberi di regolare le proprie attività economiche e di migliorare, e che non tolga dalla bocca di nessun lavoratore il pane che si è guadagnato. Questa è l'essenza del buon governo, e questo è necessario per chiudere il cerchio delle nostre felicità»[1].

Queste parole, tratte dal suo discorso d'insediamento come terzo presidente degli Stati Uniti (1801 – 1809), sintetizzano la visione di fondo di Thomas Jefferson sul funzionamento ideale del sistema economico e sul modo migliore di regolarlo.

Risuona nelle parole di Jefferson l'elogio della capacità di organizzarsi da parte di individui liberi, impegnati a realizzare il proprio interesse, animati da solidi convincimenti morali e dall'idea che la proprietà privata sia fondata «sui nostri desideri naturali, sui mezzi di cui siamo dotati per soddisfare questi desideri, e sul diritto a

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review.*

[1] Fonte MS (DLC 110: 18836–7). Transcription based on text published in Washington National Intelligencer, 4 Mar. 1801, and Jefferson's manuscript (DLC 110: 18836–7). Published in PTJ, 33:134–52. Nostra traduzione. Il testo completo del discorso di Jefferson si trova qui https://www.bartleby.com/124/pres16.htm.

ciò che acquisiamo con questi mezzi senza violare i diritti simili di altri esseri sensibili»[2].

Nell'ambito di questa visione che riflette un'idea di ordine spontaneo, capace di armonizzare gli interessi individuali con il bene comune[3], il governo deve vigilare sulla collettività, senza gravare sui singoli con una tassazione oppressiva e regole soffocanti che rischiano di scoraggiare la naturale vocazione a lavorare, a risparmiare, a produrre. Solo così, l'agricoltura e la manifattura possono svilupparsi in maniera armonica e progredire.

2. *L'economia politica di Thomas Jefferson*[4]

Come ricorda Jill Lepore nella sua recente storia degli Stati Uniti[5], Jefferson era convinto che il destino della nuova nazione fosse nell'espansione verso Ovest: più terra e più agricoltori. Jefferson credeva che piccoli proprietari, sicuri nei loro possedimenti, sarebbero stati i cittadini migliori; cittadini, indipendenti e liberi dal controllo dei capi-fabbrica; un controllo che rende sudditi, servili e liberi dalla tentazione e dalla corruzione delle città. Che questo destino attendesse gli Stati Uniti, un destino diverso da quello delle nazioni europee, era per Jefferson, al tempo stesso, una convinzione e un auspicio. Nelle sue *Note sulla Virginia*, pubblicate per la prima volta a Parigi nel 1784, Jefferson scrive

---

[2] Lettera a Pierre Samuel du Pont de Nemours, Apr. 24, 1816, in *The Writings of Thomas Jefferson*, a cura di A.E. Bergh, Washington, 1907, vol. 14, p. 490, nostra traduzione.

[3] Sul legame tra idea di ordine naturale, fisiocrazia ed economia classica cfr. J. Dorfman, *The Economic Philosophy of Thomas Jefferson*, in *Political Science Quarterly*, 1940, Vol. 55, pp. 98 e ss. Per un'introduzione alla fisiocrazia e all'economia classica, cfr. E. Zagari, *Storia dell'Economia Politica. Dai mercantilisti a Marx*, Torino, 1991, e A. Roncaglia, *La Ricchezza delle Idee*, Bari, 2001.

[4] Per un'analisi dei passaggi chiave e dei dibattiti alla base dello sviluppo dell'economia statunitense negli anni di Jefferson cfr., tra molti altri, D.R. McCoy, *The elusive Republic. Political economy in Jeffersonian America. Institute of early American history and culture*, Chapel Hill (NC), 1980.

[5] J. Lepore, *These truths. A history of the United States.* New York, 2018.

«Gli economisti europei hanno stabilito come principio che ogni Stato deve sforzarsi di produrre per sé stesso; e questo principio, come molti altri, lo trasferiamo all'America, senza calcolare la differenza nelle circostanze che spesso dovrebbe produrre una differenza di risultato. In Europa le terre sono coltivate, o precluse al coltivatore. Si deve quindi ricorrere alla manifattura per necessità, non per scelta, per sostenere l'eccedenza della popolazione. Ma [negli Stati Uniti] abbiamo una quantità immensa di terra che avvantaggia l'attività degli agricoltori. È meglio allora che tutti i nostri cittadini siano impiegati nel miglioramento [della terra], o che una metà sia richiamata da questo compito per esercitare le manifatture e le arti artigianali a favore dell'altra metà? Coloro che lavorano la terra sono il popolo eletto di Dio […]. In generale, il rapporto tra l'aggregato delle altre classi di cittadini in qualsiasi stato e il totale dei contadini è la proporzione della parte malata rispetto alle sue parti sane, ed è un barometro abbastanza buono per misurare il suo grado di corruzione»[6].

Influenzato dalle idee di Malthus, Jefferson credeva che la nuova nazione dovesse acquisire più territorio sia per fornire cibo a una popolazione che aumentava a ritmi elevati sia per garantire ai nuovi cittadini la possibilità di provvedere a sé stessi, contribuendo in questo modo mantenere il carattere repubblicano della nazione americana.

Com'è noto, Malthus postulava come legge di natura la tendenza perpetua nella razza dell'uomo ad aumentare al di là dei mezzi di sussistenza. In una popolazione in crescita, la povertà nell'uomo era inevitabile quanto la vecchiaia. Jefferson riteneva gli Stati Uniti rappresentassero un'eccezione a questa legge di natura e questo grazie alla disponibilità crescente apparentemente illimitata di terra. Che quella terra fosse coltivata da masse di schiavi, uomini e donne-macchina privi di diritti determinava un'evidente contraddizione per chi, come Jefferson, sosteneva il diritto dei singoli a regolare liberamente le proprie attività economiche e a migliorare.

[6] Tutti i testi di Jefferson e Hamilton citati all'interno di questo lavoro sono riprodotti in R. Hofstadter, *Great Issues in America History. Vol. II.*, New York, 1958, pp. 160-169. La traduzione è in ogni caso nostra.

L'estensione del territorio degli Stati Uniti, raddoppiato a seguito dell'acquisto della Louisiana dalla Francia di Napoleone, realizzato anche grazie all'intervento diretto di Jefferson, appariva agli occhi di quest'ultimo come la garanzia migliore per evitare la trappola malthusiana, la stagnazione del reddito pro-capite alla quale è condannata l'umanità a causa dei rendimenti decrescenti dell'agricoltura e della tendenza dell'umanità a riprodursi più rapidamente delle risorse disponibili.

Jefferson si presenta dunque ai nostri occhi come un raro caso di malthusiano ottimista, convinto della capacità degli Stati Uniti di trovare in sé stessi e nell'immensa disponibilità di terra e di risorse naturali la base della propria prosperità. Questa visione riflette la logica del proprietario terriero, del latifondista che vede la terra come la forma principale di ricchezza significa la terra, e la moneta, il credito, i mercati come strumenti necessari a valore questa ricchezza, e non obiettivo in sé.

Come ricorda Dorfman[7], Jefferson non amava i mercanti e il commercio in generale. I primi difettavano spesso nella virtù e nell'amor di patria e il secondo alimentava lo spirito del gioco d'azzardo e della speculazione. D'altra parte, entrambi erano necessari, soprattutto per acquistare dall'estero beni manifatturieri in cambio dell'eccedenza nella produzione agricola statunitense.

Jefferson dedicò una parte importante del proprio impegno nel campo della politica commerciale, tra la fine del XVIII secolo e l'inizio dell'Ottocento, a favorire la vendita del surplus agricolo degli Stati Uniti sul mercato europeo, anche attraverso misure di tipo mercantilistico[8].

Negli anni precedenti lo scoppio della guerra anglo-americana, la diffidenza crescente verso il commercio internazionale, insieme al tentativo di allineare gli interessi manifatturieri del New England con quelli degli agricoltori del Sud, sembrano essere alla base del *Non-*

[7] R. Hofstadter, *op. cit.*, p. 105

[8] Cfr. su questo, fra molti altri, M.D. Peterson, *Thomas Jefferson and Commercial Policy, 1783-1793*, in *The William and Mary Quarterly*, 1965, Vol. 22, pp. 584- 610 e ss.; R.W. Tucker, D.C. Hendrickson, *Empire of liberty. The Statecraft of Thomas Jefferson*, Oxford, 1992.

Importation Act del 1806 e dell'Embargo Act del 1807, promossi da Jefferson negli ultimi anni della sua presidenza.

Queste misure riflettevano la convinzione di Jefferson, maturata nel corso degli anni, che vietare il commercio internazionale fosse l'unico modo per gli Stati uniti rimanere neutrali. Nessuna nave statunitense doveva navigare verso porti stranieri anche perché, tutte le merci di cui gli americani avevano bisogno potevano essere prodotte in condizioni di autarchia. «Ogni famiglia del paese è una manifattura a sé stante, ed è in grado di produrre al proprio interno tutto ciò di cui ha bisogno per il proprio abbigliamento e per l'uso domestico», scrisse Jefferson al suo predecessore e rivale politico, John Adams[9].

Nel 1815, verso la fine della guerra Anglo-americana, Jefferson scrisse una lettera a J. B. Say, economista e imprenditore francese nel settore dei tessuti, da cui traspare un cambiamento di posizione sull'importanza del settore manifatturiero accanto al settore agricolo.

In questa lettera, Jefferson lamentava il passaggio da uno stato pacifico basato sull'agricoltura a uno stato militare e manifatturiero, ma la transizione è inevitabile date le circostanze e d'altra parte, nella complicata scienza dell'economia politica, «non si può affermare che nessun assioma sia saggio e opportuno per tutti i tempi e le circostanze».

Un atteggiamento pragmatico e un ripensamento che non sembra non essersi esteso alle banche di emissione e al mondo della finanza. Da un'altra lettera indirizzata a John Adams nel 1814, traspare tutta l'ostilità di Jefferson verso queste due istituzioni, Scrive Jefferson

«Sono sempre stato nemico delle banche; non di chi sconta titoli per contante, ma di chi mette in circolazione le proprie banconote in concorrenza con il nostro contante. Il mio impegno contro quelle istituzioni fu così acceso e aperto al momento di istituire la Banca

[9] Come ricorda J. Lepore, *op. cit.*, p. 171, Jefferson era convinto che una pecora per ciascun componente della famiglia fosse sufficiente e produrre quanto necessario per l'abbigliamento, insieme al cotone, alla canapa e al lino prodotti nelle fattorie. Una produzione pensata esclusivamente per l'auto-consumo a garanzia dell'indipendenza economica degli Stati Uniti e di emancipazione dalle importazioni di beni manifatturieri, soprattutto di quelli provenienti dalla Gran Bretagna.

degli Stati Uniti che fui deriso come un Maniaco dalla tribù dei banchieri, che cercavano di truffare il pubblico spinti da un'arida fame di guadagno … Vogliamo costruire un altare alla vecchia carta moneta della rivoluzione, che ha rovinato gli individui ma ha salvato la repubblica, e bruciare su questo tutte le licenze bancarie presenti e future, e le loro banconote con loro? Perché queste stanno per rovinare sia la repubblica che i singoli. Questo non può essere fatto. La Mania è troppo forte. Si è impadronita con i suoi deliri e le sue corruzioni di tutti i membri dei nostri governi»[10].

Queste posizioni, come ha osservato J.K. Galbraith, rappresentavano quelle dei gentiluomini della Virginia, che come molti conservatori del passato e di oggi, consideravano le banche dotate del potere di emettere banconote, una specie di frode, un mezzo per trasferire ricchezza da chi lavorava onestamente nei campi alle imprese e a chi viveva d'intermediazione e di speculazione.

Questo non significa, che per Jefferson tutte le banche dovessero alla fine essere abolite, ma solo che si doveva limitare il diritto di esercitare l'attività bancaria a chi poteva permetterselo, cioè a chi aveva denaro contante da prestare. In quest'ottica, era legittimo sostenere le banche di sconto e di deposito, che operavano sulla base del proprio capitale, ma non le banche di emissione. Le prime, scontando cambiali commerciali a breve termine, erano assolutamente sicure ed essenziali per sostenere l'attività dei piccoli commercianti e degli agricoltori. Dalle seconde, invece, non c'era nulla di buono da aspettarsi.

Le banche di emissione, localizzate perlopiù negli Stati orientali, emettevano banconote a fronte di prestiti a interesse. Grazie a queste banconote era possibile soddisfare una domanda di moneta crescente, a fronte di limiti nella circolazione di moneta metallica. La riforma monetaria di Hamilton prevedeva che il nuovo dollaro d'oro contenesse 24,75 grani d'oro puro e il dollaro d'argento 371,25 grani d'argento puro. Date le quotazioni del tempo, 24,75 grani d'oro, scambiati sul mercato, permettevano di acquistare una quantità

[10] Lettera a John Adams in *The Adams-Jefferson Letters*, New York, 1971, Vol. II, p. 424. Citata in J.K. Galbraith, *Money. Whence it came, where it went*, Harmondsworth (UK), 1975, pp. 82-83.

d'argento superiore a 371,25 grani d'argento. A seguito di questa riforma, l'oro smise di affluire alla zecca al contrario dell'argento invece dell'oro si poteva realizzare un guadagno piccolo ma non insignificante. Altri problemi emersero in relazione alla doppia circolazione del dollaro d'argento statunitense e di quello spagnolo negli Stati del sud. Il fatto che il secondo contenesse una quantità d'argento leggermente maggiore del primo, portò i dollari spagnoli a uscire dalla circolazione[11].

In questo modo, uomini intraprendenti, ma privi di capitali propri, potevano acquistare la terra, gli attrezzi, le materie prime e il lavoro e avere successo nel mondo dell'agricoltura, dell'industria e degli affari. Queste banconote incarnavano l'idea faustiana di una moneta cartacea priva di valore intrinseco ma capace di crea ricchezza, una moneta che incanta e che sovverte l'ordine costituito precipitandolo nel caos. Una moneta instabile, capace di sostituirsi alla stabilità dell'oro e dell'argento, creata per generare inflazione, danneggiando il commercio estero e quello interno senza alcun riferimento ad alcun valore reale sottostante.

Che Jefferson, ritenesse questa moneta e le banche che la emettevano, più pericolose di un esercito nemico[12], riflette la sua visione generale del primato dell'economia reale, sull'economia monetaria, della campagna sulla città, della semi-autarchia sul commercio d'oltremare. Su queste convinzioni, fra l'altro si giocò, lo scontro con Hamilton intorno al progetto di una Banca nazionale degli Stati Uniti.

3. *Lo scontro con Hamilton sulla banca federale*

[11] Come ricorda J.K. Galbraith, *op. cit.* p. 79, «Jefferson mise fine a questa assurdità, come evidentemente la riteneva, sospendendo la coniazione di dollari d'argento. Per una generazione o più la nuova Repubblica tirò avanti con una moneta composta principalmente da un misto di monete straniere, tra cui, naturalmente, sterline, scellini e penny» (nostra traduzione).

[12] Sull'incerta attribuzione a Jefferson del giudizio sulla maggior pericolosità delle banche rispetto agli eserciti stranieri, cfr. https://www.monticello.org/site/research-and-collections/private-banks-spurious-quotation.

Il 14 dicembre del 1790, Alexander Hamilton presentava al Congresso il suo *Report on a National Bank*, come parte di un progetto complessivo che comprendeva il trasferimento del debito degli Stati al Governo federale, il riscatto delle *Continental notes*, la riforma della monetazione e l'introduzione di misure a favore dei produttori, così come indicato nel *Report on Manufactures*[13].

Il progetto di Hamilton prevedeva che La Banca degli Stati Uniti fosse autorizzata a operare per vent'anni con un capitale di 10 milioni di dollari, 2 dei quali sottoscritti dal governo federale. Nessun avrebbe potuto detenere più di mille delle venticinquemila azioni; gli stranieri potevano possedere azioni, ma senza diritti di voto. Il progetto prevedeva inoltre che la nuova banca avesse una filiale in tutte le città principali del paese, emettesse moneta accettata sull'intero territorio nazionale attraverso la concessione di prestiti al settore privato e al governo, svolgesse la funzione di banca dello Stato, raccogliendo in depositi i fondi pubblici e concedendo prestiti al governo in caso di necessità.

Attraverso la Banca nazionale, concepita sul modello della Banca d'Inghilterra, Hamilton intendeva affrontare il problema del consolidamento del rapporto tra il governo e le classi imprenditoriali nascenti, nell'idea che spettasse allo Stato favorire e indirizzare lo sviluppo del sistema economico. Una visione opposta a quella di Jefferson, che com'è noto, guidò l'opposizione al progetto di Hamilton insieme al suo alleato James Madison.

Secondo Jefferson, la Banca nazionale mancava di legittimità, perché la Costituzione non ne faceva esplicita menzione. E mentre Hamilton sosteneva che la clausola «necessaria e propria», contenuta nella Costituzione implicava l'esistenza di una banca centrale, Jefferson respingeva questo argomento e l'idea che un'istituzione del genere fosse necessaria, sulla base di tre obiezioni principali.

---

[13] Per un'introduzione alla figura di Hamilton e alla sua visione strategica in materia economica, cfr T. McCraw, *The Strategic Vision of Alexander Hamilton*, in *American Scholar*, 1994, Vol. 63, pp. 31 e ss., fra molti altri. Per un riferimento generale alla rivalità tra Jefferson e Hamilton cfr. J. Ferling, *Jefferson and Hamilton: the rivalry that forged a nation*, New York, 2014.

Primo, con i suoi poteri e privilegi speciali, la Banca nazionale avrebbe ostacolato lo sviluppo delle banche statali e locali, più vicine agli agricoltori e alle piccole manifatture. Una banca privata, con un capitale costituito prevalentemente da titoli di debito, capace di emettere banconote dotate di potere legale, oltre che monete metalliche, avrebbe posto la moneta degli Stati Uniti sotto il controllo degli interessi speculativi. Gli interessi del settore agricolo ne avrebbero sofferto, e poiché per Jefferson l'agricoltura era l'unico settore realmente produttivo, questa sofferenza si sarebbe estesa a tutto il paese.

La Banca nazionale avrebbe agito nell'interesse dei ricchi uomini d'affari e degli industriali residenti nelle città e negli stati del Nord, più che nell'interesse dei piccoli e medi agricoltori residenti nella Virginia e negli stati del Sud. In questo modo, la banca avrebbe aumentato la disuguaglianza tra i cittadini degli Stati Uniti e tra il Nord industriale e il Sud agricolo. Terzo ed ultimo, il silenzio della Costituzione rendeva comunque illegittima la creazione di una Banca nazionale a prescindere dal merito. Su quest'ultimo punto il breve memorandum consegnato da Jefferson a Washington il 15 febbraio del 1791 è chiarissimo. Scrive Jefferson

«Considero il fondamento della Costituzione come posto su questo terreno - che tutti i poteri non delegati agli Stati Uniti, dalla Costituzione, né proibiti da essa agli Stati, sono riservati agli Stati, o al popolo (10° emendamento.). Fare un solo passo oltre i confini così appositamente tracciati attorno ai poteri del Congresso, significa entrare in possesso di un campo di potere sconfinato, non più suscettibile di alcuna definizione».

Nella visione di Jefferson le attività della nuova banca esulavano dalla sfera dei poteri del governo federale in materia di politica economica, non servendo né per imporre tasse utili a ripagare i debiti degli Stati Uniti, né a prendere denaro in prestito, né per regolare il commercio con l'estero, tra gli stati dell'Unione e fra questi e le tribù indiane.

D'altra parte, l'argomento che la creazione della banca potesse rendere in generale più agevole e conveniente per il governo riscuotere le imposte dovute non rappresentava, secondo Jefferson, una giustificazione sufficiente per sostenere il progetto di Hamilton. Scrive ancora nel memorandum «la Costituzione ammette solo i mezzi

"necessari", non quelli che sono semplicemente "convenienti", per esercitare i poteri enumerati».

Nel redigere la sua controdeduzione, che McCraw (1994, p. 54) definisce «*one of the most eloquent and closely argued state papers in American history*», Hamilton ebbe il vantaggio di leggere i documenti che Randolph e Jefferson avevano inviato al Presidente Washington e che gli erano stati inoltrati affinché avesse davanti a sé gli argomenti a cui doveva rispondere. Nella sua opinione finale sulla banca, Hamilton esprime tutte le argomentazioni di chi crede nella capacità del governo centrale di indirizzare l'economia sulla strada della prosperità, argomenti che John Marshall incorporò nella sua decisione sulla banca nella causa McCulloch contro Maryland del 1819.

Alla fine, con il sostegno del presidente Washington, il progetto di Hamilton andò in porto, senza che per questo Jefferson fosse obbligato ad abbandonare la carica di Segretario di Stato. Negli anni della presidenza Jefferson, la Banca degli Stati Uniti continuò a operare e a prosperare, e il secondo segretario del Tesoro di Jefferson, Albert Gallatin, fu uno dei suoi principali finanziatori[14].

È forse un'ironia della storia, che alla morte di Jefferson nel 1826, fosse proprio il Presidente della seconda Banca degli Stati Uniti, Nicholas Biddle, a pronunciare l'elogio funebre davanti alla Società americana di Filosofia[15].

4. *Conclusioni*

Le opinioni di Jefferson in materia economica riflettono, la transizione tra le teorie economiche europee del '700 verso l'economia classica, di matrice prettamente britannica. Eclettismo sul piano teorico unito al pragmatismo consapevole dell'uomo politico.

L'idealizzazione del mondo dell'agricoltura e la diffidenza verso l'industria e il commercio internazionale avvicinano Jefferson alle idee della fisiocrazia di matrice francese. D'altra parte, alcune delle sue

[14] Sull'esperienza dei venti anni di attività della Prima banca degli Stati uniti, cfr. fra i molti, C. Giannini, L'*età delle banche centrali*, Bologna, 2004, pp. 150-151.

