

Democrazia e potere giudiziario nel pensiero di Tocqueville*

Roberto Giannetti

*Tocqueville est [...] allé chercher aux États-Unis non pas un modèle, mais un principe à étudier, et une question à illustrer et à résoudre: à quelles conditions la démocratie, si elle est un état de société devient ce qu'elle doit être aussi, faute de conduire à une dictature: un état de gouvernement*¹.

FRANÇOIS FURET

*[...] les principes sur lesquels les constitutions américaines reposent, ces principes d'ordre, de pondération des pouvoirs, de liberté vraie, de respect sincère et profond du droit, sont indispensables à toutes les républiques; ils doivent être communs à toutes, et l'on peut dire à l'avance que là où ils ne rencontreront pas, la République aura bientôt cessé d'exister*².

ALEXIS DE TOCQUEVILLE

Introduzione

Nella sua recensione al secondo volume della *Democrazia in America* John Stuart Mill proponeva una vera e propria chiave di lettura dell'opera del pensatore francese. Con il termine “democrazia – scriveva il filosofo inglese – Tocqueville non intende, in genere, uno specifico tipo di governo. [...] Per democrazia [egli] intende eguaglianza di condizioni, e l'assenza totale dell'aristocrazia, sia essa costituita da privilegi politici o dalla superiorità conferita dall'importanza e dal potere sociale. [...] [Nelle istituzioni democratiche] Tocqueville non vede un aggravamento dei più seri mali tipici di una condizione democratica della società, ma piuttosto un loro correttivo”³. Soltanto tenendo ferma la distinzione analitica tra assetto sociale e istituzioni politiche si poteva cogliere l'originalità della posizione di Tocqueville nei confronti della democrazia rispetto alla maggior parte dei suoi contemporanei i quali, prigionieri del ricordo dell'esperienza giacobina, non si rendevano conto che, “per combattere i mali che l'eguaglianza può produrre, c'è un solo rimedio efficace: la libertà politica”⁴.

* Desidero ringraziare Giuseppe Bedeschi per aver letto e commentato questo saggio.

¹ F. FURET, *Le système conceptuel de “La démocratie en Amérique”*, prefazione a A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1981, p. 18.

² A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835-1840), Paris, Pagnerre, 1848, avvertenza premessa dall'autore alla decima edizione, vol. I, p. IV.

³ J.S. MILL, *M. De Tocqueville on Democracy in America (II)*, in *Collected Works of John Stuart Mill*, a cura di J.M. Robson e A. Brady, Toronto and London, University of Toronto Press - Routledge and Kegan Paul, 1963 e ss., vol. XVIII (La recensione di Mill comparve per la prima volta senza titolo nel numero di ottobre del 1840 della “Edinburgh Review”); trad. it. *Tocqueville sulla Democrazia in America (1840)*, in J.S. MILL, *L'America e la democrazia*, a cura di P. Adamo, Milano, Bompiani, 2005, p. 329.

⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, in *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 1968, vol. II, p. 596 (D'ora in avanti le citazioni tratte da quest'opera verranno indicate con DAI e DAII). Nelle note di stesura della *Democrazia in America* sono numerosi i riferimenti alla capacità delle istituzioni democratiche di attenuare i mali

La chiave di lettura suggerita da Mill, per quanto acuta e illuminante, necessita tuttavia di un'integrazione. Se è vero che le istituzioni della democrazia politica rappresentano utili rimedi per eliminare, o comunque attenuare, le conseguenze negative prodotte dall'assetto sociale democratico, è altrettanto vero che il mantenimento della libertà in una società in cui si è affermata e consolidata l'*égalité des conditions* ha bisogno anche di istituzioni e di vincoli ulteriori⁵. È partendo da questa considerazione che si può tentare di comprendere il ruolo centrale che nell'opera di Tocqueville, globalmente considerata, assumono le riflessioni sul rapporto tra democrazia e potere giudiziario. Il pensatore francese ne parla diffusamente nel suo diario di viaggio e soprattutto nel primo volume della *Democrazia in America*, là dove descrive le forme particolari in cui quel potere si incarna negli Stati Uniti, per poi ritornarvi anche nel secondo volume, in quella celebre quarta parte in cui, avendo in mente soprattutto le difficoltà della Francia nella transizione verso la democrazia, tratteggia le caratteristiche di una nuova forma di dispotismo che potrebbe minacciare le società democratiche. Né mancano i riferimenti a questo tema nell'opera dedicata all'*Ancien Régime* e in scritti minori, dove l'interesse di Tocqueville si focalizza sul contenuto e sulle origini di una nuova branca della giurisprudenza, il diritto amministrativo, e sui rischi per la libertà individuale derivanti dall'istituzione di tribunali speciali per risolvere i conflitti tra l'interesse dell'amministrazione pubblica e quello dei privati cittadini.