[15] Fonte https://archive.org/details/eulogiumonthoma00socigoog.

posizioni in materia di regolamentazione del commercio internazionale, soprattutto nei decenni precedenti la guerra anglo-americana rimandano a un'impostazione di tipo mercantilistico.

Il primato dell'agricoltura e l'idea dell'autosufficienza nazionale, non sono contenuti espressi dagli economisti classici, che a partire da Smith e soprattutto Ricardo insistono sull'importanza dell'accumulazione capitalistica oltre che sulla la libera iniziativa e il libero scambio come fonti della crescita economica.

Due sono gli aspetti principali che legano il pensiero di Jefferson alla tradizione classica, l'accoglimento delle idee di Malthus, rispetto alle quali gli Stati Uniti rappresentano però un'eccezione, e la dicotomia tra settore reale e settore monetario, insieme alla volontà di mantenere tale dicotomia anche a costo di fare resistenza alle tendenze spontanee dell'evoluzione storica in campo monetario e bancario. Da qui, lo scontro con Alexander Hamilton intorno al progetto di Banca nazionale degli Stati Uniti.

Come ricorda Hammond [16], Alexander Hamilton preparò l'America per un futuro imperiale di ricchezza e di potere, un futuro basato sull'industria e sostenuto adeguatamente dal credito e dalla finanza. Contro questa visione, Thomas Jefferson ha rappresentato la voce dei proprietari terrieri e progettato per l'America un futuro di competenza e semplicità, fondato sull'agricoltura, senza le sottigliezze allettanti di credito.

A Parigi nel 1785, scrivendo a un corrispondente nei Paesi Bassi, Jefferson sosteneva che se avesse assecondato la sua stessa teoria, avrebbe dovuto augurare agli Stati Uniti di non praticare né il commercio né la navigazione ma di porsi nei confronti dell'Europa, nella stessa posizione d'isolamento della Cina di allora. Chissà se anche oggi, il Presidente Jefferson sottoscriverebbe lo stesso giudizio.

***

[16] B. Hammond, *Banks and politics in America. From the revolution to the civil war*, Princeton, 1957, p. 121.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Paolo Paesani

A wise and frugal government. *L'economia politica di Jefferson e lo scontro con Hamilton sulla banca federale: una nota*

ABSTRACT: Jefferson's views on economics reflect a shift in the eighteenth-century European economic theories towards classical economics, a typically British school of thought. The idealisation of agriculture and the distrust of industry and international trade bring Jefferson closer to the ideas French physiocracy. On the other hand, some of his views on the regulation of international trade can be traced back to a mercantilist approach. On the other hand, Jefferson subscribed to Malthus' ideas and to the dichotomy between the real sector and the monetary sector. This, and his desire to maintain this dichotomy even at the cost of resisting the spontaneous trends of historical evolution in the monetary and banking fields, led to the clash between Jefferson and Alexander Hamilton over the National Bank of the United States project. Jefferson came out against Hamilton, who envisioned for America an imperial future of wealth and power, based on industry and supported by credit and finance. Jefferson gave a voice to the landowners and designed for America a future based on agriculture and small manufacturing businesses, in which the nation would be safe from the dangers of financial speculation and monetary manipulation.

KEYWORDS: Thomas Jefferson – economic views – agriculture – international trade – National Bank controversy

Paolo Paesani – Professore associato di Storia del pensiero economico, Dipartimento di Economia e Finanza, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (paolo.paesani@uniroma2.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il federalismo di Thomas Jefferson*

Giuseppe Martinico

SOMMARIO: 1. Thomas Jefferson e la storia del federalismo americano. – 2. Gli antifederalisti e Jefferson. – 3. Jefferson, la *Compact theory* e la questione della secessione.

1. *Thomas Jefferson e la storia del federalismo americano*

Thomas Jefferson è una di quelle personalità «veiled in fable»[1] di cui è ricca l'esperienza del costituzionalismo rivoluzionario[2]. Una figura leggendaria, morta nel giorno dell'anniversario dell'indipendenza americana – il 4 luglio 1826 – proprio come il suo compagno d'armi e poi rivale politico, John Adams.

La finalità del presente saggio è modesta: la figura di Jefferson è stata studiata da storici, economisti, teorici della politica e giuristi[3], e

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. L'Autore desidera ringraziare Paolo Addis, Andrea Buratti, Giacomo Delledonne, Matteo Monti, Marta Simoncini e i valutatori anonimi per i loro commenti.

[1] Adattando una citazione di un grande amico di Jefferson, James Madison: «The infant periods of most nations are buried in silence or veiled in fable; and the world perhaps has lost but little which it needs regret. The origin and outset of the American Republic contain lessons of which posterity ought not to be deprived: and happily there never was a case in which every interesting incident could be so accurately preserved», *From James Madison to William Eustis*, 6 luglio 1819, https://founders.archives.gov/documents/Madison/04-01-02-0432.

[2] B. Ackerman, *We the People: Foundations: 1*, Cambridge, Mass., 1991.

[3] Fra I tanti: M.L. Burstein, *Understanding Thomas Jefferson. Studies in Economics, Law and Philosophy*, New York, 1993; D.N. Mayer, *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*, Charlottesville, 1995; G. Ward Sheldon, *The Political Philosophy of Thomas Jefferson*, Baltimora, 1993.

numerosi sono i volumi a lui dedicati in varie lingue[4]; pretendere di scrivere qualcosa di nuovo sarebbe velleitario e fortemente esposto al rischio di «multidisciplinary dilettantism»[5], specie in una fase storica in cui l'accesso alle biblioteche è quasi precluso.

Offrendo una visione complementare rispetto a quella fornita in altri contributi di questo numero speciale (in particolare i saggi di Bassani e Persano), l'obiettivo di queste poche pagine è quello di riflettere a grandi linee sul contributo di Thomas Jefferson alla storia del federalismo, contributo che ricondurrò a un punto centrale, ovvero il rapporto fra Jefferson e quello che è stato chiamato il «federalismo dei vinti»[6], ricomprendendo in questa formula – volutamente ambigua – tanto gli antifederalisti, quanto i sostenitori della *Compact theory*, come John Calhoun.

In ciò, pur non essendo la loro idea di federalismo coincidente con quella emersa all'indomani della guerra di secessione, gli antifederalisti in questa sede vengono intesi come "vinti", non nel senso di "sconfitti", ma semplicemente di sostenitori di una visione del federalismo rimasta minoritaria all'indomani della *Civil War* e che appare diversa da quella che è passata alla storia come il "federalismo statunitense": un federalismo duale caratterizzato da un pionieristico sistema diffuso di controllo delle leggi e accompagnato da una certa omogeneità culturale e da un livello di governo federale forte.

Tuttavia, tutto ciò non era presente, come sappiamo, nei primi anni dell'esperienza americana, anzi, si trattava di costruire un livello centrale che resistesse alle forze centrifughe provenienti dagli Stati che erano in certi casi già dotati di Costituzione. Inoltre, non esisteva una vera nazione americana, né tantomeno l'idea di un serie di diritti condivisi.

---

[4] Fra i tantissimi: D. Malone, *Jefferson: Architect of American Liberty*, New York, 2017; D. Malone, *Jefferson and His Time*, Charlottesville, 2005; A. Burstein, *Madison and Jefferson*, New York, 2013; J. Meacham, *Thomas Jefferson: The Art of Power*, New York, 2013; F. Brodie, *Thomas Jefferson: An Intimate History*, New York, 1974; A. Gordon-Reed, *Thomas Jefferson and Sally Hemings: An American Controversy*, Charlottesville, 1998.

[5] Adattando un famoso passaggio di F.H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1996, pp. 207 ss., p. 207.

[6] G. Martinico, *Il federalismo dei vinti. Appunti sul pensiero di John Calhoun*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 4/2017, pp. 99 ss.

Fino agli emendamenti del c.d. dopoguerra (di secessione) e all'approvazione del XIV emendamento[7], il *Bill of Rights*, inoltre, non era visto come applicabile agli Stati. Questo veniva in qualche modo confermato anche dalla lettera del I emendamento, che recita che «Congress shall make no law» e che sembra quindi limitare l'applicazione del documento solo al legislativo federale (il Congresso). Questo perché, in quella fase storica, si pensava che il posto dei diritti fosse nelle Costituzioni statali, viste come più mature. Lo stesso Jefferson lo aveva scritto, affermando che «the true barriers of our liberty in this country are our state-governments»[8]. È questa una delle analogie fra l'esperienza sovranazionale europea (si pensi al dibattito sull'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali) e la storia del *Bill of Rights* statunitense fino al XIV emendamento[9].

Thomas Jefferson aveva posizioni simili a quelle degli antifederalisti e condizionò dalla Francia (non potendo partecipare direttamente ai lavori della Convenzione di Filadelfia[10]) il dibattito sulla ratifica della Costituzione, sostenendo, ad esempio, la necessità di un *Bill of Rights*.

Allo stesso tempo, però, il pensiero di Jefferson presenta tratti di autonomia rispetto a quello degli antifederalisti e, non a caso, anche per questo egli fu in grado di dialogare con un federalista di primo piano come Madison.

In questo articolo cercherò anche di richiamare il complesso rapporto che lega il pensiero di Jefferson alla *Compact theory*. Se la

---

[7] Sulla ricostruzione come secondo momento fondativo si veda: E. Foner, *The Second Founding. How the Civil War and Reconstruction Remade the Constitution*, New York, 2019.

[8] *Thomas Jefferson to Destutt de Tracy*, 26 gennaio 1811, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-03-02-0258.

[9] A. Torres Pérez, *Rights and Powers in the European Union: Towards a Charter that is Fully Applicable to the Member States?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, pp. 1 ss.

[10] Definita una «an assembly of demigods» da Jefferson: *Thomas Jefferson to John Adams*, 30 agosto 1787, https://teachingamericanhistory.org/library/document/thomas-jefferson-to-john-adams/.

relazione fra Madison e Calhoun è stato oggetto di studi apprezzabili[11], meno studiato è stato il rapporto fra Calhoun e Jefferson[12], pur essendo quest'ultimo l'estensore delle risoluzioni del Kentucky dove il concetto di *nullification*, come vedremo, giocava un ruolo essenziale.

2. *Gli antifederalisti e Jefferson*

Come noto, i c.d. antifederalisti non erano contrari al federalismo in quanto tale, anzi, per certi versi sono stati dei precursori e molte delle loro battaglie hanno prodotto buoni frutti al di là del risultato finale della Convenzione. Non a caso, si è scritto di una «persistence of Antifederalism after 1789»[13]. Gli antifederalisti erano un gruppo nutrito di esponenti: George Mason, Patrick Henry, Melancton Smith, fra gli altri. Come è stato ricordato da Bassani, essi «non difendevano un progetto di governo specifico»[14] ed erano molto eterogenei al loro interno. Tuttavia, è possibile rinvenire dei tratti comuni nella loro critica al prodotto della Convenzione, consistente in una visione liberale del rapporto Stato-individuo (un «necessary evil» *à la* Paine[15]), nella convinzione della bontà e adeguatezza degli *Articles of Confederation* (cosa che non escludeva la necessità di una loro

[11] Sul rapporto fra Madison e Calhoun si veda: W. Bolt, *Founding father and rebellious son: James Madison, John C. Calhoun, and the use of precedents*, in *American Nineteenth Century History*, 3/2004, pp. 1 ss.

[12] Con delle note eccezioni, fra cui, in Italia, le belle pagine di L.M. Bassani, *Thomas Jefferson. Un profilo intellettuale*, Napoli, 2002, pp. 164 ss.

[13] R.E. Ellis, *The Persistence of Antifederalism after 1789*, in R. Beeman, S. Botein. E.C. Carter (a cura di), *Beyond Confederation: Origins of the Constitution and American National Identity*, Chapel Hill, 1987, pp. 295 ss.

[14] L.M. Bassani, *Gli avversari della Costituzione americana: 'antifederalisti' o 'federalisti autentici'?*, in *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, Torino, 2011, pp. 9ss., p. 49.

[15] «Society in every state is a blessing, but Government, even in its best state, is but a necessary evil; in its worst state an intolerable one: for when we suffer, or are exposed to the same miseries by a government, which we might expect in a country without government, our calamity is heightened by reflecting that we furnish the means by which we suffer. Government, like dress, is the badge of lost innocence; the palaces of kings are built upon the ruins of the bowers of paradise», T. Paine, *Common Sense*, 1776, https://www.ushistory.org/paine/commonsense/sense2.htm.

riforma), nel timore di un livello federale troppo robusto, nel convincimento che la democrazia funzionasse solo per le piccole unità politiche più che per i grandi Stati[16].

In questo, come è stato sostenuto[17], gli antifederalisti erano soprattutto nemici della centralizzazione; non a caso, essi non si definivano «antifederalisti» – appellativo che rifiutavano e che gli era stato affibbiato dai rivali[18] – e Bassani, infatti, riconosce in loro, per certi versi, i «federalisti autentici»[19].

Rivalutati da storici e giuristi già all'indomani della guerra di secessione[20], che sancì invece l'ostracismo nei confronti dei teorici della *Compact theory*, con quest'ultimi gli antifederalisti avevano dei punti in comune.

Fra questi elementi comuni troviamo, ad esempio, l'avversione nei confronti della «invenzione»[21] del «We the People of the United States» che apre il preambolo della Costituzione federale e che era stata contestata nei seguenti termini da Patrick Henry:

«I have the highest veneration for those gentlemen; but, sir, give me leave to demand, What right had they to say, We, the people? My political curiosity, exclusive of my anxious solicitude for the public welfare, leads me to ask, Who authorized them to speak the language of, We, the people, instead of, We, the states? States are the characteristics and the soul of a confederation. If the states be not the agents of this compact, it must be one great, consolidated, national government, of the people of all the states. I have the highest respect for those gentlemen who formed the Convention, and, were some of them not here, I would express some testimonial of esteem for them. America had, on a former occasion, put the utmost confidence in

[16] L.M. Bassani, *Gli avversari*, cit., p. 49.

[17] L.M. Bassani, *Gli avversari*, cit., p. 9.

[18] H.J. Storing, *What the Anti-Federalists Were For. The Political Thought of the Opponents of the Constitution*, Chicago, 1981, p. 9; L.M. Bassani, *Gli avversari*, cit., pp. 9 ss., p. 46.

[19] L.M. Bassani, *Gli avversari*, cit., p. 9.

[20] L.M. Bassani, *Gli avversari*, cit., pp. 60 ss.

[21] Si vedano anche le considerazioni di Morgan: E. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York, 1988, pp. 15 ss.

them--a confidence which was well placed; and I am sure, sir, I would give up any thing to them; I would cheerfully confide in them as my representatives. But, sir, on this great occasion, I would demand the cause of their conduct. Even from that illustrious man who saved us by his valor [George Washington], I would have a reason for his conduct: that liberty which he has given us by his valor, tells me to ask this reason; and sure I am, were he here, he would give us that reason. But there are other gentlemen here, who can give us this information.

The people gave them no power to use their name. That they exceeded their power is perfectly clear. It is not mere curiosity that actuates me»[22].

In realtà la scelta di inserire il «We the People» nel preambolo fu dovuta a una decisione del *Committee of style* per evitare di elencare i nomi degli Stati prima che questi ratificassero la Costituzione[23].

Anni dopo, specialmente nelle parole pronunciate da John Calhoun, si potrà scorgere un'analoga avversione verso la ricostruzione popolare e unitaria del soggetto costituzionale statunitense. La riflessione di Calhoun si inserisce in una serie di ambiguità che avevano caratterizzato il disegno costituzionale del 1787, relative, ad esempio, a concetti quali "popolo" e "supremazia del diritto federale" e dovute all'assenza di una chiara indicazione di chi fosse l'arbitro incaricato di risolvere i conflitti fra livelli di governo. Come spiega Schütze:

«While sovereignty lay ultimately in 'the people', the Constitution had been delegated to and divided between two levels of government… Who, then, was the 'sovereign'? The 'We the people' formula had left the identity of the popular sovereign 'indeterminate'. The formula simply acknowledged that the Americans had rejected the British concept of governmental sovereignty. Sovereignty meant popular sovereignty. But who were 'the people': the peoples of the

[22] P. Henry, *We the People? or We the States?*, 4 giugno 1788, https://www.redhill.org/speech/we-people-or-we-states.

[23] L.M. Bassani, *Gli avversari*, cit., p. 48.

United States, or the people of the United States? This was a question the Constitution had left unanswered… What would happen where the visions of the State people(s) and the 'American people' diverged? Who would be the ultimate arbiter in the event of constitutional conflicts?»[24].

Come noto, la Corte Suprema degli Stati Uniti avrebbe contribuito a risolvere tale ambiguità con le sue pronunce. Il caso *Martin v. Hunter's Lessee*, deciso nel 1816[25], è stato definito da Warren «the keystone of the whole arch of the federal judicial power»[26]. In *Martin v. Hunter's Lessee* la Corte Suprema ribadì la propria competenza, prendendo le mosse dalla premessa secondo cui «the Constitution of the United States was ordained and established not by the States in their sovereign capacities, but emphatically, as the preamble of the Constitution declares, by 'the people of the United States'»[27]. Da questa considerazione si faceva discendere che «there can be no doubt that it was competent to the people to invest the general government»[28]. In quell'occasione si richiamarono due previsioni chiave, l'art. III, sez. 2[29] e la clausola di supremazia (art. VI,

[24] R. Schütze, *Federalism as Constitutional Pluralism: "Letter from America"*, in M. Avbelj, J. Komárek (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, pp. 185 ss., pp. 185-186.

[25] Corte Suprema degli Stati Uniti, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/14/304/case.html.

[26] C. Warren, *The Supreme Court in United States History*, Boston, 1926, p. 449.

[27] Corte Suprema degli Stati Uniti, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/14/304/case.html, come ricordato da C. Warren, *The Supreme*, cit., p. 449.

[28] Corte Suprema degli Stati Uniti, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816); C. Warren, *The Supreme* cit., p. 449.

[29] «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

sez. 2[30]), deducendo da queste la competenza della Corte Suprema di rivedere le decisioni delle corti statali. Come è stato notato da Boom, dal riferimento fatto dal giudice estensore Story all'esistenza del popolo americano e dalla sua unità discendeva anche la necessità di garantire l'uniformità del diritto da applicare agli americani. In quell'occasione il giudice Story formulava nei seguenti termini il fulcro del proprio ragionamento:

«If there were no revising authority to control these jarring and discordant judgments and harmonize them into uniformity, the laws, the treaties, and the Constitution of the United States would be different in different States, and might perhaps never have precisely the same construction, obligation, or efficacy in any two States. The public mischiefs that would attend such a State of things would be truly deplorable, and it cannot be believed that they could have escaped the enlightened convention which formed the Constitution»[31].

In altre parole, l'esigenza di uniformità interpretativa si spiegava alla luce dell'unità del popolo americano e ciò finiva inevitabilmente per giustificare il ruolo apicale e di chiusura della Corte Suprema federale. Boom ha fortemente contestato la ricostruzione fornita dal

---

of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

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.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed».

[30] «2: This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding».

[31] Corte Suprema degli Stati Uniti, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/14/304/case.html.

giudice Story, sottolineando la problematica definizione di *historical fact* data a molti passaggi tutt'altro che univocamente interpretabili[32], come sostenere che quello della Corte d'Appello della Virginia fosse il primo caso in assoluto di disobbedienza delle corti statali[33]. Innanzitutto, molte corti statali – a dispetto di quanto detto dal giudice Story – si opposero sin dal 1798, come riportato da Boom: «When the Supreme Court of Pennsylvania stated that the Constitution did not provide for a particular tribunal to decide the limits of federal power»[34]. Negli anni successivi, come noto, non erano mancate altre decisioni contestate della Corte Suprema: da *McCulloch v. Maryland*[35] a *Cohens v. Virginia*[36], a cui si erano opposte diverse forme di resistenza degli Stati.

---

[32] «Story bolstered his uniformity analysis with assertions of 'historical fact'. Unfortunately, the historical accuracy of these facts is debatable. For example, according to Story, the Supreme Court's authority to draw the lines of federal power was specifically contemplated at the Constitutional Convention and during the deliberations of the first Congress. This proposition, if true, adds a degree of legitimacy to the outcome. However, it simply ignores the fact that Patrick Henry and James Madison were among of the most virulent opponents of the Supreme Court at this time», S.J. Boom, *The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the "Virginia of Europe?"*, in *American Journal of Comparative Law*, 2/1995, pp. 177 ss., p. 190.

[33] «Another of Story's 'historical facts' was that 'the supreme court of the United States has, from time to time, sustained this appellate jurisdiction in a great variety of cases, brought from the tribunals of many of the most important states in the union, and that no state tribunal has ever breathed a judicial doubt on the subject, or declined to obey the mandate of the supreme court, until the present occasion'. Even if true, this does little to legitimate the legal basis of Story's position: the mere fact that state courts had not previously disobeyed a Supreme Court mandate, though giving rise to de facto authority, does not create de jure authority for the exercise of that power. At any rate, it is untrue. Although state courts had not offered serious resistance in cases which reached the Supreme Court, there were cases which did not reach the Supreme Court, in which state courts had, in fact, specifically rejected the Supreme Court's authority», S.J. Boom, *The European Union*, cit., p. 191.

[34] S.J. Boom, *The European Union*, cit., p. 196.

[35] Corte Suprema degli Stati Uniti, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html.

[36] Corte Suprema degli Stati Uniti, *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/19/264/case.html.

Tali fenomeni si erano intensificati con l'avvicinarsi dello scoppio della guerra civile.

Tuttavia, se la contestazione dell'esistenza di un'entità unitaria chiamata popolo americano rappresentava l'elemento di contatto fra gli antifederalisti e i teorici della *Compact theory*, più sfuggente era la posizione di Jefferson, in particolare pensando alla sua teoria del potere costituente e all'idea della generazione dei viventi come soggetto motore del concreto ordinamento. Su questo si rinvia al contributo di Persano incluso in questo numero speciale, non senza sottolineare, però, che quella che Calhoun e altri avevano chiamato la sovranità degli Stati (intesa come differente dall'attività di governo esercitata dal livello federale) era cosa ben diversa da quella che, parafrasando le parole di Jefferson, era la «sovereignty of the living generation»[37].

Tutto questo per dire che Jefferson manteneva dei profili di originalità sia rispetto agli antifederalisti che ai fautori della teoria contrattualistica. Con gli antifederalisti Jefferson condivideva la «venerazione» per la vecchia Costituzione e per la Confederazione, definita una «wonderfully perfect instrument, considering the circumstances under which it was formed» [38] (con una parziale eccezione per il ruolo riservato al Congresso, ad esempio), una visione liberale della società, l'avversione a un approccio dirigista dello Stato. La premessa comune della loro visione del rapporto fra società civile e Stato era quella dell'ottimismo antropologico, che si coniugava, negli antifederalisti, con il mito della «vita buona e semplice»[39]. In questo, a prima vista, Jefferson, da un lato, e Madison (ma anche Hamilton), dall'altro, sembravano essere agli opposti, basti pensare al pessimismo antropologico che traspare dal *Federalist 51*, quando si scrive che «if men were angels, no government would be necessary. If angels were

[37] M.D. Peterson, *Mr. Jefferson's "Sovereignty of the Living Generation"*, in *Virginia Quarterly Review*, 3/1976, pp. 437 ss.

[38] T. Jefferson, *I. Answers to DéMeunier's First Queries*, 24 gennaio 1786, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-10-02-0001-0002.

[39] L.M. Bassani, *Gli avversari della Costituzione americana*, cit., p. 57.

to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary»[40].

È vero, come ha sostenuto anche Bassani[41], che in Jefferson questa impostazione veniva compensata dalla consapevolezza dell'importanza delle «chains of the constitution»[42], ma indubbiamente la comune visione positiva della natura umana rappresentava il collante che univa Jefferson agli antifederalisti:

«Jefferson si trovava in profonda consonanza con tutte le tematiche classiche degli antifederalisti: la superiorità degli interessi locali su quelli 'nazionali', l'autogoverno, la stretta connessione fra localismo e libertà, la responsabilità diretta degli eletti e la vicinanza fisica degli stessi ai loro elettori. E gli Antifederalisti erano stati per lo più jeffersoniani nella loro conclamata preferenza per il *laissez faire* e per un governo limitato alla tutela di vita, libertà e proprietà»[43].

È proprio in queste comunanze che sarebbe germogliato quello che è stato efficacemente chiamato il «federalismo libertario» di Jefferson[44], che non era, però, solo una particolare visione del rapporto fra centro e periferia, fra Stati e federazione, quanto un pezzo di quel complesso mosaico che è il pensiero jeffersoniano, indistinguibile, per esempio, dal suo giusnaturalismo[45], ma anche dal

---

[40] Federalist Papers No. 51 (1788), https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/federalist-no-51.

[41] Bassani ricorda che Jefferson «era tutt'altro che pronto ad abbracciare un insensato e generico "ottimismo antropologico"», L.M. Bassani, *Thomas Jefferson*, cit., p. 155.

[42] Si veda il testo delle risoluzioni del Kentucky: https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/resolutions-adopted-kentucky-general-assembly . Si veda anche la bozza delle risoluzioni del Kentucky del 1798: https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/jefferson%E2%80%99s-draft.

[43] L.M. Bassani, *Gli avversari*, cit., p. 59.

[44] L.M. Bassani, *Il pensiero politico di Thomas Jefferson. Libertà, proprietà e autogoverno*, Milano, 2002, p. 329. Il concetto di federalismo libertario è stato utilizzato anche in altro senso: C. Berneri, *Il federalismo libertario*, Ragusa, 1992.

[45] «Il vero deus absconditus (ma non troppo) che presiede a tutta la costruzione jeffersoniana è proprio la dottrina del diritto naturale», L.M. Bassani, *Thomas Jefferson*, cit., p. 59.

suo pragmatismo. Del resto, Jefferson era allo stesso tempo «uomo di azione» e «uomo di pensiero»[46], che avrebbe saputo adattare (o piegare, in certi casi) le sue convinzioni teoriche alle necessità imposte dal mondo. Questa doppia grandezza non ha mancato di generare ripensamenti (o vere e proprie contraddizioni), che avrebbero poi influito sulla sua visione del federalismo.

3. *Jefferson, la* Compact theory *e la questione della secessione*

La visione del federalismo in Thomas Jefferson è una tessera nel più ampio mosaico della sua teoria politica e costituzionale. Per avere una conferma di questo basti pensare all'origine delle risoluzioni del Kentucky redatte da Jefferson e anche alla stessa Dichiarazione di indipendenza, che in fin dei conti, è stata definita da alcuni come un vero e proprio caso di secessione[47] dall'impero britannico. Ridurre quindi a problema solo teorico il rapporto fra Jefferson e i sostenitori della *Compact theory* pare davvero ingeneroso. Non soltanto perché i «seeds of secession»[48] sono da ricercarsi in quei principi del 1798 che Jefferson (con Madison) aveva contribuito a scrivere, ma anche perché, come ricostruito dagli storici, nell'immenso epistolario jeffersoniano si possono trovare affermazioni ambigue che sono state utilizzate sia dai sostenitori della lettura del Jefferson secessionista, sia da quelli della visione del Jefferson unionista. Senza pretesa di esaurire il dibattito in un breve contributo (per giunta in italiano) come questo, cercherò di ricostruire tale discussione. In realtà, le

[46] L.M. Bassani, *Thomas Jefferson*, cit., p. 12.

[47] «After all, the United States began as what well might be conceived as a secessionist movement from the British Empire», S. Levinson, *Perpetual Union, Free Love, and Secession: On the Limits to the Consent of the Governed*, in *Tulsa Law Review*, 3/2013, pp. 457 ss., p. 460; S. Levinson, *Secession versus revolution*, 2020, https://balkin.blogspot.com/2020/08/secession-versus-revolution.html; D. Mccarty, *Was The American Revolution Secessionist?*, 2014, https://www.theamericanconservative.com/mccarthy/was-the-american-revolution-secessionist/.

[48] P. Smith, *Sowing the Seeds Of Secession: The Virginia and Kentucky Resolutions 1798, the Hartford Convention 1814 and the South Carolina Nullification Crisis 1830-32*, Scotts Valley, 2019.

prime manifestazioni della *Compact theory* possono ritrovarsi anche prima dei principi del 1798, ben dieci anni prima, precisamente nella dichiarazione di ratifica della Costituzione da parte dei delegati della Virginia; tuttavia nelle parole utilizzate in quell'occasione si faceva riferimento al «popolo degli Stati Uniti», chiarendo che «the powers granted under the Constitution being derived from the People of the United States may be resumed by them whensoever the same shall be perverted to their injury or oppression and that every power not granted thereby remains with them and at their will»[49]. Sempre in questa dichiarazione dei delegati della Virginia si trovava un elemento essenziale che poi, in effetti, avrebbe scatenato le risoluzioni della Virginia e del Kentucky di dieci anni dopo, quando si affermava che «essential rights the liberty of Conscience and of the Press cannot be cancelled abridged restrained or modified by any authority of the United States»[50].

In questo senso conviene innanzitutto ricordare che la genesi delle risoluzioni del Kentucky confermava la natura unitaria del pensiero jeffersoniano, perché queste ultime erano state scatenate dalla violazione della premessa liberale per eccellenza: la libertà di manifestazione del pensiero[51]. È proprio in reazione agli *Alien and Sedition Act*, un insieme di leggi approvate dal Congresso federale nel timore di un'imminente guerra con la Francia, infatti, che aveva preso le mosse il più grande contributo di Jefferson alla teoria degli *States' rights*, con particolare riferimento al concetto di *nullification*, un potente strumento attraverso cui gli Stati si riconoscevano la possibilità di dichiarare l'invalidità di alcuni atti federali.

Le risoluzioni erano state presentate in Kentucky da John Breckinridge, grazie all'intermediazione di Wilson Cary Nicholas. È probabilmente a John Breckinridge che si devono i cambi formali

[49] *Ratification of the Constitution by the State of Virginia*, 26 giugno, 1788, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/ratva.asp.

[50] *Ratification of the Constitution by the State of Virginia*, 26 giugno, 1788, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/ratva.asp.

[51] Lo ricorda anche L.M. Bassani, *Thomas Jefferson*, cit., pp. 146-148.

avvenuti fra la bozza di Jefferson e quella approvata[52] e, in particolare, la scomparsa del termine *nullification* dalla versione finale.

Quasi sicuramente, però, Jefferson non aveva scritto la bozza delle risoluzioni pensando al Kentucky[53]. È stato sostenuto che l'avesse pensata per la Carolina del Nord[54], ma alcuni passaggi testuali suggeriscono che, in realtà, Jefferson avesse in mente la sua Virginia. In particolare, il riferimento a «this commonwealth»[55] e, soprattutto, quello a una legge approvata da «this state» insospettiscono. Ecco il passaggio:

«As this state by a Law passed on the general demand of its Citizens, had already protected them from all human restraint or interference»[56].

Infatti, in quel periodo non vi era traccia di una legge di questo tipo né nella Carolina del Nord né nel Kentucky, mentre era stata approvato in Virginia, nel 1785, lo *Statute for Establishing Religious Freedom*, redatto dallo stesso Jefferson[57].

---

[52] Le differenti versioni e gli appunti di Jefferson possono essere visionati al seguente link: https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/kentucky-resolutions-1798.

[53] L.M. Bassani, *Thomas Jefferson*, cit., p. 149.

[54] Ad esempio K.R.C. Gutzman, *The Virginia and Kentucky Resolutions Reconsidered: "An Appeal to the Real Laws of Our Country"*, in *Journal of Southern History*, 3/2000, pp. 473 ss.

[55] *Resolutions Adopted by the Kentucky General Assembly*, 1798-1799, https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/resolutions-adopted-kentucky-general-assembly

[56] *Resolutions Adopted by the Kentucky General Assembly*, 1798-1799, https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/resolutions-adopted-kentucky-general-assemblyviy

[57] «After Wilson Cary Nicholas informed Jefferson on 4 Oct. 1798 that John Breckinridge could furnish a means of introducing the resolutions in the Kentucky legislature, Jefferson replied that 'I had imagined it better those resolutions should have originated with N. Carolina. But perhaps the late changes in their representation may indicate some doubt whether they would have passed' (TJ to Nicholas, 5 Oct. 1798). It seems unlikely, however, that Jefferson had North Carolina in mind when he penned the resolutions. In the resolves he almost exclusively characterized the state that would pass them as 'this commonwealth', a term that had no particular reference to North Carolina. Moreover, in his third

Rinviando, per una ancora oggi insuperata analisi delle teorie contrattualistiche del federalismo, alla migliore dottrina[58], conviene brevemente ricordare la comune premessa che *nullification* e *interposition*, intesi come «diritti degli Stati» (anche se giustamente a volte definiti più propriamente *constitutional remedies*[59]), hanno nella teoria contrattualistica.

«Interpose» era il termine usato nelle risoluzioni della *Virginia* – la cui mente era Madison – in cui si espose la linea da intraprendere in caso di atti, si direbbe oggi, utilizzando una terminologia molto in voga, *ultra vires* del governo federale:

«Assembly doth explicitly and peremptorily declare, that it views the powers of the federal government, as resulting from the compact, to which the states are parties; as limited by the plain sense and intention of the instrument constituting the compact; as no further valid that they are authorized by the grants enumerated in that compact; and that in case of a deliberate, palpable, and dangerous exercise of other powers, not granted by the said compact, the states who are parties thereto, have the right, and are in duty bound, to interpose for arresting the progress of the evil, and for maintaining within their respective limits, the authorities, rights and liberties appertaining to them. That the General Assembly doth particularly protest against the *palpable and alarming infractions of the Constitution*, in the two late cases of the 'Alien and Sedition Acts'

resolution Jefferson, discussing encroachments on religious freedom, noted that 'this state, by a law passed on the general demand of it's citizens, had already protected' religious exercise and opinion 'from all human restraint or interference'. No North Carolina statute of the time, and for that matter none passed by Kentucky, matched that description. The reference actually seems to point to the Statute for Establishing Religious Freedom drafted by Jefferson and passed into law in Virginia in 1785. If that is the case, then Virginia was the 'commonwealth' Jefferson had in mind as he drafted the resolutions», B.B. Oberg, *Editorial note, The Papers of Thomas Jefferson*, Volume 30: 1 January 1798 to 31 January 1799, Princeton, 2003, pp. 529 ss., https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/kentucky-resolutions-1798.

[58] A. La Pergola, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, pp. 58 ss.

[59] R. Schütze, *Federalism as Constitutional Pluralism*, cit., p. 186.

passed at the last session of Congress […] *that the acts aforesaid, are unconstitutional*; and that the necessary and proper measures will be taken by each, for co-operating with this state, in maintaining the Authorities, Rights, and Liberties, referred to the States respectively, or to the people»[60] [enfasi aggiunta].

Nullification, invece, era il termine che veniva impiegato nella bozza delle risoluzioni del Kentucky del 1798, redatta, come noto, da Jefferson:

«In cases of an abuse of the delegated powers, the members of the general government, being chosen by the people, a change by the people would be the constitutional remedy; but, where powers are assumed which have not been delegated, a *nullification* of the act is the rightful remedy: that *every State has a natural right in cases not within the compact, (casus non fœderis) to nullify* of their own authority all assumptions of power by others within their limits»[61] [enfasi aggiunta].

In questo, la grande caratteristica che rende il federalismo di Jefferson diverso da quello di Calhoun era legata, ancora una volta, alla dottrina del diritto naturale che innervava tutti gli aspetti del suo pensiero. Come visto, infatti, anche la *nullification*, nelle parole delle risoluzioni del Kentucky, era un «natural right», come si evinceva ancora più chiaramente nella bozza redatta da Jefferson. Questo elemento giusnaturalistico sarà invece assente nell'impostazione contrattualista del pensatore di Abbeville, come sottolineato da attenta dottrina[62].

Come ricordato, il termine *nullification* non compariva nel testo finale delle risoluzioni del Kentucky del 1798, ma rimaneva il passaggio in cui si faceva riferimento alle conseguenze di un atto *ultra*

---

[60] *Virginia Resolutions*, 1798, http://www.constitution.org/cons/virg1798.htm.

[61] *Kentucky Resolutions*, 1798, Jefferson's Draft https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/jefferson%E2%80%99s-draft.

[62] L.M. Bassani, *Thomas Jefferson*, cit., p. 165.

vires, che doveva essere considerato «unauthoritative, void, and of no force». Si riaffermava, inoltre, che «the Government created by this compact was not made the exclusive or final judge of the extent of the powers delegated to itself». Infine, si affermava che, per l'assenza di un «common Judge», «each party has an equal right to judge for itself, as well of infractions as of the mode and measure of redress»[63]. Per altro, la parola *nullification* sarebbe poi stata utilizzata nelle risoluzioni del Kentucky del 1799[64], anche se non è chiaro se l'autore del testo fosse anche in quel caso Jefferson[65]. Come Calhoun anni dopo, in quegli anni Jefferson mantenne il segreto[66] sulla paternità delle risoluzioni del Kentucky del 1798, perché a quel tempo era vicepresidente degli Stati Uniti. Era stato, a quanto riportato, Talyor il primo a menzionare Jefferson come la "mente" dietro le risoluzioni[67].

---

[63] Il testo delle risoluzioni approvate dalla assemblea del Kentucky è disponibile qui: https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/resolutions-adopted-kentucky-general-assembly.

[64] Kentucky Resolution, 1799, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/kenres.asp.

[65] «The Kentucky Resolutions of 1799 are of uncertain authorship, but revived Jefferson's nullification language, asserting that 'the several states who formed [the Constitution] ... have the unquestionable right to judge of its infraction; and, That a nullification...of all unauthorized acts...is the rightful remedy'», N. Verell, J. Ragosta, *Kentucky and Virginia Resolutions*, 2018, https://www.monticello.org/site/research-and-collections/kentucky-and-virginia-resolutions.

[66] «The ethics of secrecy may be questioned but in this case the necessity for the real authors to conceal their identity was plain. The war fever which permitted the bitterly anti-French Congress of 1798 to initiate and pass the Alien and Sedition Acts could have been relied on for explosive retaliations had the principal author of the Kentucky Resolutions been publicly identified as Thomas Jefferson, then Vice President in the John Adams administration», A. Koch, H. Ammon, *Virginia and Kentucky Resolutions: An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*, in *William and Mary Quarterly*, 1948, pp. 145 ss., p. 147.

[67] «Taylor was also the first person to reveal Jefferson's connection with the Kentucky Resolutions. He explicitly named Jefferson in a footnote to his An Inquiry into the Principles and Policy of the Government of the United States which was published in 1814. But general notice was not attracted to Jefferson's authorship until the same information appeared in the Enquirer in 1821», A. Koch, H. Ammon, *Virginia and Kentucky Resolutions*, cit., p. 148. Sul rapporto fra Taylor e Jefferson si veda anche: B. McClanahan, *Taylor and Jefferson on Secession*, 2019, https://www.abbevilleinstitute.org/blog/taylor-and-jefferson-on-secession/.

Dal confronto fra i testi della Virginia e del Kentucky può evincersi un'altra importante differenza: mentre la *nullification* sembrava essere concepita come diritto unilaterale di ogni Stato, la *interposition* sembrava essere, invece, una sorta di diritto "collettivo" degli Stati.

Le risoluzioni del Kentucky erano state aspramente criticate dallo stesso Madison nel *Report of 1800* proprio a proposito della unilateralità del concetto[68] di *nullification*. Conviene citare il (lungo) passaggio per esteso:

«The constitution of the United States was formed by the sanction of the states, given by each in its sovereign capacity. It adds to the stability and dignity, as well as to the authority of the constitution, that it rests on this legitimate and solid foundation. The states then being the parties to the constitutional compact, and in their sovereign capacity, it follows of necessity, that there can be no tribunal above their authority, to decide in the last resort, whether the compact made by them be violated; and consequently that as the parties to it, *they must themselves decide in the last resort, such questions as may be of sufficient magnitude to require their interposition*. It does not follow, however, that because the states as sovereign parties to their constitutional compact, must ultimately decide whether it has been violated, that such a decision ought to be interposed either in a hasty manner, or on doubtful and inferior occasions. Even in the case of ordinary conventions between different nations, where, by the strict rule of interpretation, a breach of a part may be deemed a breach of the whole; every part being deemed a condition of every other part, and of the whole, it is always laid down that the breach must be both wilful and material to justify an application of the rule. *But in the case of an intimate and*

[68] Come ricorda R. Schütze, *Federalism as Constitutional Pluralism*, cit., p. 190. Si veda anche H.J. Powell, *The Principles of '98: An Essay in Historical Retrieval*, in *Virginia Law Review*, 3/1994, pp. 689 ss., p. 718, in cui si afferma che la risoluzione della Virginia «did not in fact license any legally significant action by an individual state. The authority of the states over the Constitution and its interpretation was collective and could be exercised only in concert through the electoral process or by a quasi-revolutionary act of the people themselves».

constitutional union, like that of the United States, it is evident that the interposition of the parties, in their sovereign capacity, can be called for by occasions only, deeply and essentially affecting the vital principles of their political system»[69] [enfasi aggiunta].

Inoltre, nel criticare la decisione della Carolina del Sud ai tempi della *nullification crisis* Madison aveva anche difeso l'amico Jefferson dalle strumentalizzazioni fatte anni prima dai sostenitori dell'azione della Carolina del Sud, scrivendo che «it is remarkable how closely the nullifiers who make the name of Mr. Jefferson the pedestal for their colossal heresy, shut their eyes and lips, whenever his authority is ever so clearly and emphatically against them»[70]. Probabilmente Madison pensava che le parole utilizzate nella bozza delle risoluzioni del Kentucky fossero state imputabili al carattere focoso dell'amico[71], ma sicuramente cercava anche di difendere la sua posizione espressa nelle risoluzioni della Virginia, più moderate rispetto a quelle del Kentucky, aggiungendo che queste ultime erano state «more easily perverted»[72].

In dottrina, inoltre, l'utilità della distinzione fra *interposition* e *nullification* è stata contestata: ad esempio, La Pergola scrisse, con stile inconfondibile, che «a noi pare, tuttavia, che qualsiasi distinzione tra queste figure degli *Hoheitsrechte* sia, forse, più sottile che producente»[73].

Per Schütze, invece, sarebbe possibile distinguere fra questi strumenti alla luce del concetto di sovranità. Mentre l'idea di *interposition* non contraddiceva la nota posizione di Madison nel *Federalist 51* sull'esistenza di una sovranità condivisa[74], quella di

---

[69] *The Report of 1800*, 7 gennaio 1800, https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202.

[70] J. Madison, *Letter to Nicholas Trist*, 23 dicembre 1832, https://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-nicholas-trist/.

[71] W. Bolt, *Founding father*, cit.

[72] J. Madison, *Letter to Nicholas Trist*, 23 dicembre 1832, https://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-nicholas-trist/.

[73] A. La Pergola, *Residui contrattualistici*, cit., p. 62.

[74] «In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will

nullification sarebbe risultata inconciliabile con tale impostazione (in effetti, il concetto di *nullification* in Calhoun si sposava con il rifiuto di concepire una sovranità condivisa). Inoltre, come visto in precedenza, l'idea di *nullification* pareva far riferimento a un diritto esercitabile unilateralmente da ciascuno Stato, mentre quello di *interposition* appariva come un rimedio collettivamente esercitabile[75].