Si è molto discusso sull'opportunità di attribuire all'autore della *Democrazia in America* la qualifica di giurista e sull'importanza della sua opera nell'ambito degli studi giuridici⁶. Del resto, lo stesso Tocqueville, non appena ricevuta la nomina a giudice uditore al tribunale di Versailles, confessava all'amico Kergolay tutte le sue perplessità sulla nuova carriera, temendo "di diventare con il tempo una macchina del diritto" come la maggior parte dei futuri colleghi, "persone speciali, se mai ce ne furono, tanto incapaci di giudicare un grande movimento e di condurre una grande operazione, quanto sono adatti a dedurre una serie di assiomi e a trovare analogie e antinomie"⁷. Si può certamente concordare con Lucien Jaume, il quale ha affermato che Tocqueville, proprio alla luce delle sue analisi sul potere giudiziario negli Stati Uniti, dovrebbe essere considerato "più che

generati dalla democrazia intesa come stato sociale. Scrive, ad esempio, Tocqueville: "Servirsi della democrazia per moderare la democrazia. È l'unica via di salvezza che ci sia aperta. Discernere i sentimenti, le idee, le leggi che, senza essere ostili ai principi della democrazia e senza essere naturalmente incompatibili con la democrazia, possono tuttavia correggere le sue tendenze deprecabili e incorporarsi con essa nel momento stesso in cui la modificano. Ogni altra cosa è follia e imprudenza". Cfr. *De la démocratie en Amérique*, a cura di E. Nolla, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1990, nota di stesura, vol. II, pp. 278-279.

⁵ La compresenza di questi due elementi nella riflessione di Tocqueville sulla democrazia è stata sottolineata da A. CRAIUTU, *Tocqueville's Paradoxical Moderation*, in "The Review of Politics", 67 (4), 2005, pp. 620-626.

⁶ Si veda in proposito M. CARIUS, introduzione a M. CARIUS, C. COUTEL, T. LE MARC'HADOUR, *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Arras, Artois Presses Université, 2005, pp. 11-15.

⁷ Lettera a L. de Kergolay, 23 luglio 1827, in A. DE TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1951 e ss., vol. XIII-1 (salvo altra indicazione, le citazioni dalle *Œuvres complètes* sono tratte da questa edizione); trad. it. A. DE TOCQUEVILLE, *Vita attraverso le lettere*, a cura di N. Matteucci e M. Dall'Aglio, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 42.

un teorico del diritto, [...] un osservatore delle istituzioni” o “del gioco giuridico-istituzionale”⁸. Ciò non deve indurci tuttavia a sottovalutare o, peggio ancora, a non tener conto della rilevanza che la meditazione sulle questioni attinenti al diritto ha avuto nello sviluppo del suo pensiero. Un errore che non è stato commesso da Jean-Claude Lamberti, il quale ha osservato: “Per quanto sparse, brevi e non sistematiche, le sue visioni sul diritto esprimono una concezione coerente e originale e sfociano in riflessioni molto in anticipo rispetto ai suoi tempi. Sullo sfondo delle descrizioni della *Democrazia in America*, Tocqueville contrappone sempre in modo molto suggestivo la continuità delle fonti del diritto e l’empirismo anglo-americano al razionalismo giuridico dei francesi e alla pretesa dei rivoluzionari di fare *tabula rasa* del passato per costruire un nuovo diritto”⁹. Le pagine che seguono sono un tentativo di approfondire questo giudizio e di mostrare come molte delle analisi di Tocqueville rappresentino ancora un valido aiuto per la comprensione del ruolo delle istituzioni giuridiche nelle società democratiche contemporanee.

1. *Common law*, “esprit légiste” e aristocrazia dei giudici

In genere i sistemi giuridici vengono suddivisi in due grandi raggruppamenti: gli ordinamenti di *civil law*, che si ispirano al modello introdotto in Francia nei primi anni dell’Ottocento con la codificazione napoleonica, e quelli di *common law*, diffusi in tutti i paesi anglosassoni, che si basano sul carattere vincolante del precedente giudiziario¹⁰. Come è noto, nei sistemi di *civil law* hanno un ruolo fondamentale gli organi legislativi e la legge codificata; ai giudici e alla giurisprudenza viene demandato il compito di applicare le norme generali ed astratte al caso concreto attraverso una loro corretta interpretazione. Gli ordinamenti di *common law*, invece, non sono basati su un sistema di norme codificate, bensì sul principio dello *stare decisis*: il diritto è creato dal giudice che, per risolvere un conflitto già insorto tra le parti, detta una regola che dovrà poi valere per tutte le successive controversie aventi lo stesso ambito oggettivo anche se con soggetti diversi.

Questa distinzione ha dato vita a celebri dibattiti nei quali sono stati contrapposti gli argomenti che avrebbero dovuto far preferire l’uno o l’altro modello di ordinamento giuridico. Alle correnti di matrice illuministica che all’inizio dell’Ottocento spingevano per una unificazione legislativa della Germania attraverso la creazione di un codice ispirato al modello francese, Savigny

⁸ Cfr. L. JAUME, *Tocqueville dans le débat entre le droit de l’état e t le droit de la société*, in M. CARIUS, C. COUTEL, T. LE MARC’HADOUR, *La pensée juridique d’Alexis de Tocqueville*, cit., p. 38.

⁹ Cfr. J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 122.

¹⁰ Un inquadramento storico e una sintesi efficace delle caratteristiche dei due sistemi giuridici si trova in J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford Ca., Stanford University Press, 1969; trad. it. *La tradizione di “civil law” vista da un giurista di “common law”*, Milano, Giuffrè, 1973; R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987; trad. it. *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991.

opponeva l'idea che il diritto è soprattutto consuetudine – consuetudine allo stato puro o consuetudine pensata dai giuristi - e scaturisce dalla “comune convinzione del popolo”, non diversamente dalla lingua e dai costumi: “il diritto è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, e poi dalla giurisprudenza, che è sempre opera di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dall'arbitrio di un legislatore”¹¹. Adottare un codice avrebbe significato imporre regole rigide e astratte che avrebbero cristallizzato la fisionomia particolare assunta dal diritto in una data epoca, non tenendo conto del fatto che quella storica è una realtà in continuo mutamento. In sintesi, “diritto storico, in luogo del diritto naturale della cultura illuministica; scienza giuridica storica, in luogo della legislazione o della codificazione che muove da una perenne natura dell'uomo e la impone contro le deviazioni particolaristiche”¹². Le tesi di Savigny divennero uno dei bersagli della polemica hegeliana con la scuola storica sviluppata nelle pagine della *Filosofia del diritto*. Il filosofo tedesco, estendendo la sua riflessione anche al diritto consuetudinario inglese, osservava come la contrapposizione tra leggi formali e leggi non scritte fosse del tutto fittizia, dato che anche la *common law* era una “legge altrettanto scritta”, la cui cognizione poteva essere acquisita soltanto attraverso la consultazione dei numerosi volumi che raccoglievano le decisioni delle corti di giustizia e dei giudici. Il vero problema era che il diritto consuetudinario contraddiceva il principio secondo cui le leggi devono essere “universalmente note”: “appender le leggi così in alto, che nessun cittadino potesse leggerle, come fece *Dionisio il Tiranno*, - ovvero seppellirle nel prolisso apparato di libri dotti, raccolte di opinioni e giudizi discostantisi da decisioni, consuetudini ecc. e per giunta in una lingua straniera, così che la cognizione del diritto vigente è accessibile soltanto a coloro che si addottrinano in esso, - è una e medesima ingiustizia”¹³. L'avvento della codificazione e l'applicazione del principio della pubblicità nell'amministrazione della giustizia avrebbero impedito sia l'assunzione da parte dei giudici della funzione propria dei legislatori, sia la trasformazione del diritto in una sorta di proprietà esclusiva di un ceto – quello dei giuristi – con la conseguente imposizione di una tutela, se non addirittura di una specie di servitù, nei confronti dei membri della società civile¹⁴.

Le polemiche sulla codificazione furono particolarmente accese in Germania, ma non risparmiarono neppure l'Inghilterra, la patria del *common law*. Tra i più convinti ed accaniti sostenitori della codificazione va infatti annoverato Jeremy Bentham. Oltre a rifiutare la dottrina dei

¹¹ F.K. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), in A.F.J. THIBAUT – F. K. VON SAVIGNY, *Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, a cura di J. Stern, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959, pp. 76, 224.