A tal proposito conviene ricordare come in Calhoun i due concetti fossero usati in maniera fungibile. Nelle sue parole, infatti:

«This right of interposition, thus solemnly asserted by the State of Virginia, be it called what it may – State-right, veto, nullification, or by any other name – I conceive to be the fundamental principle of our system»[76].

Nel 1832 John Calhoun scriveva al generale James Hamilton, governatore dello Stato della Carolina del Sud, una lunghissima lettera in cui chiariva alcuni dei punti fondamentali del suo pensiero sui c.d. *States' rights*[77]. Il testo di quella lettera non può essere isolato da quanto sostenuto dallo stesso Autore pochi anni prima in un altro fondamentale documento della storia costituzionale americana.

---

control each other, at the same time that each will be controlled by itself», J. Madison, *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*, *Federalist 51*, 6 febbraio 1788, http://www.constitution.org/fed/federa51.htm.

[75] «Madison's constitutional 'contractualism' thus did not acknowledge unilateral rights to the States. States' rights were collective rights: only the States – in the collective plural – were masters of the Constitution. By contrast, interposition was a constitutional remedy that belonged to the State governments. The State governments could place themselves 'between' their people and the national government. They would signal a (potential) breach of the federal contract by means of – to borrow a constitutional concept from European constitutionalism – a yellow card mechanism», R. Schütze, *Federalism as Constitutional Pluralism*, cit., pp. 190-191.

[76] J.C. Calhoun, *Fort Hill Address*, 26 luglio 1831, http://teachingamericanhistory.org/library/document/fort-hill-address/.

[77] J.C. Calhoun, *To General Hamilton on the subject of State Interposition*, lettera scritta il 28 agosto 1832, https://archive.org/stream/correspondenceof00calhrich/correspondenceof00calhrich_djvu.txt.

Era, infatti, il 1828 quando Calhoun pubblicava in forma anonima, da vicepresidente in carica degli Stati Uniti, la *South Carolina Exposition and Protest*[78], che conteneva un durissimo attacco alle scelte operate dal governo federale:

«Previously to the adoption of the Tariff system, such was the unanimous feeling of this State; but in speaking of its operation, it will be impossible to avoid the discussion of sectional interest, and the use of sectional language. On its authors, and not on us, who are compelled to adopt this course in self-defence, by injustice and oppression, be the censure. So partial are the effects of the system, that its burdens are exclusively on one side and its benefits on the other. It imposes on the agricultural interest of the South, including the Southwest, and that portion of the country particularly engaged in commerce and navigation, the burden not only of sustaining the system itself, but that also of the Government. In stating the case thus strongly, it is not the intention of the committee to exaggerate. If exaggeration were not unworthy of the gravity of the subject, the reality is such as to make it unnecessary»[79].

Il problema delle tariffe doganali non era nuovo, anzi, rappresentava un nervo scoperto che portò alla celebre *nullification crisis*, quando una speciale Convenzione statale della Carolina del Sud[80], mettendo in pratica quanto ricordato da Calhoun nella *South Carolina Exposition and Protest*, dichiarava gli atti federali «null, void,

[78] Come ricorda Bassani: «In realtà, si tratta di due documenti distinti: il primo, 'Exposition', mai formalmente adottato dall'assemblea del South Carolina – che pure ne decise la diffusione – chiarisce i motivi delle doglianze dello Stato e discute del metodo adeguato (l'annullamento) per porvi rimedio; il secondo,'Protest' – la cui attribuzione a Calhoun è assai probabile, ma non certa – è invece una risoluzione ufficiale adottata sia dalla camera che dal senato del South Carolina», L.M. Bassani, *Stati e Costituzione: il federalismo*, cit., p. 301.

[79] J.C. Calhoun, *South Carolina Exposition and Protest*, 1828, https://clockworkconservative.wordpress.com/freedom/primary-documents/south-carolina-exposition-and-protest/.

[80] Sulle convenzioni nel diritto americano si veda il capitolo ottavo del libro di G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, 1998.

and no law, nor binding upon this State, its officers or citizens» con la nota *ordinance of nullification* del 1832[81]. Tale provvedimento, a sua volta, aveva portato a una vera e propria *escalation* di eventi culminata con l'approvazione da parte del Congresso del *Force Bill* del 1833, che autorizzava il Presidente Jackson all'uso dell'esercito, se necessario, per la raccolta delle imposte. A sua volta, però, il *Force Bill* veniva dichiarato «null and void» dalla Convenzione della Carolina del Sud. Nella *South Carolina Exposition and Protest* e nella lettera al generale James Hamilton, Calhoun riprendeva e sviluppava elementi già presenti nei c.d. *Principles of '98* [82] proclamati in risposta all'approvazione degli *Alien and Sedition Act.* Si faceva riferimento alle famose risoluzioni del Kentucky e della Virginia e ai concetti di *nullification* e *interposition*[83], fondati sulla premessa per cui gli interpreti degli *States' rights* fossero gli Stati stessi. Si trattava, secondo Calhoun, di un'interpretazione desumibile dalla lettera dell'art. VII della Costituzione statunitense:

«The ratification of the conventions of nine states, shall be sufficient for the establishment of this Constitution between the states so ratifying the same».

Proprio questo «between» dava l'idea della Costituzione come patto "fra" gli Stati o, nelle parole di Calhoun:

«They established it as a compact between them, and not as a constitution over them; and that, as a compact, they are parties to it, in the same character. I have thus established, conclusively, that these States, in ratifying the constitution, did not lose the confederated character which they possessed when they ratified it, as well as in all

[81] Il cui testo è reperibile a questo link: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ordnull.asp.

[82] Sull'importanza delle risoluzioni della Virginia e del Kentucky si veda K.R.C. Gutzman, *The Virginia and Kentucky*, cit., p. 473.

[83] Su questi concetti si veda A. La Pergola, *Residui contrattualistici*, cit., pp. 58 ss.

the preceding stages of their existence; but, on the contrary, still retained it to the full»[84].

Come hanno sottolineato gli storici delle dottrine politiche, la *South Carolina Exposition and Protest* aveva rappresentato un punto di svolta nella storia costituzionale americana, dato che «questo documento divide la storia politica americana in un prima e in un dopo»[85].

Conviene ricordare che *interposition* e *nullification*, concetti legati a una lettura "contrattualistica" che scorgeva nella federazione l'"agente" e prodotto del *Compact*, si legavano originariamente a un contesto che non aveva ancora conosciuto la svolta rappresentata da *Marbury v. Madison*[86]. La critica all'idea della Corte Suprema come arbitro imparziale rappresentava quindi un elemento importante nel pensiero di Calhoun.

Se Jefferson è stato uno dei padri della *Compact theory*, sulla questione della secessione la sua ambiguità è stata oggetto di un lungo dibattito. Come ricordato da Steele:

«If we look at Jefferson's political career as a whole, we see a kind of alternation between fear of the potentially negative consequences of centralized power, on the one hand, and a fear of national weakness and dissolution, on the other. During the Revolution, Jefferson joined other Americans in his resistance to arbitrary metropolitan authority. But during the Confederation period, Jefferson (along with many other leading figures) saw the greatest

[84] J.C. Calhoun, *A Discourse on the Government and Constitution of the United States*, 1851, http://www.constitution.org/jcc/dcgus.htm. La Pergola così scriveva, invece, «né gli *Articles of Confederation* né la successiva Costituzione federale contengono espresso riferimento al contratto sociale come origine dello Stato. Eppure, i contrattualisti hanno invocato l'uno o l'altro di questi testi costituzionali a sostegno del loro punto di vista, sulla base questa volta, non di argomenti letterali, ma della natura di 'costituzione-contratto' da loro attribuita, così agli *Articles* come alla *Constitution*», A. La Pergola, *Residui contrattualistici*, cit., p. 52.

[85] L.M. Bassani, *Stati e Costituzione: il federalismo*, cit., p. 301.

[86] Corte Suprema degli Stati Uniti, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/.

threat to American interests (and ultimately liberty) in the inability of Congress to compel member states to perform their obligations. During the 1790s, however, Jefferson understood the Federalists in charge of the national state to be exercising authority that was unauthorized by the original compact. The correction for this would be a restoration of the proper constitutional role of the state governments. During his presidency and the Republican ascendancy, though, Jefferson saw various threats to majority rule and to the legitimate powers granted to the national state posed by outlying states»[87].

Da un lato, coloro che vedono nel diritto di secessione un'espressione del principio di autodeterminazione e della libera scelta sarebbero tentati dal vedere in Jefferson un fautore della secessione o, comunque, un suo non-oppositore. Basti pensare qui alle celebri parole pronunciate nel discorso inaugurale del 1801: «If there be any among us who would wish to dissolve this Union, or to change its republican form, let them stand undisturbed as monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated, where reason is left free to combat it»[88]. Del resto, è a Thomas Jefferson che si deve il concetto di «voluntary union based on consent, affection, and interest rather than force»[89], anche sulla base di quanto sostenuto in occasione della *Whiskey Rebellion* in una nota lettera a Madison, in cui per altro, si criticava aspramente il discorso del presidente Washington[90]:

«I expected to have seen some justification of arming one part of the society against another, of declaring a civil war the moment before the meeting of that body which has the sole right of declaring war, of

[87] B. Steele, *Thomas Jefferson, Coercion, and the Limits of Harmonious Union*, in *Journal of Southern History*, 4/2008, pp. 823 ss., p. 853.

[88] *First Inaugural Address*, 4 marzo 1801 https://avalon.law.yale.edu/19th_century/jefinau1.asp.

[89] B. Steele, *Thomas Jefferson*, cit., p. 823. Per questa lettura si veda: P.S. Onuf, *Jefferson's Empire: The Language of American Nationhood*, Charlottesville, 2000, pp. 38 ss.

[90] *From Thomas Jefferson to James Madison*, 28 dicembre 1794, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-28-02-0171.

being so patient of the kicks and scoffs of our enemies, and rising at a feather against our friends, of adding a million to the public debt and deriding us with recommendations to pay it if we can, &c &c. But the part of the speech which was to be taken as a justification of the armament reminded me of parson Saunders's demonstration why minus into minus makes plus»[91].

Come si vedrà, queste parole sarebbero state in effetti oggetto di ripensamento, oppure di pragmatico aggiustamento, nel caso del New England, in cui Jefferson avrebbe riconsiderato la sua idea di unione basata sulla volontaria adesione.

Molto è stato scritto anche sulle opinioni espresse da Jefferson a proposito della ribellione di Shay, in Massachusetts. Jefferson, a quel tempo in Francia, da un lato non aveva appoggiato i ribelli, ma dall'altro aveva sperato in pene non troppo dure nei loro confronti[92]. Questa ambivalenza gli aveva causato molte critiche e alimentato la sua ambiguità[93].

Come detto, nell'immenso epistolario di Jefferson si trovano vari passaggi che sono stati richiamati per giustificare la sua presunta adesione alla visione della secessione come libera scelta dello Stato[94].

Ad esempio, in una lettera del 1804 a Joseph Priestley, Jefferson sembrava essere indifferente alla prospettiva di una scissione in due «confederacies», affermando che:

---

[91] *From Thomas Jefferson to James Madison*, 28 dicembre 1794, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-28-02-0171.

[92] *From Thomas Jefferson to James Madison*, 30 gennaio 1787, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-11-02-0182.

[93] «The rebellion lasted, he said, less than twenty-four hours and ended largely because the rebels had enough public spirit to back off in the face of majority rejection of their proposals. So Jefferson's endorsement of the 'spirit of resistance' in this case is not terribly helpful in predicting what Jefferson might do in the face of a more serious challenge to republican institutions or to the Union», B. Steele, *Thomas Jefferson*, cit., p. 837.

[94] M. Griffith, *Thomas Jefferson, Secession, and States Rights*, 2014, https://civilwartalk.com/threads/thomas-jefferson-secession-and-states-rights.130704/.

«Whether we remain in one confederacy, or form into Atlantic and Mississippi confederacies, I believe not very important to the happiness of either part. Those of the western confederacy will be as much our children & descendants as those of the eastern, and I feel myself as much identified with that country, in future time, as with this; and did I now foresee a separation at some future day, yet I should feel the duty & the desire to promote the western interests as zealously as the eastern, doing all the good for both portions of our future family which should fall within my power»[95].

Un approccio simile era già emerso in una lettera a John Breckinridge del 12 agosto 1803[96].

Sulla base di queste e altre affermazioni l'ex vicepresidente della Confederazione, Stephens, nei suoi due volumi di storia americana sosteneva la tesi di un Jefferson difensore del diritto di secessione[97].

A testimonianza delle tensioni fra il Jefferson pensatore e il Jefferson politico, gli storici hanno ricordato le sue reazioni al tentativo di secessione del New England.

I fatti del New England, pur rientrati con il voto della Hartford Convention, erano stati duramente criticati in una lettera a Lafayette nel 1815[98].

In effetti, l'impressione che si ha è che Jefferson avesse cambiato idea sul tema, quantomeno scindendo la necessaria tutela della libertà di manifestazione del pensiero da un eventuale diritto di secessione da parte di uno Stato. Tuttavia, vi sono lettere successive agli episodi del New England che sembrano confermare l'ambiguità di Jefferson sulla questione; in particolare con riferimento a una missiva inviata a William Crawford, Jefferson avrebbe espresso il suo sostegno alla secessione qualche anno dopo, scrivendo che: «If any state in the

---

[95] *From Thomas Jefferson to Joseph Priestley*, 29 gennaio 1804, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-42-02-0322.

[96] *From Thomas Jefferson to John Breckinridge*, 12 agosto 1803, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-41-02-0139.

[97] A. Stephens, *A Constitutional View of the Late War Between the States*, I e II, Crawfordsville, 1868.

[98] *From Thomas Jefferson to Lafayette*, 14 febbraio 1815, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-08-02-0210.

union will declare that it prefers separation with the 1st alternative, to a continuance in union without it, I have no hesitation in saying 'let us separate'. I would rather the states should withdraw, which are for unlimited commerce & war, and confederate with those alone which are for peace & agriculture»[99].

Credo che mai come in questo caso la storia della *Compact theory* non possa essere ridotta alla teoria della secessione. Jefferson aveva inevitabilmente posto i semi[100] della *Compact theory*, ma questo non ne faceva automaticamente un fautore della secessione come diritto degli Stati; lo stesso si può dire per i vari passaggi risultanti dai suoi scambi epistolari che sembravano suggerire un approccio "liberale" alle scelte degli Stati, ma che si scontravano con il profilo che emerge dall'analisi del Jefferson politico. Si tratta di un profilo che sembrava suggerire, al di là dell'immagine dell'Unione armonica e libera, la necessità di pensare a eventuali reazioni a tentativi di disgregazione, anche e soprattutto alla luce del complesso rapporto di Jefferson con il New England, della cui fedeltà all'Unione aveva dubitato in più circostanze[101]. Del resto, come noto, durante la seconda presidenza Jefferson, nel New England si era scatenata una tremenda crisi economica (in parte amplificata dall'*Embargo Act*) che poi avrebbe contribuito all'esplosione della guerra anglo-americana del 1812.

In conclusione, con riferimento al tema della secessione, se il rapporto fra Madison e Calhoun è stato studiato negli anni, molto meno è stato scritto sul rapporto fra Jefferson e Calhoun. Se, da un lato, Jefferson si era teoricamente dimostrato tollerante con possibili pretese secessioniste nei suoi scambi epistolari o se indubbiamente era stato un fautore della *nullification*, queste considerazioni automaticamente non lo rendevano un sostenitore della secessione nella pratica. Anzi, la sua esperienza di uomo politico, come nel caso dell'acquisto della Lousiana – analizzato in questo numero da Buratti – confermano il dissidio interiore di Jefferson:

---

[99] *Thomas Jefferson to William H. Crawford*, 20 giugno 1816, https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-10-02-0101.

[100] P. Smith, *Sowing*, cit.

[101] B. Steele, *Thomas Jefferson*, cit., p. 847.

«Jefferson's ideal union rooted in harmony, affection, and interest was inextricably interwoven throughout his public career with a commitment to preserving the nation and its republican promise – a commitment that sometimes demanded energetic government and might require coercive force. It is not necessary to claim that Jefferson made a fetish of the Union to acknowledge that he nevertheless understood it as essential to America's promise and that for him the creation of union implied the right of the majority to keep it»[102].

In conclusione, per il giurista interessato alle dinamiche federali statunitensi il pensiero di Jefferson è ancora oggi un'inesauribile fonte di intuizioni e spunti, propri di un uomo radicato nel suo tempo, ma capaci anche di spiegare le intime contraddizioni di cui si è sempre alimentato lo spirito del costituzionalismo americano[103].

***

ABSTRACT: This essay aims to reflect on Thomas Jefferson's contribution to the history of federalism, paying attention to his concept of nullification. In so doing I shall focus on the relationship between Jefferson and the so-called "Anti-federalists", on the one hand, and that between Jefferson and the supporters of the Compact theory, on the other hand.

KEYWORDS: Jefferson, Anti-Federalists, Compact Theory, Nullification, Secession, Federalism

[102] B. Steele, *Thomas Jefferson*, cit., p. 854.
[103] G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati*, Torino, 2000.

Giuseppe Martinico – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nella Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa (giuseppe.martinico@santannapisa.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Empire of liberty. Thomas Jefferson e la frontiera americana, dalla *North-West Ordinance* al *Louisiana Purchase**

Andrea Buratti

Jefferson was the first prophet of American democracy, and when we analyze the essential features of his gospel, it is clear that the Western influence was the dominant element[1]

SOMMARIO: 1. Le frontiere jeffersoniane. – 2. La *West Ordinance* del 1784. – 3. La *Land Ordinance* del 1785 e il modello economico della frontiera. – 4. La grande Ordinanza del Nord Ovest. – 5. La «culla vuota di una grande Nazione»: un paradigma imperialista per la frontiera. – 6. Un repubblicanesimo di dimensione continentale. – 7. Il *Louisiana Purchase.* – 8. L'acquisto della Louisiana e la Costituzione federale. – 9. L'imperialismo americano e i nativi. – 10. Dall'*Empire of Liberty* al *Manifest Destiny.*

1. *Le frontiere jeffersoniane*

Lungo tutta la sua vita di intellettuale e uomo politico, Thomas Jefferson dedicò alla frontiera occidentale un interesse ed un impegno straordinario, superiore a quello degli altri *Founding Fathers.* Una passione che la popolazione della frontiera avrebbe corrisposto, aderendo agli ideali del repubblicanesimo jeffersoniano e sostenendo elettoralmente il partito repubblicano.

Nei miei precedenti studi ho già spiegato come il rapporto tra gli Stati Uniti e la frontiera occidentale abbia risentito di un passaggio,

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review.*

[1] F.J. Turner, *The Contributions of the West to American Democracy*, In Id., *The Frontier in American History*, New York, 1920, p. 250.

rappresentato dal *Lousiana Purchase* del 1803: un cambio di paradigma destinato a trasformare l'originario progetto emancipativo della frontiera in un inedito disegno imperialista[2]. Jefferson fu protagonista e animatore di entrambi questi momenti. Lo studio del suo pensiero e della sua azione offre dunque la possibilità di ricostruire l'intera vicenda della frontiera americana, tanto centrale nella definizione dell'identità costituzionale della Nazione.

2. *La* West Ordinance *del 1784*

Sebbene l'interesse per la frontiera occidentale si sia sviluppato molto presto, già all'indomani della colonizzazione inglese del nord-America, la prima fase dell'espansione della frontiera prende le mosse con il Trattato di Parigi del 1783, che costrinse l'Inghilterra a rinunciare ai suoi possedimenti ad Ovest degli Appalachi, ora trasferiti agli Stati Uniti[3]. In questa fase, la frontiera consiste in un'area straordinariamente fertile e pianeggiante, più vasta del territorio complessivo dei tredici stati, delimitata a Nord dai Grandi Laghi, ad Est della catena montuosa degli Appalachi, ad Ovest dal corso del Mississippi, e a Sud dal confine della colonia spagnola della Florida.

Fonte: www.edu.glogster.com/glog/treaty-of-paris /26xbcfjli42?=glogpedia-source

[2] Più diffusamente, A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Verona, 2016.

[3] J.M. Sosin, *The Revolutionary Frontier 1763 – 1783*, New York, pp. 142 ss.

Si imponeva ora l'urgenza di regolare l'ordinamento giuridico dei territori di frontiera, avviare l'acquisizione delle terre indiane, e organizzare la vendita delle terre pubbliche per favorire la colonizzazione. Secondo Washington, occorreva muoversi con urgenza, altrimenti la colonizzazione delle terre si sarebbe svolta al di fuori di un preciso quadro giuridico, e senza un ritorno economico per la Confederazione: «The spirit of emigration is great – scrisse il generale ai membri del Congresso – people have got impatient; and though you cannot stop the road, it is yet in your power to mark the way. A little while and you will not be able to do either»[4].

Washington si faceva interprete dell'impazienza dell'esercito: la distribuzione delle terre avrebbe consentito di remunerare i combattenti dell'esercito rivoluzionario senza aggravare la crisi del bilancio della Confederazione: una Petizione rivolta al Congresso federale immediatamente dopo la fine delle ostilità insisteva sulla necessità di distribuire le terre ai soldati, assieme agli utensili necessari per lavorare la terra; le comunità così stabilite avrebbero dato vita a stati autonomi, aderenti alla Confederazione e dotati di una propria Costituzione che comportasse, tra l'altro, il divieto di schiavitù.

Già nel 1780, grazie alla pressione del Maryland, il Congresso confederale aveva approvato una delibera sul *public domain* degli Stati Uniti, da costituire «into distinct republican States, which shall become members of the Federal Union, and have the same rights of sovereignty, freedom, and independence, as the other States»[5].