¹² Cfr. G. MARINI, *La polemica con la scuola storica nella Filosofia del diritto hegeliana*, in “Rivista di Filosofia”, VI-VII, ottobre 1977, p. 173.

¹³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolai, 1821; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Bari, Laterza, 1994, §. 211 A, pp. 170-171, § 215 A, pp. 173-174.

¹⁴ *Ivi*, § 211 A, p. 171, § 228 A, p. 182.

diritti naturali e le teorie contrattualistiche, il fondatore dell'utilitarismo criticò aspramente l'esaltazione della *common law* e del sistema giuridico anglosassone fatta da Blackstone. Il diritto consuetudinario, una sorta di “*imaginary law*” imperniata sulla sacralità del precedente giudiziario e sulla tradizione, si contraddistingueva per la frammentarietà, la farraginosità, l'irragionevolezza e l'arbitrarietà delle norme e delle procedure. Soltanto una riforma del sistema giuridico che, oltre ad adottare come principio ispiratore la maggiore felicità per il maggior numero di persone, fosse stata in grado di garantire in primo luogo la conoscibilità delle norme avrebbe potuto emendare il diritto inglese dai suoi gravi difetti. Per raggiungere questo obiettivo era necessario ridurre il numero delle leggi, formularle in un linguaggio semplice e chiaro, raccoglierle in codici e garantirne la pubblicità: “promulgare una legge significa sottoporla alle menti di coloro che dovranno essere governati da essa in modo tale che possano conservarla abitualmente nei loro ricordi e consultarla facilmente se hanno qualche dubbio in merito a ciò che essa prescrive”¹⁵. La critica corrosiva di Bentham non risparmiò neppure Savigny e la scuola storica, rei di considerare “la *storia del diritto* [...] come vantaggiosissimo sostituto del *diritto* stesso”¹⁶.

Nel corso del Novecento è stato Bruno Leoni a rilanciare l'idea che il diritto debba essere considerato come “qualcosa da scoprire più che da decretare” e a ribadire la superiorità del diritto di formazione giurisprudenziale rispetto al diritto codificato e alle norme prodotte dai corpi legislativi¹⁷. Secondo l'autore di *Freedom and the Law* per secoli si era ritenuto che il compito della legislazione fosse quello di riaffermare e di compendiare il diritto esistente così come era stato elaborato dai giudici e dai giuristi, ed anche nel primo periodo della codificazione i codici e le costituzioni scritte, pur presentandosi come “diritto decretato”, riflettevano “un processo di formazione del diritto basato essenzialmente su spontanei comportamenti individuali vecchi di secoli”. Ma, con il trascorrere del tempo, “l'ideale di dare una forma legislativa a un contenuto non legislativo” si rivelò del tutto illusorio e progressivamente ci si abituò a “concepire la totalità del diritto come diritto scritto, cioè come una serie di decreti emanati dai corpi legislativi secondo la

¹⁵ J. BENTHAM, *Essay on the Promulgation of Laws, and the Reasons Thereof; with Specimen of a Penal Code*, in *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, Edinburgh, William Tate, 1838, p. 157.

¹⁶ J. BENTHAM, *To his Fellow-Citizens of France on Houses of Peers and Senates*, London, Robert Heward, 1830, p. 10.

¹⁷ B. LEONI, *Freedom and the Law* (1961), Indianapolis, Liberty Fund, 1991; trad. it. *La libertà e la legge*, Macerata Liberilibri, 1997, p. 13. Su questo tema Leoni esprimeva una posizione assai più radicale di altri critici della teoria della produzione legislativa del diritto come Hayek. Il filosofo austriaco, infatti, non escludeva che in certi casi fosse necessario affidarsi alla legislazione per correggere il diritto giurisprudenziale: “Per varie ragioni i processi evolutivi spontanei possono condurre a una *impasse* da cui non possono districarsi con le proprie forze, o, almeno, da cui non riescono a correggersi abbastanza velocemente. [...] Il fatto che il diritto così evolventesi abbia certe proprietà desiderabili non prova che esso sarà sempre un buon diritto, o che qualche sua regola non possa rivelarsi molto inadeguata. Pertanto, non significa che si possa interamente fare a meno della legislazione”. F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty* (1973-1979), London and New York, Routledge 1982, 3 voll.; trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, a cura di A. Petroni e S. Monti Bragadin, Milano, Il Saggiatore, 1986, p. 114.