I lavori per la redazione di un atto normativo volto a regolare l'ordinamento giuridico dei territori presero le mosse dal progetto redatto da un comitato guidato da Thomas Jefferson. Il progetto prevedeva la divisione dell'intero territorio occidentale – inclusi i distretti meridionali non ancora ceduti all'Unione – in quattordici stati: in una fase transitoria, gli stati avrebbero applicato la Costituzione e le leggi di uno degli Stati Uniti, senza possibilità di apportarvi modifiche; quindi, raggiunta la soglia di 20.000 abitanti liberi, essi avrebbero potuto dotarsi di un governo provvisorio basato

[4] G. Washington a R.H. Lee (14 dicembre 1784).

[5] *Resolution* del 6 settembre 1780 (in M. Farrand, *The Legislation of Congress for the Government of the Organized Territories of the United States, 1789-1895*, Newark (N.J.), 1896, p. 6).

su istituzioni rappresentative elette senza restrizioni di censo e collegato con il Congresso confederale attraverso l'invio di un delegato senza diritto di voto; lo stato avrebbe quindi avuto la possibilità «di eleggere una convezione di rappresentanti per stabilire una propria costituzione permanente»[6]. Infine, al raggiungimento di un numero di abitanti pari agli abitanti dello stato meno popoloso dell'Unione, gli stati avrebbero potuto chiedere l'ammissione all'Unione, su di un piano di parità rispetto agli stati fondatori: gli stati di nuova ammissione avrebbero dovuto impegnarsi a rimanere soggetti alla Confederazione e a condividere il debito confederale, a conservare una struttura repubblicana, con divieto di titoli nobiliari, e ad escludere la schiavitù a partire dal 1800.

Pur differendo dalla proposta dell'esercito, specie per la previsione delle fasi di governo provvisorio, il progetto di Jefferson presentava alcuni significativi elementi comuni: un modello istituzionale a base democratica e l'acquisizione da parte di nuovi stati di una propria identità costituzionale, pienamente equiparata a quella degli altri stati indipendenti. Entrambi i progetti bandivano la schiavitù, benché quello di Jefferson soltanto a partire dal 1800; inoltre, tanto nel progetto dell'esercito quanto in quello di Jefferson le terre sarebbero state acquisite a seguito di una regolare compravendita con le popolazioni native, che venivano riconosciute proprietarie delle terre[7].

Ma fu soprattutto il piano di Thomas Paine per il *West* ad influenzare il progetto di Jefferson e la prima Ordinanza: nel suo *Public Good*[8], l'influente filosofo aveva prospettato la necessità di acquisizione delle terre occidentali per la remunerazione dei debiti di guerra, la loro organizzazione secondo un governo provvisorio, il necessario collegamento con il Congresso federale attraverso delegati privi del diritto di voto e la progressiva maturazione di forme di autogoverno e della statualità. Suggestioni recepite dal progetto

[6] *Ordinance* del 23 Aprile 1784.

[7] G. Bancroft, *History of the Formation of the Constitution of the United States of America*, vol. I, New York, 1882, p. 155.

[8] T. Paine, *Public Good*, Philadelphia, 1780.

jeffersoniano del 1784[9], che plasmò l'organizzazione costituzionale del *West* nella prospettiva di una progressiva maturazione repubblicana[10]: per Jefferson, il Congresso avrebbe dovuto istituire una struttura pienamente democratica delle terre occidentali, per garantire «the greatest degree of happiness to their inhabitants»; occorreva rifiutare ogni pretesa colonizzatrice nei confronti degli abitanti dei territori, assicurando loro «a just share in their own government». Solo così «they will love us, and pride themselves in an union with us. Upon the other we treat them as subjects, we govern them, and not they themselves; they will abhor us as masters, and break off from us in defiance»[11].

L'impronta del repubblicanesimo jeffersoniano è particolarmente evidente nella clausola di chiusura del progetto: l'Ordinanza del 1784 si definiva come una «Charter of Compact», una «fundamental constitution» di natura pattizia tra gli stati fondatori e gli stati di nuova formazione.

Il progetto presentato da Jefferson subì notevoli modifiche da parte del Congresso federale: vennero ridefiniti i confini e i nomi proposti per gli stati, venne abolita la norma sul divieto di titoli nobiliari, e soprattutto, su pressione degli stati del Sud, venne abolita la clausola sul divieto di schiavitù: in questa votazione, Jefferson fu messo in minoranza dai delegati del suo stato, la Virginia, che si allinearono agli stati del Sud e fecero mancare l'appoggio necessario.

Il 23 aprile del 1784 il progetto venne comunque approvato e divenne la prima *Ordinance* per i territori occidentali.

---

[9] J.H. Alden, *The evolution of the American system of forming and admitting new Sates into the Union*, in *Ann. of the Am. Acad. of Pol. and Soc. Sc.*, 1901, p. 83; R. Horseman, *Thomas Jefferson and the Ordinance of 1784*, in *Ill. Hist. Journ.*, 1/1986, p. 103.

[10] F.J. Turner, *The Contributions of the West*, cit., p. 250.

[11] T. Jefferson a J. Monroe (9 luglio 1786). Cfr. pure P.S. Onuf, *Jefferson's Empire. The Language of American Nationhood*, Charlottesville – London, 2000, p. 143.

3. *La* Land Ordinance *del 1785 e il modello economico della frontiera*

L'Ordinanza del 1784 disciplinava l'organizzazione istituzionale del *West*, ma non prendeva in considerazione la divisione e la vendita delle terre pubbliche, da cui pure dipendevano la stabilità degli insediamenti e gli introiti attesi dalla Confederazione. Gli *squatters* continuavano ad attraversare il confine e stabilirsi nella frontiera, mentre gli speculatori accaparravano terre acquistate illegittimamente dai nativi per rivendere i titoli nel mercato secondario, pregiudicando la possibilità di una vendita fruttuosa delle terre pubbliche[12].

L'anno successivo, con l'aggravarsi delle finanze del Governo federale, il Congresso fu dunque costretto ad adottare una *Land Ordinance*[13]. Vi si stabilì l'estensione alle terre del Nord-Ovest dell'organizzazione della proprietà terriera secondo il canone della *township*, in uso del New England. Ciò comportava la suddivisione dei territori in municipi di forma rettangolare – individuati tracciando linee perpendicolari ed astratte, non basate sulla topografia –, la cui vendita sarebbe avvenuta attraverso aste pubbliche, al momento dell'estinzione dei titoli di proprietà vantati dai nativi. La dimensione regolare delle proprietà terriere rifletteva un modello razionalistico di sviluppo delle nuove comunità di frontiera, ma rispondeva anzitutto all'esigenza di ridurre il contenzioso sulla proprietà terriera, frequentissimo altrove, agevolando la vendita delle terre. Seguendo il modello delle comunità del New England, in ogni municipio una parte delle terre era mantenuta di proprietà comune e riservata alle esigenze dei servizi educativi. Due vastissimi distretti furono infine esclusi dal sistema di vendita e riservati per le terre da conferire gratuitamente ai reduci di guerra.

L'Ordinanza non impose restrizioni formali alla concentrazione della proprietà terriera, come invece avveniva in epoca coloniale, così favorendo le *Land Companies* e le migrazioni verso occidente di intere comunità, secondo il costume degli abitanti del New England; inoltre,

---

[12] P.S. Onuf, *Statehood and Union. A History of the Northwest Ordinance*, Bloomington – Indianapolis, 1987, pp. 28 ss.

[13] P.W. Gates, *History of Public Land Law Development*, Washington, 1968, p. 63.

essa rifiutò di riconoscere diritti di *preemption* nelle aste pubbliche a favore degli *squatters*, i coloni che vantavano titoli di mera occupazione, come era invece in uso negli stati del Sud. La pressione dei delegati del Sud condusse tuttavia ad un compromesso di grande significato politico: l'Ordinanza stabilì che le vendite delle terre sarebbero avvenute in parte per le intere *townships*, in parte secondo lotti di piccole dimensioni ritagliati al loro interno[14]. In questo modo, si riuscì a garantire tanto l'agilità delle vendite e la rapida acquisizione di risorse, quanto la diffusione di proprietà terriere a favore di singoli pionieri con limitati capitali da investire. A questo scopo furono anche stabiliti prezzi d'acquisto relativamente accessibili, ulteriormente agevolate dalla possibilità di rateizzare il pagamento e di ricorrere al credito bancario. Misure coerenti con un progetto sociale di distribuzione delle terre a famiglie di coltivatori e sviluppo egualitario della comunità politica, in significativa assonanza con l'organizzazione economica delle comunità puritane, ma anche con gli ideali del repubblicanesimo jeffersoniano[15].

[14] P.W. Gates, *History of Public Land Law Development*, Washington, 1968, p. 65.

[15] M.D. Peterson, *Jefferson, the West, and the Enlightenment Vision*, in *Wisc. Mag. of Hist.*, 4/1987, p. 276; P.S. Onuf, *Jefferson's Empire*, cit., p. 36.

Fonte: Census 2000 Tiger files Map produced by the Indiana Business Research Center, IU Kelley School of Business

La *Land Ordinance* del 1785 rivestì un ruolo decisivo nella configurazione del modello della proprietà terriera in America, e contribuì a plasmare il modello sociale della democrazia di frontiera[16], prefigurando uno specifico assetto dei flussi migratori, della distribuzione delle ricchezze, dei rapporti di produzione e, conseguentemente, delle relazioni sociali. Col passare degli anni essa fu più volte revisionata e sottoposta a parziali correzioni – anche dal punto di vista delle strutture amministrative di supporto, con la creazione del *General Land Office*, nel 1812[17]; ma non ne furono mai messi in discussione i caratteri essenziali e quel favore per la diffusione della piccola proprietà terriera che ne caratterizzava l'impianto originario: nel corso degli anni successivi il Congresso sostenne con diverse misure legislative i *farmers* indebitati e gli *squatters*, cui vennero concessi diritti di prelazione nelle aste pubbliche.

Nella frontiera dischiusa dalla pace di Parigi, la misura, l'appropriazione e la divisione della terra fondarono l'ordinamento giuridico di pari passo con la sua organizzazione istituzionale[18].

4. *La grande Ordinanza del Nord-Ovest*

L'Ordinanza jeffersoniana del 1784 non soddisfaceva appieno i delegati del Congresso confederale, che preferirono rinviarne l'applicazione: la suddivisione del territorio in piccoli distretti sembrava contrastare con la dimensione ottimale dei futuri stati, e presagiva un peso eccessivo dei futuri stati occidentali nel Senato federale, mentre la creazione di un autogoverno a base democratica

[16] B.W. Bond, *The Civilization of the Old Northwest*, New York, 1934, pp. 8-9.

[17] S. Sato, *History of the Land Question in the United States*, Baltimore, 1886, p. 141.

[18] Faccio riferimento, evidentemente, al lessico di C. Schmitt, *Il nomos della terra,* (1974), Milano, 1991, pp. 74-7.

appariva precoce e foriera di disordini[19]. Da più parti si prendeva dunque in considerazione una revisione complessiva dell'Ordinanza: pressioni per una rapida organizzazione dei territori provenivano anche dall'influente Ohio Company, che garantiva al Congresso l'acquisto di vastissimi tratti di terra per i coloni del New England, e da altre *Land Companies* che vantavano azionisti influenti tra i membri del Congresso. Tutti auspicavano un quadro regolativo stabile a garanzia della proprietà terriera, da preservare dalle minacce indiane, dalle manovre degli speculatori e dall'afflusso degli *squatters*.

James Monroe, di ritorno da un lungo viaggio di esplorazione nell'Ovest, aveva maturato la convinzione che il sistema di organizzazione territoriale adottato nel 1784 non fosse corretto, e si fece promotore di una sua revisione. La nuova Ordinanza venne approvata all'unanimità il 13 luglio del 1787[20], sulla base di una proposta redatta da Monroe, successivamente revisionata da Nathan Dane. Diversamente dal testo di Jefferson, l'Ordinanza non riguardava l'intero *public domain* degli Stati Uniti, ma solo il territorio a Nord-Ovest del fiume Ohio, oggetto delle prime cessioni da parte di New York, Virginia, Massachusetts e Connecticut: un'area corrispondente agli attuali confini di Ohio, Indiana, Illinois, Wisconsin, Michigan e parte del Minnesota.

L'Ordinanza disponeva un governo territoriale provvisorio con giurisdizione su un unico, vastissimo, distretto dei territori del Nord-Ovest (sez. 1), destinato a dividersi successivamente in cinque stati: una misura che limitava il rilievo politico dei futuri stati del *West* negli organi federali, evitando di alterare i delicati equilibri dell'Unione.

La sez. 2 conteneva un'articolata disciplina della proprietà terriera: furono stabilite norme molto dettagliate sui trasferimenti contrattuali, sull'eguale divisione ereditaria tra fratelli, sulla parità di tassazione tra proprietari residenti e non, sul valore legale dei contratti, la cui principale funzione era di garantire i grandi speculatori della stabilità dei loro investimenti in terre pubbliche e rassicurare i coloni della difesa della proprietà terriera dalla minaccia

[19] D.P. Duffey, *The Northwest Ordinance as a Constitutional Document*, in *Columbia Law Rev.*, 4/1995, nt. 43.

[20] *Ordinance for the government of the Territory of the United States northwest of the River Ohio* (1787).

indiana. Per questo, il testo richiamava da vicino molte delle Costituzioni e delle Dichiarazioni dei diritti statali, ed in particolare le sez. 2 e 12 della Dichiarazione dei diritti del Massachusetts, che ne rappresentò il modello.

Le sez. 3-8 disciplinavano il governo del distretto nella sua fase iniziale: rispetto all'Ordinanza di Jefferson, l'autogoverno delle comunità che veniva stabilito sin dai primi insediamenti era qui sostituito dall'amministrazione provvisoria di un Governatore nominato dal Congresso per tre anni; la giurisdizione sarebbe stata assicurata da una Corte generale composta da tre membri nominati dal Congresso. L'ordinamento giuridico era costituito attraverso un processo di selezione e recepimento della legislazione vigente in altri stati dell'Unione, secondo una valutazione compiuta congiuntamente dal Governatore e dai giudici: il recepimento, sottoposto al vaglio del Congresso, non consentiva modifiche o adattamenti della legislazione statale.

Una seconda fase – attivabile dal momento in cui il distretto avesse raggiunto la soglia dei 5.000 cittadini maschi, liberi e maggiorenni – consentiva di affiancare al Governatore di nomina federale un'assemblea elettiva bicamerale, cui era affidata la funzione legislativa e l'elezione di un rappresentante al Congresso federale, con diritto di parola ma senza diritto di voto.

Il processo che conduceva all'acquisizione della statualità e all'ammissione all'Unione – «on an equal footing with the original states» – era regolato attraverso un *Compact* sottoscritto tra gli stati originari e i popoli e gli stati di nuova costituzione, secondo l'impianto jeffersoniano: il *Compact* veniva incluso nell'Ordinanza, ma ne rimaneva strutturalmente separato. Esso prevedeva che, raggiunti i 60.000 abitanti liberi, i territori avrebbero potuto elevarsi a stati, con una propria Costituzione repubblicana (art. 5). Il primo e il secondo articolo del *Compact* tratteggiavano un vero e proprio *Bill of Rights* della frontiera: vi erano riconosciuti un'ampia libertà di religione (art. 1), le garanzie dell'*habeas corpus*, il diritto alla giuria ed altre garanzie processuali tipiche del sistema di *Common law*; la garanzia della proprietà, con la previsione di indennizzi in caso di esproprio per pubblica utilità, e la garanzia dei contratti; il diritto ad un'equa rappresentanza nelle assemblee legislative (art. 2); l'art. 3 incoraggiava la formazione di scuole e l'educazione in generale mentre l'art. 4

riconosceva il diritto al libero transito dei corsi d'acqua. Inoltre, codificando la strategia fin qui seguita dagli Stati Uniti nei rapporti con i nativi, il *Compact* prevedeva che questi si svolgessero nella «massima buona fede»: «Their lands and property shall never be taken from them without their consent; and, in their property, rights, and liberty, they shall never be invaded or disturbed»[21]. Il principio di buona fede soggiaceva tuttavia ad una duplice riserva, che confermava l'ambiguità delle relazioni americane con i nativi: si esplicitava l'ipotesi di «just and lawful wars authorized by Congress» e si autorizzavano «laws founded in justice and humanity … be made for preventing wrongs being done to them, and for preserving peace and friendship with them», secondo un'opzione tipicamente civilizzatrice[22]. L'impianto liberale del *Compact* veniva poi sancito da un'ultima clausola che vietava la schiavitù nei territori, redatta sulla falsariga di quella già respinta nel 1785, inclusiva cioè dell'obbligo di riconsegna dello schiavo fuggitivo (art. 6). Su quest'ultimo punto, gli stati del Sud mutarono inaspettatamente posizione rispetto ai voti precedenti.

Sin dalla sua progettazione, l'organizzazione della frontiera occidentale è frutto di un progetto emancipativo[23], evidentemente non scevro da interessi economici e ambigue intenzioni civilizzatrici[24], ma al contempo animato dai valori liberali e democratici che hanno forgiato l'identità costituzionale americana[25]. Sulla scia delle suggestioni jeffersoniane, l'Ordinanza non soltanto prefigurò il percorso formale per la costituzione dei governi territoriali e la loro

[21] Sulla nascita della clausola v. R.D. Pomp, *The Unfulfilled Promise of the Indian Commerce Clause and State Taxation*, in *Tax Lawyer*, 4/2010, spec. 912-32.

[22] G. Ablavsky, *The Savage Constitution*, in *Duke Law Journ.*, 5/2014, p. 1045.

[23] C.G. Fritz, *American Sovereigns. The People and America's Constitutional Tradition before the Civil War*, Cambridge – New York, 2008, p. 54: «In ensuring the equality of new states to existing states, the ordinance reflected the central principle of the Revolution: that American governments rested on a sovereign people that created them».

[24] J.N. Rakove, *Ambiguous Achievement: The Northwest Ordinance*, in F.D. Williams (ed.), *The Northwest Ordinance. Essays on Its Formulation, Provisions and Legacy*, East Lansing (Mich.), 1989, p. 2.

[25] F.J. Turner, *Contributions of the West*, cit., p. 248.

progressiva elevazione a stati dell'Unione; essa indicò anche i valori costituzionali della tradizione americana: l'Ordinanza del Nord-Ovest riconobbe i diritti fondamentali degli abitanti della frontiera secondo lo schema delle dichiarazioni degli stati americani, e identificò un processo di espansione territoriale vincolato alla ammissione dei territori a stati dell'Unione «on an equal footing».

Benché certamente redatta con l'intento di costituire un ambiente giuridico favorevole alla colonizzazione, e dunque attrattivo dei capitali privati del New England tanto necessari per il risanamento del bilancio pubblico, e per quanto più rigida dell'Ordinanza del 1784 circa la definizione del governo della frontiera nella sua fase transitoria, l'Ordinanza non è assimilabile ad una carta coloniale, fondativa di territori dipendenti da una potenza esterna e colonizzatrice [26]. Per quanto, nella sua struttura istituzionale, il governo transitorio dei territori richiami i tratti organizzativi delle colonie americane prima dell'Indipendenza[27], l'Ordinanza fu tuttavia redatta nella prospettiva della rapida elevazione all'autogoverno dei soggetti politici organizzati oltre la frontiera. Essa rappresentò per gli abitanti della frontiera lo statuto di un processo fondativo a carattere democratico per una comunità politica in divenire, destinata a diventare parte integrante della Nazione americana. Anche i rilevanti interessi nella speculazione sulle terre, condivisi da parte dei rappresentanti politici federali e favoriti dalle pressioni delle *Companies*, non intaccano questa conclusione: tutta l'esperienza costituente americana è segnata dalla convergenza di interessi

[26] Come invece ritengono J.E. Eblen, *Origins of the United States colonial system: the Ordinance of 1787*, in *Wis. Mag. of Hist.*, 4/1968, p. 294 («The Northwest Ordinance prescribed the philosophical and structural framework for a United States colonial system based on that of the old British Empire») e, sulla sua scia, R.F. Berkhofer, *The Northwest Ordinance and the Principle of Territorial Evolution*, in J.P. Bloom (ed.), *The American Territorial System*, Athens, 1969, spec. p. 52; A.R.L. Carlton, *The Northwest Ordinance from the Perspective of the Frontier*, in R.M. Taylor (ed.), *The North West Ordinance 1787: a bicentennial handbook*, Indianapolis, 1987, pp. 1-23.

[27] L'affinità era riconosciuta dallo stesso Monroe, redattore della bozza dell'Ordinanza, in una lettera a Jefferson: J. Monroe a T. Jefferson (11 maggio 1786). V. soprattutto J.E. Eblen, *The First and Second United States Empires*, Pittsburgh, 1968, p. 42.

economici privati e grandi ideali politici[28]. L'ordine costituzionale della frontiera non fa differenza.

Al di là della sua veste formale e della sua stessa denominazione, che non la rende assimilabile né ad una Costituzione in senso stretto né ad uno *statute* con valore legislativo, l'Ordinanza esibisce un carattere costituente dell'ordinamento dei territori, rispetto ai quali pretende di stabilirsi come quadro regolativo permanente e progetto di emancipazione democratica coerente con i valori costituzionali della tradizione americana[29]. La presenza del *Compact* – vincolante non solo gli stati ma anche i cittadini – la aggancia saldamente alla tradizione del costituzionalismo americano, che tanto fu influenzato dalla matrice ideale del contrattualismo giusnaturalistico[30]. Per il rilievo dei suoi contenuti, la valenza costitutiva che presenta rispetto ai territori di frontiera, le connessioni e le assonanze con le Costituzioni degli stati e la Costituzione federale, l'Ordinanza va a pieno titolo annoverata tra i documenti fondativi del decennio costituente[31].