regola di maggioranza”¹⁸. Per quali ragioni il diritto elaborato dai giudici e dai giuristi doveva essere preferibile a quello creato dai legislatori? In primo luogo, secondo Leoni, un ordine giuridico in cui il diritto non è voluto da nessuno rappresenta una garanzia per la libertà individuale perché non implica quell’arbitrarietà che è connaturata all’imposizione di norme che sono “l’espressione diretta della volontà contingente di chi le promulga”, cioè delle maggioranze vincenti che finiscono inevitabilmente per dominare le assemblee legislative¹⁹. In secondo luogo, il diritto prodotto per via giurisprudenziale si caratterizza per una maggiore flessibilità che consente un più veloce adattamento ai cambiamenti pur senza pregiudicare, attraverso il rispetto dei precedenti, l’elemento della continuità tra le generazioni. Infine, esso è in grado di assicurare un’autentica “certezza del diritto”, cioè una certezza intesa non come “precisione di un testo scritto derivato dal legislatore”, ma come “possibilità per gli individui di fare piani a lungo termine in base a una serie di regole adottate spontaneamente in comune dalla gente e infine accettate dai giudici per secoli e generazioni”²⁰.

Rispetto a questi grandi dibattiti che hanno segnato la cultura giuridica dell’Occidente le riflessioni toquevilliane sulla *common law*, anche a causa della loro non sistematicità, sono certamente meno sofisticate da un punto di vista filosofico-giuridico, ma non per questo prive di interesse. Nel suo diario di viaggio Tocqueville aveva effettuato un bilancio critico della *common law*, frutto di numerose conversazioni intrattenute con alcuni dei più brillanti esponenti del mondo giuridico e politico nordamericano, da James Kent ad Albert Gallatin, da Theodore Sedgwich a Henry D. Gilpin. In termini generali egli era convinto che l’avvento della codificazione avesse costituito, tutto sommato, un progresso rispetto al diritto consuetudinario: quest’ultimo, “nato in tempi di ignoranza e integrato in varie epoche e da varie mani”, non era certo in grado di fornire “un insieme completo, razionale e coerente” come un sistema di norme codificate, “frutto del lavoro di un’assemblea o di un singolo e prodotto da un secolo colto”. Proprio per questa ragione un diritto di formazione giurisprudenziale avrebbe potuto rivelarsi “un’arma pericolosa nelle mani di un popolo poco istruito”: “si può dire che il diritto consuetudinario sia *una causa risultante dal suo effetto, una legge che deriva da un giudizio e non viceversa*. Se dunque il corpo giudiziario fosse mal costituito e se un’opinione pubblica illuminata non lo controllasse di continuo, la legislazione potrebbe

¹⁸ *Ivi*, pp. 162-164.

¹⁹ Tra le critiche che sono state mosse alla teoria di Leoni vale la pena citare quella di Rothbard che, recensendo *Freedom and the Law*, osservava che il difetto principale della tesi del filosofo italiano consisteva nell’“assenza di un criterio utile a definire il contenuto giurisprudenziale”. Per Rothbard il fatto che gran parte del diritto privato o della *common law* fossero “libertari” era nient’altro che un felice accidente: “una buona parte del diritto del passato era anti-libertario e il costume non può essere sempre considerato coerente con la libertà. Dopo tutto, una consuetudine di antica origine può davvero essere un fragile baluardo; se vi sono costumi che opprimono la libertà, essi dovranno essere considerati una struttura legale permanente o comunque destinata a durare per secoli?” Cfr. M.N. ROTHBARD, recensione a B. LEONI, *Freedom and the Law*, in “New Individualist Review”, I (4), 1962, pp. 37-40; trad. it. disponibile all’indirizzo <http://www.brunoleoni.it/nextpage.aspx?codice=5914>

²⁰ B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 106.