Negli anni a seguire essa rivestì un ruolo fondamentale nella formazione di una specifica cultura costituzionale della frontiera: circolò ampiamente attraverso testi scritti, fu citata nelle scuole, nei sermoni religiosi, nelle cerimonie pubbliche, nei dibattiti politici e nei lavori delle assemblee legislative; per gli abitanti dei territori de Nord-Ovest essa svolse quella funzione educativa e fondativa dei valori costituzionali della Nazione che, lungo le coste dell'Atlantico, era svolta dalla Dichiarazione d'Indipendenza[32].

---

[28] Inevitabile il rinvio a C.A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1925.

[29] C.G. Fritz, *American Sovereigns*, cit., p. 54; P.S. Onuf, *Statehood and Union*, cit., pp. 88 ss.

[30] Sul rapporto tra contrattualismo puritano e spirito della frontiera v. ora F. Tarzia – E. Ilardi, *Spazi (s)confinati. Puritanesimo e frontiera nell'immaginario americano*, Roma, 2015, spec. p. 19.

[31] D.P. Duffey, *The Northwest Ordinance*, cit., p. 933.

[32] P.S. Onuf, *From Constitution to Higher Law: The Reinterpretation of the Northwest Ordinance*, in *Ohio Hist. Journ.*, 1985, p. 7: «Shaping continuing discussion over first principles, the Ordinance functioned as a constitutional text, enabling Northwesterners to read into the exigencies of their own pioneer situation a powerful analogy of political creation drawn from the founding fathers themselves».

5. *La «culla vuota di una grande Nazione»: un paradigma imperialista per la frontiera*

I valori incorporati nell'Ordinanza del Nord-Ovest vennero presto sottoposti a profondi ripensamenti, in virtù dell'accentuazione di un paradigma imperialista della frontiera, coerente con un nuovo rapporto con il territorio e una nuova identità nazionale. È a partire da questo momento che la frontiera fu interpretata, secondo la visione di Tocqueville, come «la culla vuota di una grande Nazione»[33].

Il brusco mutamento avvenne in coincidenza con la presidenza di Thomas Jefferson (1801-1809), che realizzò l'espansione del territorio nazionale e fondò la pretesa di uno sviluppo continentale della Nazione americana.

Fu soprattutto la frontiera – il suo spirito di affermazione e conquista, la sua fame di terra e di espansione, la sua domanda di sbocchi commerciali – a nutrire se stessa. Una domanda che Jefferson seppe raccogliere ed interpretare. La frontiera dischiusa dalle cessioni degli stati all'indomani della rivoluzione era stata sempre concepita come il naturale spazio di sviluppo della Nazione americana, parte integrante del territorio nazionale e del suo progetto costituzionale; lo sviluppo territoriale oltre il Mississippi non era invece contemplato dai *Framers*, non corrispondeva alla loro idea d'America[34]. Eppure, poco dopo l'elezione di Jefferson, questo confine ideale venne rapidamente soppiantato da un inedito progetto imperialistico, ampiamente diffuso nel pensiero politico e nell'opinione pubblica americana[35].

---

[33] A. de Tocqueville, *La democrazia in America* (1835), tr. it. a cura di G. Candeloro, Milano, 1982, (il passo cit. è nel libro I, cap. 1, p. 39).

[34] Isolate, al tempo di Filadelfia, le visioni di uno stato pancontinentale di Gouvernour Morris e Alexander Hamilton. Cfr. J.G. Palfrey, *The Growth of the Idea of Annexation, and its breaking upon Constitutional Law*, in *Harv. Law. Rev.*, 1899-1900, p. 372.

[35] A.K. Weinberg, *Manifest Destiny. A study on nationalist Expansionism in American History*, Gloucester (Mass.), 1958, pp. 24 ss.

6. *Un repubblicanesimo di dimensione continentale*

Nella prospettiva di Jefferson, l'espansione territoriale si collegava alle idealità politiche del repubblicanesimo: nel primo messaggio sullo stato della Nazione, prendendo atto dell'impetuosa crescita della popolazione americana, egli vedeva nel «settlement of the extensive country still remaining vacant within our limits» la necessaria risorsa per evitare l'addensamento urbano e preservare il modello economico della piccola proprietà terriera[36]. Convinto della necessità di esportare in tutto il continente i valori americani di libertà e *self-government*, egli vide nel federalismo lo strumento per assicurare lo sviluppo della Repubblica su scala continentale: «Contrary to the principle of Montesqueiu – scrisse Jefferson – it will be seen that the larger the extent of country, the more firm its republican structure, if founded, not on conquest, but in principles of compact and equality»[37]. Il federalismo e l'uguaglianza dei diritti degli stati avrebbero garantito la realizzazione di un "impero per la libertà", secondo le parole di Jefferson[38].

Sin dagli anni del suo impegno nella Confederazione, Jefferson aveva maturato un interesse per i territori inesplorati dell'Ovest e per la ricerca di uno sbocco sull'Oceano Pacifico, così come una pressante preoccupazione per le esplorazioni europee delle regioni occidentali del continente nordamericano[39]: giunto alla presidenza, nel 1803 commissionò la spedizione di Meriwether Lewis e William Clark, un viaggio di scoperta della regione del Nord-Ovest oltre le Montagne Rocciose, destinata a fondare le pretese americane su quelle terre e

---

[36] T. Jefferson, *First Annual Message* (8 dicembre 1801).

[37] T. Jefferson a M. Barbé de Marbois (14 giugno 1817). Sulla critica jeffersoniana a Montesquieu, P.S. Onuf, *«The Strongest Government on Earth»: Jefferson's Republicanism, the Expansion of the Union, and the New Nation's Destiny*, in S. Levinson – B.H. Sparrow (eds.), *The Louisiana Purchase and American Expansion, 1803-1898*, Oxford, 2005, pp. 41 ss.

[38] Cfr. T. Jefferson, *Third Annual Message* (20 dicembre 1803).

[39] A. Taylor, *Jefferson's Pacific*, in D. Seefeldt – J.L. Hantman – P.S. Onuf (eds.), *Across the Continent: Jefferson, Lewis and Clark and the Making of America*, Charlottesville – London, 2005, p. 37.

contrastare le pretese di altre Nazioni[40]. Per quanto animata da una sincera curiosità intellettuale per le popolazioni native e la cartografia del continente, la spedizione mirava soprattutto al rapido insediamento di avamposti americani nella regione del fiume Columbia, per stabilire rotte commerciali alternative a quelle inglesi e fondare pretese di acquisizione territoriale[41]. Con la spedizione, gli Stati Uniti si allineavano ai metodi inaugurati alle soglie dell'età moderna dalle Monarchie europee prossime a fondare i loro imperi coloniali[42].

7. *Il* Louisiana Purchase

Nell'immediato, il principale obiettivo dell'espansione territoriale americana riguardava il porto di New Orleans, alla foce del Mississippi, compreso nella vastissima colonia spagnola della Louisiana, tra il Mississippi e le Montagne Rocciose[43].

---

[40] E.W. Gilbert, *The Exploration of Western America 1800-1850*, New York, 1966, pp. 105 ss.

[41] B. DeVoto, *The Course of Empire*, Boston, 1952, pp. 411 ss, spec. p. 430.

[42] G. Lawson – G. Seidman, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven – London, 2004.

[43] F.J. Turner, *The Significance of the Mississippi Valley in American History*, in Id., *The Frontier in American History*, cit., p. 188; M.D. Peterson, *Thomas Jefferson and the New Nation. A Biography*, London – Oxford – New York, 1975, pp. 745 ss.

Fonte: National Geographic.org. www.nationalgeographic.org/topics/resource-library-westward-expansion

Come raccontano i romanzi di Mark Twain [44], il fiume Mississippi rappresentava già la principale rotta commerciale per l'economia dei territori di frontiera: la navigazione – pur particolarmente complicata fino all'affermazione del battello a vapore – consentiva l'accesso ai mercati internazionali in tempi molto più rapidi rispetto all'attraversamento delle catene montuose che dividevano il *West* dai porti della costa atlantica. Tutti i fiumi della frontiera confluivano nel Mississippi e sfociavano nel Golfo del Messico a New Orleans, dove gli americani godevano di permessi di transito e stoccaggio delle merci concessi dalla Corona spagnola[45].

A seguito del passaggio della Louisiana nei possedimenti francesi, nel 1803, l'amministrazione di Jefferson avviò le trattative per l'acquisto dell'area di New Orleans, così da liberare il commercio lungo il Mississippi dalle interferenze internazionali. Nella prospettiva di Jefferson, «there is on the globe one single spot, the possessor of which is our natural and habitual enemy. It is New Orleans, through which the produce of three-eighths of our territory must pass to market»[46].

---

[44] Penso soprattutto a *Vita sul Mississippi* e *Huckleberry Finn*.

[45] A.P. Whitaker, *The Mississippi Question 1795-1803*, New York – London, 1934, pp. 79 ss.

[46] T. Jefferson a R.L. Livingston, U.S. Minister to France (18 aprile 1802).

Tuttavia, il passaggio poté realizzarsi soltanto con riferimento all'intero possedimento della Louisiana, che i francesi ritenevano troppo vasto e distante per poter essere efficacemente difeso e amministrato senza uno sbocco sul Golfo del Messico[47]. Il trattato con la Francia fu sottoscritto nel maggio del 1803: Napoleone ne ricavava una somma da investire nella campagna militare contro l'Inghilterra, ma soprattutto rinsaldava il legame con gli Stati Uniti, preoccupati dai rischi dell'occupazione francese della frontiera, e stroncava il riavvicinamento diplomatico tra Londra e Washington[48]; gli Stati Uniti acquisivano un territorio vastissimo, raddoppiando la propria estensione rispetto ai confini definiti con la guerra di Indipendenza.

8. *L'acquisto della Louisiana e la Costituzione federale*

La notizia dell'acquisto della Louisiana suscitò un dibattito politico vivacissimo, che si spostò immediatamente sul terreno dell'interpretazione costituzionale, denotando una profondità ed un'intensità paragonabile soltanto alla stagione della ratifica della Costituzione. Il Senato, in sede di ratifica del trattato, venne chiamato a dirimere i consistenti dubbi sulla base di legittimazione dell'acquisto di nuove terre attraverso un trattato internazionale, sulla possibilità di ammettere all'Unione nuovi stati non compresi nel territorio originario dell'Unione, e sulla legittimità della stessa alterazione degli equilibri geopolitici fondativi dell'Unione.

La Costituzione federale, infatti, non riconosceva esplicitamente la possibilità di estendere i territori federali mediante acquisto. I sostenitori della ratifica ritenevano che l'acquisto fosse pienamente legittimato dalla competenza della Federazione a concludere trattati internazionali; inoltre, seguendo l'opinione del segretario al Tesoro Albert Gallatin, la clausola costituzionale sull'ammissione di nuovi stati, così come quella relativa all'amministrazione federale sui territori, non dovevano considerarsi limitate agli stati e ai territori

[47] E. Wilson Lyon, *Louisiana in French Diplomacy, 1759-1804*, (1934), Norman, 1974, pp. 191-2.

[48] E. Wilson Lyon, *Louisiana in French Diplomacy*, cit., pp. 202-6.

esistenti nel 1787: a Filadelfia, le proposte per la specificazione di questo limite erano state volutamente rigettate dai *Framers*[49]. Jefferson, pur avendo negoziato il trattato, non condivideva l'opinione del suo segretario: coerentemente con la propria visione della Costituzione e delle competenze federali, il Presidente rifiutava un'interpretazione del *treaty power* federale indifferente al riparto costituzionale delle competenze: nella sua prospettiva, la competenza a concludere trattati non autorizzava il Governo federale a superare i limiti delle competenze enumerate, ma andava sottoposta ad una *strict construction*, connettendo l'attività di diritto internazionale al mero sviluppo delle competenze federali, come già per la clausola sui poteri impliciti[50]. Per questo, egli avanzò l'ipotesi di un emendamento costituzionale che autorizzasse l'acquisto del territorio: una posizione che, tuttavia, venne condivisa soltanto da figure isolate, come John Quincy Adams[51], e che finì per essere superata da un dibattito teso tra alternative più nette.

A fronte di una maggioranza saldamente schierata a favore della semplice ratifica, in Senato i principali oppositori erano i federalisti del New England, che vedevano minacciato il volume d'affari dei porti atlantici dalla concorrenza di New Orleans e temevano la crescita del peso politico ed economico del Sud rispetto al delicato equilibrio raggiunto a Filadelfia, rimasto inalterato nell'espansione della prima frontiera[52]. Essi muovevano anzitutto una critica politica a Thomas Jefferson, eletto reclamando la difesa delle prerogative degli stati e protagonista ora del più clamoroso allargamento dei poteri del Governo federale. Ma il maggiore argomento di resistenza concerneva l'interpretazione costituzionale: come sarebbe accaduto di frequente

---

[49] E.S. Brown, *The Constitutional History of the Louisiana Purchase 1803-1812*, Berkeley, 1920, p. 20.

[50] D.M. Golove, *Treaty-Making and the Nation: The Constitutional Foundations of the Nationalist Conception of the Treaty Power*, in *Mich. Law Rev.*, 1/2000, pp. 207 ss.

[51] Secondo Adams, tuttavia, anche la popolazione della Louisiana aveva il diritto di esprimersi circa l'annessione agli Stati Uniti.

[52] E.S. Brown, *The Constitutional History*, cit., p. 33; A.F. Simpson, *The Political Significance of Slave Representation, 1787-1821*, in *Journ. of South. Hist.*, 3/1941, p. 326.

nella successiva storia politica americana [53], l'opposizione all'espansione dei poteri della Federazione si basò su di un'interpretazione contrattualistica ed originalista della Costituzione. Essa consisteva in un *Compact* basato su di un equilibrio strategico tra gli stati fondatori, il cui mutamento richiedeva un consenso unanime; né l'*Admission clause* né la competenza a regolare i territori potevano essere interpretate oltre i confini del territorio posseduto al momento del *Compact*[54]. La replica di Jefferson fu affidata al messaggio inaugurale del suo secondo mandato presidenziale: «I know that the acquisition of Louisiana has been disapproved by some, from a candid apprehension that the enlargement of our territory would endanger its union. But who can limit the extent to which the federative principle may operate effectively?»[55]. Nella visione di Jefferson, il principio federale avrebbe consentito all'Unione di assecondare l'irresistibile espansione occidentale, garantendo al contempo l'autogoverno delle comunità territoriali e una solida organizzazione repubblicana[56].

Il trattato fu rapidamente ratificato dal Congresso, ma il dibattito non aveva sciolto i consistenti dubbi sulla sua costituzionalità. Questi vennero superati solo grazie al contributo della Corte Suprema, la quale dapprima in *Sere v. Pitot* (1810) riconobbe al Governo federale «the right to acquire and to hold territory»[57], quindi, in *American Insurance Co. v. Canter* (1828) affermò ancora più chiaramente che «the government possesses the power of acquiring territory, either by conquest or by treaty»[58]. L'avallo della Corte all'azione politica di Jefferson era certamente coerente con la visione di Marshall delle competenze federali in politica estera, e tuttavia indicava il consolidamento, anche oltre i confini dell'*establishment* repubblicano, della politica espansionista inaugurata con il *Louisiana Purchase*.

---

[53] Mi riferisco, evidentemente, alla dottrina della *Nullification* di Calhoun.

[54] R. Knowles, *The Balance of Forces and the Empire of Liberty: States' rights and the Louisiana Purchase*, in *Iowa Law Rev.*, 1/2003, pp. 373 ss.

[55] T. Jefferson, *Second Inaugural Address* (5 marzo 1805).

[56] P.S. Onuf, *Jefferson's Empire*, cit., p. 53.

[57] S. Ct., *Sere v. Pitot* (1810).

[58] S. Ct., *American Insurance Co. v. Canter* (1828).

9. *L'imperialismo americano e i nativi*

Jefferson aveva sempre concepito il rapporto con i nativi nei termini di una missione civilizzatrice: sin dalle *Notes on the State of Virginia*, rigettando qualsiasi pregiudizio di inferiorità naturale, egli giudicava i nativi americani uguali ai bianchi, ma anche «popoli barbari» che gli Stati Uniti avrebbero dovuto «civilizzare», radicando oltre la frontiera i valori universali della libertà, ed inglobare all'interno della Nazione[59]. La filantropia jeffersoniana nei confronti dei nativi proseguì negli anni[60], e non venne meno durante la sua presidenza: trovandosi a redigere una bozza di emendamento costituzionale per la ratifica del *Louisiana Purchase*, egli vi inserì una clausola sulle relazioni con i nativi americani residenti nei territori annessi, che avrebbero dovuto ispirarsi allo sviluppo «of commerce, peace and good understanding»[61]. Una formula che richiamava la clausola della «massima buona fede» contenuta nell'Ordinanza del Nord-Ovest. Tuttavia, nei piani di Jefferson gli indiani avrebbero dovuto apprendere i costumi degli americani, «give up war and hunting … and adopt the culture of the earth»[62], adeguandosi alla condizione di vita stanziale secondo il modello ideale del piccolo *farmer*[63].

Il progetto di espansione imperiale inaugurato da Jefferson avrebbe però condotto ad una revisione e ad un inasprimento delle relazioni con i nativi, che avrebbe raggiunto l'apice durante la presidenza di Jackson, quando prese corpo la rimozione forzata dei

---

[59] T. Jefferson, *Notes on the State of Virginia*, (1781-1785), in *Thomas Jefferson Writings* (ed. M.D. Peterson), New York, 1984, pp. 184-7. P.S. Onuf, *Jefferson's Empire*, cit., pp. 18 ss.

[60] B. Sheehan, *Seeds of Extinction. Jeffersonian Philanthropy and the American Indian*, Chapel Hill, 1973; nonché, ora, R.J. Miller, *Native America, Discovered and Conquered. Thomas Jefferson, Lewis & Clark, and Manifest Destiny*, Westport (Ct.) – London, 2006, pp. 84-6; B. Steele, *Thomas Jefferson's Gender Frontier*, in *The Journ. of Am. Hist.*, 1/2008, p. 19.

[61] E.S. Brown, *The Constitutional History*, cit., p. 38.

[62] T. Jefferson a Captain Hendrick, the Delawares, Mohicans and Munries (21 dicembre 1808).

[63] Cfr. le lettere di T. Jefferson a B. Hawkins (18 febbraio 1803) e a W.H. Harrison (27 febbraio 1803).

nativi verso le terre occidentali oltre le Montagne Rocciose. Anche le categorie giuridiche avrebbero risentito di questo nuovo corso: nel 1823, venne perfezionata e consolidata: in *Johnson v. M'Intosh* Marshall affermò che l'inquadramento del diritto dei nativi sulle terre quale mero diritto di occupazione risaliva indietro nel tempo, fino all'ordinamento coloniale[64]. Secondo l'opinione della Corte, le potenze coloniali avevano acquisito tramite la scoperta un «ultimate dominion» sulla terra, consistente nel potere di «grant the soil, while yet in possession of the natives»; a fronte di questo diritto si poneva il corrispondente diritto dei nativi, considerati «rightful occupants of the soil, with a legal as well just claim to retain possession of it»[65]. Sulla base di questa distinzione, la Corte rifiutò di riconoscere alle tribù indiane qualsiasi potere di alienazione della terra a privati, rigettando le pretese degli speculatori che avevano proceduto all'acquisto di terre aggirando il monopolio federale[66].

La stagione della filantropia e dei tentativi di civilizzazione era terminata: lo stesso Jefferson, nella corrispondenza intrattenuta dal suo ritiro di Monticello, ne prendeva tristemente atto, preparando la scena per le rimozioni delle tribù, rese ora possibili dalla disponibilità delle vastissime terre occidentali[67].

10. *Dall'*Empire of Liberty *al* Manifest Destiny

Negli ultimi decenni ha preso corpo nella storiografia una critica dell'imperialismo americano ottocentesco che ha messo in discussione anzitutto il rapporto col territorio di frontiera, assimilato al canone

[64] J.H. Lengel, *The Role of International Law in the Development of Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court: The Marshall Court and American Indians*, in *Am. Journ. of Leg. Hist.*, 2/1999, spec. pp. 123 ss.

[65] S. Ct., *Johnson v. M'Intosh* (1823). V. pure M.S. Ball, *Constitution, Courts, Indian Tribes*, in *Am. Bar Found. Res. Journ.*, 1/1987, p. 23.

[66] R.J. Miller, *Native America*, cit., p. 52.

[67] C.B. Keller, *Philanthropy betrayed: Thomas Jefferson, the Louisiana Purchase, and the Origins of federal Indian removal policy*, in *Proceedings of the Am. Phil. Soc.*, 1/2000, pp. 56 ss.

della colonizzazione[68]. Devo qui chiarire in quale misura questa lettura può essere accolta: l'uso del termine «colonial» per definire il sistema di amministrazione dei territori risale allo stesso James Monroe[69], e fu in uso tra i membri del Congresso confederale che adottarono la Grande Ordinanza del 1787, nonostante il loro comune astio nei confronti dell'Impero britannico e delle prassi coloniali. Tuttavia, in una prima fase, coincidente con l'adozione dell'Ordinanza del Nord-Ovest e con la prima popolazione dei territori del Nord-Ovest, all'espansione territoriale si associò un progetto emancipativo, motivato da una tensione egualitaria sia rispetto ai soggetti statali, da incorporare «on an equal footing», sia rispetto alla popolazione della frontiera[70]. Nei protagonisti di quella stagione, l'idea stessa di repubblica si definiva in una prospettiva emancipatrice e antitetica rispetto alla lunga vicenda coloniale subita dagli americani, e l'unione federale a cui i territori erano destinati ad aderire rappresentò un meccanismo associativo tra pari che scardinò ogni gerarchia nel rapporto tra centro e periferia[71].

Perfino nei rapporti con i nativi il primo progetto per la frontiera implicava un approccio cooperativo. È vero che esso tradiva una prospettiva assimilatrice, come è evidente negli scritti di Jefferson di questa stagione; né mancarono frodi e violenze nell'acquisizione delle terre, sia nei rapporti tra privati che nei rapporti tra il Governo

---

[68] In dottrina: J.E. Eblen, *Origins of the United States colonial system: the Ordinance of 1787*, in *Wis. Mag. of Hist.*, 4/1968, pp. 294 ss., nonché Id., *The First and Second United States Empires*, cit., spec. p. 18. Un approccio critico degli assetti dell'amministrazione territoriale anche in R.F. Berkhofer, *The Northwest Ordinance and the Principle of Territorial Evolution*, in J.P. Bloom (ed.), *The American Territorial System*, Athens, 1969, pp. 45, 52; Id, *Americans versus Indians: The Northwest Ordinance, Territory making and Native Americans*, in *Ind. Mag. of Hist.*, 1/1988, pp. 90 ss.

[69] J. Monroe a T. Jefferson, 11 maggio 1786.

[70] P.S. Onuf, *Jefferson's Empire*, cit., spec. p. 39: «Provision for the creation of new and equal republican states in the hinterland … meant that the federal government would never be able to develop a system of colonies or client states in the West». V. pure A. Bestor, *Constitutionalism and the Settlement of the West*, in J.P. Bloom (ed.), *The American Territorial System*, cit., p. 33; P.N. Limerick, *The Legacy of Conquest*, cit., 79.

[71] P.S. Onuf, *Statehood and Union*, cit., p. 72.

federale e le tribù[72]. Fu solo più tardi, a partire dal *Louisiana Purchase*, e poi via via sempre più marcatamente, che le relazioni con i nativi assunsero le forme tipiche dei processi coloniali, con lo sviluppo di una politica di conquista, in significativo parallelo con l'adozione di una strategia unilaterale nei rapporti internazionali. Interpretare l'intera esperienza della frontiera attraverso la lente dei rapporti metropoli-colonia può pertanto risultare parziale e fuorviante.

È tuttavia evidente il cambio di paradigma imposto dalla presidenza di Jefferson – in sintonia con i sentimenti e le esigenze maturate nella vita di frontiera – per una espansione sempre più rapida della Nazione sull'intero continente. Un obiettivo da raggiungere anche a costo di profondi ripensamenti dei caratteri differenziali della democrazia americana rispetto alle prassi europee, fino alla declinazione, senza remore, dell'idea di *Empire*[73], evocativo nella società americana di un passato di minorità.

* * *

Vi sono molte ragioni per credere nella genuinità della fiducia che Jefferson ripose nelle virtù del principio federale quale garanzia di un governo liberale e democratico pur all'interno di un'organizzazione politica a carattere imperiale e continentale: «I am persuaded no constitution was ever before so well calculated as ours for extensive empire & self government»[74].

E tuttavia, l'*Empire of Liberty* jeffersoniano fu il paradigma fondativo di un nuovo nazionalismo americano che avrebbe presto assunto la forma del *Manifest Destiny*[75] ed avrebbe dunque legittimato, a partire dalla presidenza di Polk, campagne militari, occupazioni e conquiste territoriali per l'espansione del dominio continentale della Nazione. Un modello di espansione nazionale

[72] Sul punto, inevitabile il richiamo a F.P. Prucha, *The Great Father: The United States Government and the American Indians*, II vol., Lincoln – London, 1984, spec. pp. 39 ss.

[73] T. Jefferson al Presidente degli Stati Uniti J. Madison (27 Aprile 1809).

[74] *Ibidem.*

[75] A.K. Weinberg, *Manifest Destiny. A study on nationalist Expansionism in American History*, Gloucester (Mass.), 1958.

destinato a ripercuotersi negativamente sui diritti dei nativi, e a lasciare tracce molto profonde nel modello dei rapporti tra la nazione americana e il mondo.

***

ABSTRACT: The essay analyzes Thomas Jefferson's vision of the West. Compared to the other founding fathers, Jefferson has always devoted to the West a peculiar interest, with the aim to foster American western expansion and thus transplant in the frontier the principles of republican government. The essay argues that Jefferson has had a twofold attitude toward the frontier throughout his long political life: a first approach, particularly evident in his contribution to the drafting of the Northwest Ordinance, based on a project of democratic empowerment of local communities of the West, including natives, whose rights were to be acknowledged; a second approach, evident in the debate raised by the Louisiana Purchase, influenced by the priority of territorial westward expansion. This last approach favored a partial redefinition of Jefferson's ideal of republican government, and paved the way to the Manifest Destiny.

KEYWORDS: Thomas Jefferson, Frontier, West, Northwest Ordinance, Louisiana Purchase.

Andrea Buratti – Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università di Roma Tor Vergata

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Recensione a M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne,* Raffaello Cortina, Milano, 2020*

Giusi Sorrenti

Come recita il titolo del bel titolo del libro di Marilisa D'Amico, quella tra i due generi è una "parità ambigua", constatazione che pone sin dall'inizio la necessità di comprendere le possibili ragioni della scelta di un simile aggettivo.

Di certo è in quell'inestricabile intreccio tra eguaglianza/differenza, tra diversità da neutralizzare o da valorizzare, tra scelta di tecniche normative *gender blind* o *gender conscious* – in cui la riflessione, non solo giuridica, ma anche filosofica sul tema, inevitabilmente si imbatte – che risiede la peculiarità della parità di genere. Così come tale peculiarità è rinvenibile nella sovrapposizione tra due somme categorie, il soggetto e la persona: nel percorso dal codice napoleonico alla Costituzione italiana, la prevalenza concettuale nel testo normativo fondamentale viene via via assegnata alla persona, non al soggetto, nel senso che ogni essere umano è valutato nella sua personalità specifica e non nell'astrattezza soggettiva, è l'*homme situé* di Bobbio, inserito in peculiari situazioni. Oggi potremmo pure dire la *femme situé*, non la donna astratta. Ed infine, tale peculiarità sta nella tensione tra l'eguaglianza e le esigenze della libertà, che si coglie nella problematica posta dall'uso del linguaggio sessista rispetto alla copertura dell'art. 21 Cost.: se tale uso conduce a perpetuare le basi della discriminazione, non supera forse il limite della libertà di manifestazione del pensiero.

Ma, innanzitutto, la parità è perennemente *ambigua* se siamo ancora oggi costretti a registrare un marcato *divario* tra la solennità

* Il presente scritto riproduce, rielaborata e corredata di note a piè di pagina, la relazione presentata dall'A. al *webinar* dal titolo *Una parità ambigua: Costituzione e diritti delle donne*, *Presentazione del libro di Marilisa D'Amico*, svoltosi il 18 dicembre 2020, sulla piattaforma *Microsoft Teams*. L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo.

del principio di eguaglianza, oggi assistito da un robusto armamentario, *da un lato*, e la realtà effettuale, non ancora del tutto soddisfacente, *dall'altro.* E ciò pure a distanza di secoli dalla *Declaration des droits de la femme et de la citoyenne* del 1791 di Olympe de Gouges, che proclamava specifici diritti delle donne come soggetti distinti dagli uomini e dalla *Vindication of the Rights of women* del 1792 propugnata da Mary Wallstoncraft.

La divaricazione è in parte dovuta alla mancata percezione dell'unitarietà di contenuto dell'art. 3 Cost., che può essere recuperata valorizzando l'inciso della "pari dignità sociale" presente nel I comma. Anteposta al principio egualitario, la pari dignità sociale lo carica di implicazioni sostanziali e vale ad imprimergli un dinamismo ed una tensione evolutiva che da solo il principio non avrebbe. Il benefico influsso della formula sta nel decretare l'insufficienza di una visione statica della società corrispondente alla concezione ottocentesca maturata dall'*Establishment* borghese, che si è sovrapposta – come nota Roberto Bin in *Ideologie e rule of law*[1] – al riconoscimento illuministico e *universale* dei diritti (e dei doveri).

Parificare, in modo che tutti possano fruire dell'astratta libertà, vale *invece* nel senso *originario* ad innescare un mutamento dell'assetto economico-sociale, corrispondente all'idea di «democrazia pluralistica» prefigurata in Costituzione. In altri termini comporta – come scrive Silvestri – una «convivenza dinamica di soggettività individuali e collettive diverse»[2], nella quale l'eguaglianza va vista come strumentale alla libertà, perché in definitiva si risolve in un processo di liberazione ben più ampio del mero affrancamento *dal* bisogno.

La formula "pari dignità" – a patto che non la si riduca a «semplice enfatizzazione retorica delle basi sostanziali dell'eguaglianza formale» o a mero riferimento alla nozione di "dignità della persona"[3]

---

[1] R. Bin, Rule of law *e ideologie*, in G. Pino - V. Villa (a cura di), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, p. 37 ss.

[2] G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in M. Cartabia - T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'eguaglianza*, Milano, 2008, p. 8.

[3] Ivi, p. 13. Sulla formula v. anche G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, t. II, Milano, 1973 e A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, p. 47, nonché più di recente M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir.*

– costituisce la migliore chiave di lettura dell'art. 3 Cost. Essa in particolare non può alludere soltanto all'equivalenza sul piano assiologico di ciascun essere umano, indipendentemente dal gradino occupato nella scala sociale[4]. Così ragionando, da un lato, risulterebbe svuotata di senso l'attribuzione *a tutti* dei *medesimi* diritti se, in una visione mummificata della società, essi non potessero in partenza *mai* essere esercitati alle stesse condizioni; dall'altro, si priverebbe il precetto di reali ricadute giuridiche proprio in relazione alla tematica dell'eguaglianza, con la quale invece – come osservava Ferrara – esso è strettamente connesso, sia sintatticamente che concettualmente[5].

Affermare la pari dignità comporta, in definitiva, che «la diversità di rilevanza sul piano sociale» delle persone, sia ammissibile «*solo* in base alle capacità ed ai meriti»[6] e, per converso, non tolleri di essere intaccata a causa dell'assenza di altri tipi di *status*, implicando – in altri termini – che capacità e meriti personali possano essere *liberamente* dispiegati, senza incontrare arbitrarie e precostituite limitazioni.

In questo senso, la clausola – nell'architettura del disposto costituzionale – non è tanto una *premessa* dell'eguaglianza, quanto una sua *promessa*, un elemento teleologico che imprime al principio di eguaglianza un movimento verso la ricomposizione della scissione «tra tutela astratta e tutela concreta dei diritti, tra eguaglianza formale ed eguaglianza di fatto»[7]. Perciò la sua affermazione non indica solo «un metodo» della legislazione, «ma anche un fine», per quanto «non ultimo» – un obiettivo che contrassegna finalisticamente, nelle parole dell'onorevole Moro all'Assemblea Costituente, il carattere

---

priv., 1/2007, p. 67 ss.; A. Guazzarotti, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche: profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, p. 196 ss.; M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale: la dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, con pref. di E. Cheli, Firenze, 2010; L. Sitzia, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011; M. Ruotolo, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in *Lex social*, 2/2013; A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *ConsultaOnLine*, 3 giugno 2018, p. 398.

[4] V. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, p. 1017.

[5] G. Ferrara, *La pari dignità sociale*, cit., p. 1091.

[6] G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, cit., p. 9.

[7] *Ibidem.*

democratico di uno Stato – e imprime a tutta la disposizione – come nota ancora Silvestri – «una spinta verso il cambiamento ben lontana dalla pura conservazione di posizioni acquisite»[8].

Ne deriva che, *ricucendo* il complesso dettato della disposizione, il riferimento alla dignità non può che alludere – in nome dell'effettività delle *Lebenchancen* di cui dispone ciascuno – alla *pari possibilità di scegliere la propria posizione all'interno della compagine sociale*[9]. La promozione dello sviluppo personale implica la possibilità di «prendere parte alla *vita* della comunità», come una di quelle "funzioni vitali" che per Amartya Sen costituiscono la dimensione più rilevante per l'analisi delle disuguaglianze[10].

Nei divieti esplicitamente sanciti trova espressione, in sintesi, un moto di emancipazione collettiva[11], una rivendicazione di vasta portata, avanzata da categorie o insiemi di soggetti sottoposti tradizionalmente a trattamenti deteriori. In questa mutata prospettiva anche le "discriminazioni alla rovescia" – in nome della "tutela positiva dell'eguaglianza", come la definiva Alessandro Pizzorusso[12] – non sono mere eccezioni, *tollerate* dall'ordinamento in quanto rotture

[8] *Ibidem*, spec. p. 9 e p. 15.

L'insegnamento è ben recepito da M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, 2018, che, sulla sorta di un'accurata indagine dei lavori dell'Assemblea Costituente (p. 24 ss.), vede nella pari dignità sociale un «concetto dinamico, a differenza dell'eguaglianza formale», in grado di innescare all'interno di quest'ultima un «rovesciamento di significato» (spec. p. 25 e p. 16). La formula, mettendo in comunicazione la «vocazione universalistica» del primo comma con l'«attenzione al pluralismo e al particolarismo delle situazioni concrete» insita nel secondo, evidenzia tra le due declinazioni dell'eguaglianza «una linea di progressione», affermazione «tanto più vera» proprio «con riferimento all'eguaglianza senza distinzioni di sesso» (16).

[9] M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni*, cit., p. 17, nt. 22.

[10] A. Sen, *On economic inequality*, Oxford 1973, p. 199.

[11] Sottolinea a più riprese la portata emancipatoria dei singoli divieti di discriminazione, seriamente offuscata dalla loro riconduzione alla formula consueta dell'eguaglianza-ragionevolezza, M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, Milano, 1991, p. 25 s., 45 e spec. 126.

[12] A. Pizzorusso, voce *Eguaglianza (diritto)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1993, par. 4.

della sua veste formale, ma «*corollari necessari*»[13] di quegli stessi divieti.

La ricomposizione dell'unitarietà dell'art. 3 Cost. è essenziale nella lotta a tutte le forme di discriminazione in base ai vari fattori per cui esse si sono storicamente manifestate. Come esempio dei guasti prodotti dalla logica binaria di inquadramento tra I e II comma nella questione di genere valgano brevemente due ordini di considerazioni.

1) Nel settore del diritto del lavoro, come rileva un numero crescente di osservatori statistici (tra cui il Rapporto dell'ILO e quello della Commissione europea), il contributo femminile sconta ancora molte penalizzazioni, più gravi in Italia che in altri Paesi europei: basso tasso di occupazione; "segregazione orizzontale" (in appositi comparti produttivi), "segregazione verticale" (preclusiva dei livelli professionali più elevati), "tetto di cristallo", *gender pay gap* (l'A. pragmaticamente nota che è come se le donne cominciassero ad essere retribuite dalla seconda metà di febbraio): è questa l'ampiezza del *cahier de doleances*.

È evidente come la "de-segregazione" delle donne possa realizzarsi solo a patto di incidere sulle condizioni socio-economiche ed istituzionali, che vi concorrono. Queste sono identificabili – secondo l'analisi sociologica di L. Gallino[14] – nella convergenza tra gli interessi capitalistici ad avvalersi di una forza-lavoro continuativa (coincidente con quella maschile) e gli interessi del Governo al contenimento della spesa sociale (grazie alla prestazione dell'attività femminile negli ambiti familiari e domestici).

Si richiede di conseguenza che adeguati supporti di *Welfare* sopperiscano e/o sostengano il ruolo "di cura" tradizionalmente ricoperto dalle donne, in modo prevalente, quando non in modo tendenzialmente esclusivo. In mancanza, la stessa eliminazione dei trattamenti differenziati attraverso l'uso di tecniche legislative livellatrici (*gender blind*) potrebbe rivelarsi *persino* controproducente, appesantendo *ulteriormente* la condizione femminile. La conseguenza sarebbe – come già accaduto in Italia alla

[13] M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., p. 98 (c.vo testuale). V. anche A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, p. 37.

[14] L. Gallino, *Dizionario di sociologia*, Torino, 2014, p. 255.

fine degli anni Ottanta – di rendere necessario un ripiego sulle "politiche della differenza".

Lo sviluppo di una legislazione di protezione – tipicamente della maternità – genera una peculiarità del modello italiano: la pacifica convivenza tra l'obiettivo della *protezione* e quello della *parità*, considerati per lo più in antitesi in altri ordinamenti, coesistenza tuttavia armonica soltanto in apparenza.

Per esempio, quanto al congedo parentale – istituto formalmente paritario – si nota come, in presenza di retribuzioni femminili inferiori – e del basso valore dell'indennità – risulti comunque conveniente che ad usufruirne sia la madre (al di là dell'estensione del congedo obbligatorio, previsto per il padre: ora portato – come ricorda l'A. – a 7 giorni con la legge di bilancio 2020). Si consolida pertanto il convincimento per cui solo il lavoro maschile è del tutto continuativo (ciò che risponde agli interessi delle imprese) e al contempo non si esercita (perché non necessaria) alcuna pressione volta alla modifica dell'organizzazione dell'azienda.

La svalutazione del lavoro delle donne, oltre a stridere fortemente con il loro alto grado di istruzione – in una paradossale "forbice" tutta nostra e con serio spreco di risorse professionali nel Paese – promette di aggravarsi con l'attuale crisi economica (per non parlare dell'impatto della pandemia in corso). Ciò non solo per il progressivo smantellamento dello Stato sociale, ma anche a causa della risposta governativa, che in passato non ha saputo elaborare soluzioni alternative all'approccio del *Jobs Act*: la corrispondente precarizzazione e flessibilizzazione del lavoro producono, infatti, ricadute asimmetriche sui due sessi e maggiormente incidenti su quello femminile, essendo il lavoro parziale – per le ragioni già dette – quello preferito dalle donne.

2) Il secondo ordine di considerazioni riguarda l'accesso agli organi elettivi e alle più elevate cariche istituzionali.

Nella sfera pubblica, il maggior limite alla parità è venuto dell'equivoco che ha indotto a ritenere che la richiesta di maggiore partecipazione riflettesse un bisogno di appagare interessi distinti. "di categoria", contraddicendo perciò la natura universale e generale della rappresentanza politica.

A tali caratteri dovrebbe conseguire infatti l'*indifferenza* – anche di genere – del rappresentante.

Tuttavia, come ha dimostrato da tempo L. Carlassare, tale indifferenza è un'"idea falsa". Non solo il sesso del rappresentante è stato sempre *talmente non* indifferente da costituire storicamente un *requisito* per l'elettorato attivo e passivo: l'"universale neutro" – tutti i cittadini – adottato in questa materia – si reggeva infatti su una tacita identificazione con il maschile, dalle origini dello Stato liberale fino allo Statuto albertino. *Ma, ulteriormente*, sul piano propriamente teorico, la pretesa partecipativa femminile non si presta a essere ricondotta a un'idea di *mirror representation* (appunto scorretta e da rifiutare integralmente secondo Kymlicka)[15]: ciò perché la componente femminile della comunità non è affatto equiparabile ad un gruppo, una categoria o una *lobby*, ma riflette la declinazione necessaria e originaria del genere umano.

Tale pretesa, dunque, si fonda su un'istanza di compimento della pienezza del principio democratico, promuovendo la partecipazione alle assemblee elettive di metà (anzi attualmente più) del "popolo sovrano".

Acquisita pienamente la nuova impostazione a partire dalla sent. n. 49/2003 (seguita dalla sent. n. 4/2010, sulla c.d. "doppia preferenza di genere"), la giurisprudenza costituzionale tiene però opportunamente fermo il limite delle misure "orientate al risultato": vi osta la libertà di scelta dell'elettore e lo stesso punto di riferimento assiologico centrale, che abbiamo visto essere quello della pari dignità sociale: da esso discende che le donne, lungi dall'essere tutelate, sarebbero lese nella loro dignità se ricevessero privilegi indipendentemente dal merito.

Nello stesso limite sembrano destinate ad incorrere tutte le richieste di una riserva quantitativa di posti e posizioni negli incarichi pubblici, dato il carattere squisitamente politico dell'atto di nomina.

In merito, alcune significative novità sono intervenute in anni recenti per l'ipotesi in cui le nomine riguardino i componenti di un organo collegiale: con riferimento alla composizione delle Giunte regionali, la sent. n. 81/2012 della Corte costituzionale – rafforzando un indirizzo che cominciava a delinearsi in seno al vertice della giustizia amministrativa – ha affermato la sindacabilità dell'atto politico di nomina degli assessori in nome dell'immediata precettività

[15] R. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale (1995)*, Bologna, 1999, p. 241.

dell'art. 51 Cost., che vale a circoscrivere l'esercizio della discrezionalità politica. Nella stessa decisione i giudici costituzionali, rivitalizzando i principi statutari (cui era stata negata in passato natura giuridicamente vincolante) hanno riconosciuto pieno carattere cogente alle norme, eventualmente presenti nello Statuto regionale, che prevedano il principio della parità di genere nella composizione degli organi esecutivi.

Una conquista importante, perché travalica l'orizzonte della mera eguaglianza delle *chances* per orientarsi verso obiettivi di riequilibrio effettivo.

Ciò chiarito, sarebbe tuttavia una grave distorsione ritenere ancora oggi che le rivendicazioni avanzate (riguardo all'accesso agli organi elettivi e alle più alte cariche politiche) siano intese a compensare, attraverso meccanismi di assegnazione automatica, una presunta "inferiorità" qualitativa della componente sottorappresentata (svilendone perciò stesso la dignità e scivolando verso un *paternalismo* che guarda alle donne come una sorta di "specie protetta"); *piuttosto* esse costituiscono una reazione alla meraviglia che desta la difficoltà di rinvenire figure femminili di valore al momento di procedere alle più rilevanti nomine istituzionali ed induce, in definitiva, a riflettere sulla *vischiosità* degli ostacoli – storicamente ben radicati – che ancora oggi intralciano la piena visibilità della donna nella sfera pubblica.