pioombare in uno stato di barbarie quasi completa”²¹. I vantaggi propriamente ascrivibili alla codificazione erano soprattutto due. Il primo era strettamente legato alla pubblicità, ossia al fatto che il diritto codificato è, “nei punti più importanti e nei principi generali, [...] accessibile a tutti”, diversamente dal diritto consuetudinario, in cui solo “il giurista sa ciò che è lecito o proibito”. L’altro vantaggio era quello di “offrire al giurista una legge sana, stabile e non mutevole, meno faticosa da studiare e più facile da ricordare”. Anche il diritto consuetudinario aveva un vantaggio peculiare, che si manifestava soprattutto nelle monarchie e, in modo particolare, nelle monarchie assolute: “quello di far partecipare *clandestinamente* il popolo alla formazione della legge”. Se è vero che nell’ambito del diritto consuetudinario il giudice è “in un certo modo il legislatore, soprattutto nei casi nuovi”, è altrettanto vero che egli è “un uomo del suo tempo”, circondato dall’opinione pubblica e coadiuvato dalla giuria: “includerà infatti spesso, senza accorgersene, le idee sue e dei contemporanei nelle sentenze, cioè nella legge. Nelle sue mani la legislazione subirà immancabilmente mutamenti che lo renderanno l’interprete dei modi di pensare e delle esigenze di ciascun secolo”. Ed è proprio a questa maggiore “duttività” del diritto di formazione giurisprudenziale che si deve “il carattere di indipendenza che lo distingue dal diritto scritto”: “si ammette in genere che il diritto romano è più completo, meno vincolato, più previdente, più efficace della legislazione consuetudinaria, ma si sostiene anche, e con ragione, che in quest’ultima c’è un rispetto dei diritti politici, uno spirito di libertà assolutamente sconosciuto al diritto romano”²².

Una valutazione per molti versi analoga si trova anche in una lunga nota al capitolo quarto del terzo libro de *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, in cui Tocqueville riassume le caratteristiche più significative del sistema giudiziario inglese. Quest’ultimo assomigliava a “una macchina enorme e invecchiata”, caratterizzata da una molteplicità di tribunali – ventiquattro, secondo la

²¹ A. DE TOCQUEVILLE, *Voyage en États-Unis*, (1831), in *Œuvres complètes*, cit., vol. V-1; trad. it. *Viaggio negli Stati Uniti*, in *Viaggi*, a cura di U. Coldagelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, pp. 368-369, corsivo mio.

²² *Ivi*, pp. 368-369. Tuttavia, Tocqueville riteneva che questo argomento non valesse contro “il diritto scritto in generale”, mostrando di condividere al riguardo l’opinione espressa da James Kent: “Il valore della legge civile non va cercato nelle questioni relative al rapporto tra governo e popolo o nelle garanzie di sicurezza individuale nei casi penali. In tutto ciò che concerne la libertà civile o politica esso non può essere paragonato allo spirito di libertà del diritto consuetudinario inglese o americano. Ma per ciò che riguarda i diritti privati, i contratti tra persone e gli impegni che ne derivano, non c’è sistema di leggi dove i principi siano esaminati con maggior buon senso, enunciati e applicati con giustizia più scrupolosa e imparziale”. Il brano dei *Commentaries on American Law* di J. Kent è riportato in *op.cit.*, p. 370. L’idea che il diritto romano avesse “perfezionato il [...] diritto civile [delle nazioni moderne] e pervertito il loro diritto politico” (cfr. A. DE TOCQUEVILLE, lettera a A. Stoffels, 4 gennaio 1856, in *Œuvres complètes*, Paris, Michel-Lévy Frères, 1866, p. 468) viene sviluppata dal pensatore francese in un brano dell’*Ancien Régime*, in cui scrive: “Il diritto romano, che ha perfezionato in ogni paese la società civile, ha teso dappertutto a deteriorare la società politica, perché è stato principalmente opera di un popolo molto civile e molto asservito. I re lo adottarono dunque con ardore e lo stabilirono dovunque fossero i padroni. Gli interpreti di questo diritto diventarono in tutta l’Europa i loro ministri o i loro agenti principali. I giuristi fornirono loro, all’occorrenza, l’appoggio del diritto contro il diritto stesso. E così hanno fatto sovente in seguito. A fianco di un principe che violava la legge è assai raro che non sia comparso un giurista il quale arrivava ad assicurare che niente era più legittimo, e provava sapientemente che la violenza era giusta e che l’oppresso aveva torto”. A. DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution* (1856), in *Œuvres complètes*, cit., vol. II-2; trad. it. *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, a cura di C. Vivanti, Torino, Einaudi, 1989, libro I, nota al cap. IV, p. 68.