Il piano politico offre anch'esso eloquente testimonianza dell'interazione tra soluzioni giuridico-formali e elementi di fatto: tra questi spiccano le logiche, ancora prevalentemente *corporativistiche*, cui improntano la loro azione i partiti politici: a questa allude l'Autrice, quando osserva che oggi la democrazia paritaria sembra raggiunta a tutti i livelli legislativi, dagli enti locali al Parlamento europeo e purtuttavia non può dirsi ancora effettiva per ragioni culturali[16].

Detto per inciso, questo radicamento culturale è stato ampiamente studiato da Eva Cantarella, che rinviene nella civiltà greca, non a caso culla della nostra civiltà, le origini della misoginia del pensiero occidentale e degli striscianti pregiudizi che lo caratterizzano: "ambiguo malanno" è la definizione della donna che

[16] M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano 2020, p. 113 s.

Euripide affida alle parole di Ippolito, il giovinetto che interroga accoratamente Giove sul perché gli uomini non possano riprodursi altrimenti se non ricorrendo alle donne. E mi piace ricordare l'analisi storica di Marina Graziosi su alcuni istituti del diritto penale, l'*infirmitas sexus* o *fragilitas sexus* o ancora l'*imbecillitas sexus*, su cui il legislatore ha per secoli fondato il divieto per le donne di testimoniare o una disciplina speciale della loro imputabilità, ricordando come persino l'illuminismo, già nell'età moderna, riconduca la cancellazione del divieto più al principio del libero convincimento del giudice che non alla revisione delle antiche convinzioni.

Tornando alle logiche corporativistiche predominanti in campo politico: si pensi alle prime prassi applicative della legge elettorale vigente, la n. 165/2017, c.d. *Rosatellum-bis*.

La legge prefigura, *per la composizione alternata delle liste bloccate che valgono per l'assegnazione dei seggi con il sistema proporzionale*, il rapporto di 60 % a 40 % (in ciò riducendo le opportunità per il sesso di fatto sotto-rappresentato rispetto all'*Italicum*, dove l'omologo limite era fissato al 50 %). Tale arretramento è però compensato dal fatto che è stata abolita la possibilità della *preferenza unica*, viceversa consentita nell'*Italicum*, che vanificava la composizione alternata delle liste.

Il vero *punctum dolens* della disciplina è l'aggiramento delle tecniche di promozione del genere sottorappresentato cui essa si presta, al momento dell'attribuzione di un terzo dei seggi in virtù di collegi uninominali: è infatti invalsa la tendenza nelle ultime elezioni, a destinare in tali collegi le candidature femminili alle circoscrizioni più incerte e malsicure.

Ancora più accentuato, rispetto alle assemblee rappresentative nazionali, lo squilibrio registrato nei Consigli regionali, in cui la presenza femminile si attesta, marcando un arretramento notevole, intorno al 17%. Clamoroso il recente caso pugliese, laddove la violazione delle regole vigenti per la composizione delle liste (a garanzia dell'alternanza nelle candidature) ha suscitato la pronta quanto inaspettata reazione del Governo.

Si rende necessario – secondo l'esortazione di Rosanna Tosi[17] – un investimento volto a modificare le prassi che accompagnano l'esercizio del potere politico.

In questo modo tra l'altro si può ovviare all'obiezione della *sameness*, che viene mossa nel dibattito statunitense al *discorso antidiscriminatorio* – pure, anche se non sempre a ragione, nella variante (sostenuta da Barbara Pezzini)[18] che qualifica tale discorso nel senso dell'"antisubordinazione", contraddistinta dall'obiettivo dell'affrancamento femminile da qualsiasi posizione di dipendenza.

Con l'obiezione della *sameness*, in sintesi, si rimprovera alla tendenza antidiscriminatoria di aspirare al potere nella sua attuale conformazione, senza *metterne in discussione i "costumi" e le imperscrutabili logiche*, azzerando di fatto il ruolo critico e attivo che dovrebbe per definizione essere associato ad ogni ingresso di nuovi soggetti sulla scena socio-politica. Proprio un simile *azzeramento* – che preserva il potere pubblico come un universo maschile più congeniale e più ricettivo rispetto a omologhi modelli di comportamento – *indebolisce* vistosamente il percorso di realizzazione dell'eguaglianza, in quanto ad esso sembra in gran parte potersi ricondurre la rilevata *riluttanza* delle donne ad intraprendere carriere politiche e persino la *resistenza* dell'elettorato femminile a sostenere candidature dello stesso genere.

Tali ostacoli possono essere superati introducendo congegni atti a garantire la trasparenza dei criteri per l'attribuzione dei più ambìti incarichi pubblici (quali l'istituto statunitense dell'*audit* parlamentare): è, in ultima analisi, la pubblicità delle candidature e dei metodi di selezione che consente – pur nel pieno rispetto del carattere squisitamente politico delle nomine – di sottoporre a critica (e ad eventuale sanzione) politica, le scelte e gli orientamenti dei partiti che si rivelassero non *gender-friendly*.

---

[17] R. Tosi, *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, in R. Bin – G. Brunelli - A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Atti del Seminario di Ferrara, 16 novembre 2002, Torino, 2003, p. 105 ss.

[18] B. Pezzini, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno svoltosi presso la Corte costituzionale, 19-20 maggio 2016, Milano, 2017, p. 35 ss.

La consapevolezza di essere di fronte ad una questione intricata e complessa, che coinvolge oltre ad aspetti giuridici, profili socio-economici e culturali, rende evidente la vanità degli sforzi messi in atto su un esclusivo piano giuridico-formale e la necessità di una sinergia d'azione su molteplici livelli, che può mostrarsi di successo, laddove è praticata: è di avantieri la notizia della multa di 90mila euro al Comune di Parigi per aver violato una legge del 2013 che prevede che nessun genere possa essere rappresentato in misura superiore al 60%. Una volta tanto, la violazione stava nel fatto che la sindaca Anne Hidalgo aveva privilegiato nelle ultime assunzioni all'interno del suo *entourage* per il 69% componenti femminili.

***

Giusi Sorrenti – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina (giuseppa.sorrenti@unime.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le sfide alla libertà di espressione online
Recensione a M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali* (Aracne editrice, Roma, 2019)*

Michela Tresca

1. La libertà di espressione sulla rete Internet è uno dei temi dominanti nel dibattito odierno come dimostrano le molteplici prese di posizione intorno all'esclusione dell'account di Donald Trump da Twitter, nonché l'assoluta rilevanza del recente pacchetto di riforme dello spazio digitale previsto dalla Commissione europea (*Digitale Services Act* e *Digital Markets Act).*

È chiara, pertanto, l'ampiezza dell'oggetto del volume di Marco Bassini, che sceglie di analizzare una libertà da sempre ritenuta il fondamento della convivenza sociale e democratica[1], rispetto, per di più, ad un mezzo del tutto peculiare e pervasivo come Internet.

L'Autore riesce nondimeno a fornire al lettore le coordinate principali sulle numerose questioni aperte dalla rete rispetto alla tutela della libertà di espressione, con il dichiarato intento di ricostruire lo

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review.*

[1] La centralità della libertà di manifestazione del pensiero è stata da sempre sottolineata dalla Corte costituzionale italiana. Cfr., in tal senso, Cost., 2 aprile 1969, n. 84, che la definisce come «pietra angolare» della democrazia, o ancora, Cost., 5 luglio 1971, n. 168, che parla del «più alto forse» tra «i diritti primari e fondamentali». In proposito, non può non richiamarsi l'insegnamento di C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 12, che sul punto avverte come si tratti di una libertà individualistica, riconosciuta all'uomo per l'appagamento egoistico dei propri bisogni e non in funzione della democraticità dello Stato, sebbene «le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà [...] porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico».

stato dell'arte, per ricavarne indicazioni in vista di futuri interventi regolatori e giurisprudenziali (p. 17).

Va dato conto del fatto che non sono mancati, in questi ultimi anni, monografie e volumi collettanei volti ad indagare il tema dei diritti online, con un'inevitabile attenzione alla libertà di espressione[2]. Il volume di Marco Bassini si colloca all'interno di tale produzione scientifica, con un approccio peculiare, che ricostruisce la libertà di espressione su Internet secondo una prospettiva al tempo stesso diacronica e sincronica, rispetto all'ordinamento statunitense e a quello europeo.

Come richiesto da uno studio incentrato su uno strumento che ha nella natura globale il suo carattere distintivo, e negli Stati Uniti il luogo d'origine e di stabilimento dei principali attori che in esso vi operano, la trattazione segue uno schema che guarda al di qua e al di là dell'Atlantico, con un confronto costante tra i due ordinamenti, al fine di rimarcare le loro differenze e verificarne le conseguenze sulla tutela dei diritti online. Tale approccio, che permea l'intero volume, oltre a trovare una specifica e autonoma trattazione in un capitolo (Capitolo III), non esclude in ogni caso la disamina dell'ordinamento interno, a cui è dedicato il capitolo successivo (Capitolo IV).

Tale scelta ha insito il rischio, paventato dallo stesso Autore in apertura, di una «implicita asimmetria metodologica» (p. 18), espressamente voluta, alla luce della difficoltà di equiparare i due contesti ordinamentali. Tale comparazione, però, è resa necessaria, come si diceva, dall'oggetto di studio, il quale non consente di limitare l'analisi ad un ambito territoriale statale determinato.

---

[2] Tra i vari contributi in materia e senza pretesa di richiamarli tutti, si veda, A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001; M. Cuniberti (a cura di) *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; N. Lucchi, *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010; Aa.Vv., *Da Internet ai social network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, 2013; M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014; G.C. Conti – M. Pietrangelo – F. Romano (a cura di), *Social media e diritti. Diritto e social media*, Napoli, 2017; T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017; G.E. Vigevani – O. Pollicino, C.M. d'Eril – M. Cuniberti – M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019.

2. Al tema della sovranità statale è, in ogni caso, dedicato ampio spazio nel lavoro, dal momento che la rete Internet rischia di mettere in discussione la capacità degli Stati di esercitare il proprio potere anche nello spazio digitale. Tale assunto è, tuttavia, smentito sin dall'inizio dall'Autore, il quale sottolinea come gli Stati non abbiano in realtà subito l'evoluzione tecnologica, ma hanno nei fatti dimostrato di governarla (p. 30).

Il tale ottica, il tema risulta, semmai, verificare come la tecnologia abbia impattato sulle categorie giuridiche tradizionali (p. 33), e in questo senso si pone l'ulteriore scopo dichiarato dello studio, ovvero creare un collegamento tra dette categorie, nate nel contesto analogico, e le modifiche introdotte dal contesto digitale.

Strettamente connessa al concetto di sovranità è la questione della regolazione della rete. La posizione dell'Autore è chiara: «è il diritto che deve guidare la tecnologia» e non viceversa (p. 414). Tale assunto è stato suffragato dalle scelte compiute dall'ordinamento, caratterizzate, almeno per un primo lungo periodo, da un rilevante intervento della giurisprudenza, a cui si sono affiancati, in tempi più recenti, interventi del legislatore.

Relativamente alla regolazione della rete, è da segnalare la puntuale ricostruzione sull'ampio dibattito dottrinale aperto in materia (Capitolo I). In particolare, da un lato, si dà conto delle posizioni libertarie, che hanno accompagnato soprattutto la prima fase dello sviluppo di Internet, e che vanno dall'idea della rete come spazio per sua natura anarchico alla tesi di un'autoregolazione da parte degli utenti del web. Dall'altro lato, si dà spazio a coloro che salutano con favore un intervento del diritto nel contesto online, pur nella divergenza di vedute, tra chi auspica uno statuto *ad hoc* per il web, chi parla di una *lex specialis* o di una Costituzione per Internet o, ancora, chi ravvisa l'opportunità di un *Internet Bill of rights* di natura globale.

Rispetto a tale dibattito, lo studio si prefigge di verificare se e come le costituzioni possano fornire adeguata tutela anche ai diritti digitali e, più nello specifico, il tentativo va nel senso di esaminare lo statuto della libertà di espressione su Internet. Tale verifica viene operata, oltre che attraverso un'analitica ricostruzione degli interventi legislativi e giurisprudenziali negli Stati Uniti e in Europa, anche rispetto all'ordinamento interno e conduce alla conclusione che l'art.

21 della nostra Carta costituzionale «resiste, nonostante il tempo» (p. 314).

3. In tale contesto, entra in gioco il ruolo delle piattaforme digitali, soggetti privati che si inseriscono all'interno del tradizionale rapporto tra Stato e cittadini (p. 73), dato il ruolo primario svolto nella *governance* dei contenuti che circolano in rete (p. 108) e, per il suo tramite, nell'effettiva tutela accordata ai diritti degli utenti. In quest'ottica, per citare l'Autore, rispetto alla libertà di espressione si estrinsecherebbe un rapporto «trilatero» (p. 173).

La centralità che tali nuovi attori rivestono sulla rete Internet spiega la scelta di dedicare agli stessi uno specifico capitolo (Capitolo II).

Sul punto, sono almeno due le questioni che meritano di essere evidenziate.

La prima riguarda la dicotomia pubblico-privato che, oltre a connaturare i rapporti che si esplicano nello spazio digitale, investe anche la natura stessa delle piattaforme. Rispetto al tema dei rapporti, sulla rete si assisterebbe a una sovrapposizione – sottolinea l'Autore – tra uno spazio privato, in cui operano le piattaforme in un rapporto orizzontale con gli utenti regolato da norme di natura contrattuale, e uno spazio pubblico, dal momento che il web rappresenta anche un luogo di godimento dei diritti dell'individuo, primo fra tutti la libertà di manifestazione del pensiero (p. 109). La dicotomia investe inoltre la natura delle piattaforme, questione divenuta centrale nell'attuale dibattito, soprattutto in seguito al ruolo rivestito dai proprietari delle stesse nella gestione dei contenuti e degli spazi virtuali. Al riguardo, si prospetta l'idea che si tratti, ormai, di «strumenti di cittadinanza», di «*essential facilities* democratiche» o di «*public forum*», da cui deriverebbero tutta una serie di obblighi rispetto al loro funzionamento[3]. È chiaro come tali conclusioni destano più che

[3] In tal senso si è posto, sul versante interno, Trib. di Roma, ord. 12 dicembre 2019 che, con riferimento alla chiusura da parte di Facebook e Instagram degli account dei principali esponenti di CasaPound e Forza Nuova per istigazione all'odio e alla violenza, parla di «posizione speciale» ricoperta da Facebook, dalla quale discenderebbe l'obbligo di rispettare, nel contratto con gli utenti, «principi costituzionali e ordinamentali», dovendosi escludere l'assimilazione del rapporto tra il social e gli utenti a un normale rapporto tra privati.

qualche dubbio a fronte dell'innegabile natura privata di tali soggetti, che sottoscrivono con gli utenti un contratto di diritto privato, sulla base del quale regolano le attività svolte nello spazio messo a disposizione[4]. Al tempo stesso, non può disconoscersi l'incidenza di tali soggetti privati anche nella sfera pubblica. Sul punto, l'Autore allude ad una «duplice natura» delle piattaforme (p. 173), certamente private nel momento in cui perseguono finalità economiche di massimizzazione del profitto, e al tempo stesso chiamate a svolgere funzioni pubbliche, giacché impattano sulla libertà di espressione degli utenti. Tale suggestione imporrebbe, però, una più puntale riflessione circa la possibile estensione di categorie pubblicistiche a soggetti privati, specie se questi ultimi sono le potenti multinazionali del web.

La seconda questione rilevante rispetto al ruolo delle piattaforme digitali concerne la disciplina della responsabilità in capo ai loro proprietari, la quale – come evidenziato più volte da Bassini – ha rappresentato per lungo tempo l'unica e concreta forma di tutela che l'ordinamento ha riconosciuto rispetto ai diritti dell'individuo sulla rete.

Va dato conto, sul versante europeo, dell'obsolescenza del quadro di riferimento, a fronte di una disciplina sulla responsabilità dei *provider* risalente ormai al 2000, e che stabiliva, di fronte a prestatori di servizi ben lontani dalla loro attuale fisionomia, una generale esenzione di responsabilità e un divieto, per gli Stati membri, di prevedere un obbligo di sorveglianza da parte delle piattaforme sui contenuti inseriti, così come di ricercare attivamente fatti idonei ad indicare la presenza di attività illecite. Rispetto a tale quadro, rimasto fino ad oggi invariato, sono intervenute sia le trasformazioni della realtà digitale, con un sempre maggiore ruolo attivo svolto dalle piattaforme, quanto le scelte compiute dalla giurisprudenza[5] e dal

[4] P. Falletta, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in www.medialaws.it, 3/2020, p. 148.

[5] Così, da ultimo, Corte giust., 3 ottobre 2019, C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited, in cui il giudice europeo riconosce la possibilità di ingiungere a Facebook di rimuovere commenti identici e, a certe condizioni, equivalenti a un commento precedentemente dichiarato illecito, su cui cfr. O. Pollicino, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei*

legislatore[6], che hanno finito per demandare ai *provider* sempre più controllo e discrezionalità sui contenuti. Tali circostanze hanno in parte condotto, utilizzando le parole di Bassini, a «derive di iper-responsabilizzazione» (p. 306) e alla connessa «privatizzazione nell'*enforcement* dei diritti» (p. 341), rispetto alle quali l'Autore ritiene indispensabile riconoscere un certo ruolo all'intervento pubblico, al fine di evitare una «regressione» nella tutela delle libertà (p. 424).

4. La parte finale dello studio è dedicata ad un tema assai vasto e complesso, che deriva dalla necessità di contemperare la libertà di espressione con altri diritti. Si tratta dell'ampia questione dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, che derivano dalla necessità di tutelare beni che potrebbero entrare in conflitto con tale libertà (capitolo V).

L'ambito di analisi scelto è limitato a quei diritti che sono per loro natura confliggenti con la libertà di espressione e che hanno conosciuto, a fronte della pervasività e della diffusività del mezzo Internet, una moltiplicazione di occasioni di conflitto. Vengono, in particolare, selezionati due casi di studio: il diritto alla privacy e il diritto d'autore.

Tale scelta conduce ad evidenziare una caratteristica propria dell'ordinamento europeo, in cui l'attenzione prestata alla protezione di altri diritti sulla rete, primi fra tutti la privacy e il connesso diritto all'oblio, hanno finito per porre spesso in secondo piano la tutela della libertà di espressione, risultata recessiva all'esito dell'attività di contemperamento con altri diritti.

L'analisi dei casi conduce così nuovamente a riflettere sulle principali questioni emerse nel corso della trattazione.

---

diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale, in www.federalismi.it, 16 ottobre 2019.

[6] In proposito, si può citare la Direttiva 1808/2018/Ue sui servizi media audiovisivi che, limitatamente alle piattaforme online di condivisione video, impone l'adozione di misure a tutela dei minori. Altro esempio è costituito dalla Direttiva 2019/790/Ue sul diritto d'autore e sui diritti connessi al mercato unico digitale, che introduce l'obbligo, per i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, di ottenere un'autorizzazione sottoforma di licenza da parte dei titolari dei diritti, al fine della condivisione dei contenuti.

Vale la pena richiamare il fatto che l'azione di bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e altri diritti è sempre più rimessa, nella realtà digitale, ai prestatori di servizi. Primo esempio emblematico dell'atteggiamento assunto in proposito dal giudice europeo è rappresentato dall'ormai noto caso *Google Spain* del 2014. Tale sentenza, nel riconoscere un diritto dell'utente di richiedere al motore di ricerca la deindicizzazione dei risultati a partire dal proprio nome, rappresenta, però, solo l'inizio di un percorso intrapreso negli ultimi anni dal Giudice di Lussemburgo e volto a riconoscere, a dispetto dell'attuale regime di responsabilità, sempre maggiore potere alle piattaforme del web, nel bilanciamento tra interessi e diritti costituzionalmente tutelati. È evidente il rischio – sottolineato dall'Autore – di creare un sistema di «censura privata» (p. 342) e di condurre, per tale via, ad una indiscriminata limitazione della libertà di espressione.

È chiaro, a questo punto, come la questione centrale da affrontare sia quella della natura e dell'attività svolta dai *provider*. Di questo sembra aver preso consapevolezza la Commissione europea, che ha posto le basi per una nuova fase di regolamentazione delle piattaforme digitali. La strada è ora tracciata verso un tentativo di porre al centro l'*hard law* rispetto al ruolo primario finora svolto dalla giurisprudenza e dall'autoregolamentazione[7], al fine di garantire, anzitutto, una più ampia trasparenza da parte dei principali attori della rete. Si registra così lo sforzo di una maggiore certezza del diritto, attraverso una procedimentalizzazione dell'attività delle piattaforme, rispetto a un quadro caratterizzato fino ad oggi da una forte frammentazione.

Il libro di Marco Bassini è quindi denso di interrogativi. Nel delineare un quadro nitido dell'attuale tutela accordata all'individuo nello spazio digitale e delle scelte fino ad ora compiute in Europa e negli Stati Uniti, apre la porta alle molteplici sfide poste dalla rete Internet e consente ai lettori di riflettere su ampiezza e limiti della nostra libertà di espressione nel presente e soprattutto nel futuro.

[7] Il riferimento è, anzitutto, al Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online del 2016 e il Codice di condotta sulla disinformazione del 2018, voluti dalla Commissione europea e sottoscritti dalle principali piattaforme digitali.

***

Michela Tresca – Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia presso la LUISS Guido Carli (mtresca@luiss.it)

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA "RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI"

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle "Norme editoriali".
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.