ricostruzione effettuata da Blackstone alla metà del Settecento – e dalla presenza di quattro legislazioni diverse – il diritto consuetudinario, gli statuti, il diritto romano e l’equità. Tale varietà non implicava necessariamente maggiore coerenza ed efficacia. Spesso, ad esempio, mancavano i piccoli tribunali di prima istanza, “posti vicini alla residenza dei giudicabili e istituiti per giudicare sul luogo e con poca spesa le piccole faccende”. Nonostante questi difetti, non esisteva nazione in Europa in cui “il grande scopo della giustizia” – e cioè “il fatto che ogni uomo che muoveva causa a un privato o a al principe, qualunque ne fosse la condizione, fosse più sicuro di farsi ascoltare e trovasse in tutti i tribunali del suo paese migliori garanzie e per la difesa della sua fortuna, della sua libertà e della sua vita” – fosse raggiunto completamente come in Inghilterra²³. A giudizio di Tocqueville occorre fare attenzione a non confondere i “vizi secondari” con i “vizi fondamentali” delle istituzioni. Nel caso specifico dell’organizzazione giudiziaria, talune imperfezioni o lacune di minore importanza “possono nuocere solo moderatamente allo scopo della giustizia”, mentre i difetti che riguardano gli elementi essenziali dell’istituzione “non solo nuocciono ad essa, ma la distruggono, quantunque siano uniti a molti perfezionamenti secondari”. I primi “si scorgono più facilmente: sono questi che solitamente colpiscono subito gli animi volgari”; i secondi sono “più nascosti, e non sempre sono i giureconsulti o altre persone del mestiere che li scoprono o li segnalano”.

Se si adottava questo punto di vista, sapendo scindere l’essenziale dall’accessorio, ci si poteva facilmente rendere conto che

[nel] sistema giudiziario inglese [...] - pur lasciando sussistere tutti i difetti che potevano rendere la giustizia, presso i nostri vicini, oscura, complicata, lenta, cara e scomoda – si erano prese infinite precauzioni perché il forte non potesse mai essere favorito a spese del debole, lo Stato a spese del privato; via via che si penetra nei particolari di quella legislazione, si vede che a ogni cittadino è stato fornito ogni genere d’armi per difendersi, e le cose sono state regolate in modo da offrire a ciascuno il massimo di garanzie possibile contro la parzialità, la venalità propriamente detta dei giudici e quella specie di venalità più ordinaria e soprattutto

²³ A. DE TOCQUEVILLE, *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., pp. 271-272. Il giudizio espresso da Tocqueville concordava con l’opinione di Blackstone, il quale, difendendo il processo con giuria e dichiarandosi contrario all’introduzione di nuovi e arbitrari metodi processuali, ricordava che “i ritardi e i piccoli inconvenienti nelle forme della giustizia sono il prezzo che tutte le nazioni libere devono pagare per la loro libertà nelle questioni più sostanziali”. Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893, vol. II, libro IV, cap. 27, p. 580. Del resto Montesquieu nell’*Esprit des lois*, parlando della semplicità delle leggi penali nelle varie forme di governo, aveva osservato che “le formalità della giustizia”, purché “il loro numero” non diventi “così grande da pregiudicare lo scopo stesso delle leggi che le hanno fissate”, “sono necessarie alla libertà”: “Se si esaminano le formalità della giustizia in relazione alla fatica che un cittadino deve superare per farsi restituire i propri beni, o per ottenere soddisfazione di un’ingiuria patita, senza dubbio si troverà che sono troppe. Se le si esaminano in relazione alla libertà e alla sicurezza dei cittadini, spesso si troverà che sono troppo poche: e si vedrà che le difficoltà, le spese, le lungaggini, i pericoli stessi della giustizia, sono il prezzo col quale ogni cittadino deve pagare la propria libertà”. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Genève, Barillot & Fils, 1748; trad. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1996, vol. II, libro XXIX, cap. I, p. 289; vol. I, libro VI, cap. II, p. 158.

più pericolosa in tempi di democrazia, che deriva dal servilismo del tribunale nei confronti del potere pubblico²⁴.

Nonostante le ingannevoli apparenze, frutto di una comparazione superficiale tra sistemi giudiziari differenti, il sistema inglese era quindi indiscutibilmente superiore rispetto a quello della madrepatria. Pur essendo immune dai vizi secondari che contraddistinguevano quello vigente in Inghilterra e pur offrendo eccellenti garanzie a ogni cittadino che si fosse trovato coinvolto in processi che vedevano protagonisti soggetti privati, il sistema giudiziario francese si rivelava infatti debole per l'aspetto che più aveva rilevanza in una società caratterizzata dal difficile rapporto tra eguaglianza democratica e libertà individuale: "le garanzie dell'individuo contro lo Stato"²⁵.

Tocqueville comunque riteneva che in astratto, se adottati da un popolo egualmente progredito, i due sistemi – diritto consuetudinario e diritto codificato – avrebbero potuto produrre risultati sostanzialmente equivalenti²⁶. Tuttavia, se si analizza globalmente l'opera del pensatore francese, si ha l'impressione che le simpatie di Tocqueville vadano a quei sistemi in cui i giudici sono depositari di un diritto "extrastatuale", sistemi ritenuti in grado di assicurare una maggiore indipendenza della funzione giudiziaria e quindi una maggiore capacità di resistere all'invasione dello stato, sia esso impersonato dal monarca assoluto o dalle assemblee rappresentative²⁷. Inoltre, approfondendo la questione, non è difficile rendersi conto che, ragionando in termini tocquevilliani, il diritto consuetudinario rappresenta uno strumento particolarmente efficace per attenuare alcune conseguenze negative prodotte dall'assetto sociale democratico.

²⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., pp. 272-273. Riflessioni dello stesso tenore erano già state sviluppate da Tocqueville negli appunti del suo diario di viaggio in Inghilterra: "Una legislazione può essere regolare, uniforme, semplice, chiara, rapida, economica (si tratta certamente di rare e preziose qualità) e tuttavia soffocare o comunque intralciare lo slancio sociale, se non garantisce globalmente la proprietà e le persone; se abbandona troppe cose all'arbitrio del potere; se non offre a tutti gli strumenti per difendere i propri diritti. Una legislazione con queste caratteristiche, viceversa, può permettere alla società di svilupparsi in ogni senso, anche se è complicata, lenta e onerosa. È da questo punto di vista che la legislazione inglese è stata da vari secoli ed è ancora molto superiore alle migliori legislazioni del continente". A. DE TOCQUEVILLE, *Voyage en Angleterre et Irlande* (1835), Paris, Gallimard, 1982; trad. it. *Viaggio in Inghilterra e in Irlanda del 1835*, in *Viaggi*, cit., p. 684.

²⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., p. 273. Da notare che il giudizio espresso da Tocqueville nei confronti della tradizione giuridica anglosassone era del tutto opposto a quello dei repubblicani francesi. Ledru-Rollin, ad esempio, aveva affermato che i bizantinismi della procedura giudiziaria britannica erano "più degni dei selvaggi che di un popolo libero" e contraddistinguevano un sistema che non era riuscito ad "oltrepassa[re] il livello delle leggi della Turchia". A. LEDRU-ROLLIN, *De la décadence de l'Angleterre*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1850, vol. I, pp. 76, 73. Sul dibattito francese sulle istituzioni britanniche nell'Ottocento si veda M. GRIFFO, *La costituzione inglese in Francia all'epoca delle due carte: il giudizio dei contemporanei*, in E. CAPOZZI (a cura di), *Le costituzioni anglosassoni e l'Europa. Riflessi e dibattito tra '800 e '900*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, pp. 33-53.

²⁶ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 368.

²⁷ A questo proposito è stato giustamente osservato che "Tocqueville non nasconde la sua simpatia per i sistemi legislativi di tipo tradizionale, apparentemente disordinati, ove impera l'idea dei diritti: vecchi alvei di forme, nei quali la saggezza comune ha saputo incanalare le correnti nuove e dare soddisfazione alle nuove esigenze, mantenendo saldo lo spirito di legalità, la maestà delle leggi, la stabilità del diritto: tradizione, idea dei diritti, conservazione di forme, tutte cose che sono contrarie al sistema o al costume della legislazione attivistica a getto continuo, la quale si sforza senza tregua di creare un ordine razionale ed uniforme in una realtà continuamente mutevole e pertanto la coarta, la costringe, la soffoca". Cfr. G. GORLA, *Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 228.

Mi limito a fare qualche esempio. Tocqueville sottolinea ripetutamente come nelle epoche democratiche il gusto, se non la passione, per le idee generali tenda a diventare un'inclinazione dominante, destinata a rivelarsi particolarmente pericolosa se trasferita nella sfera politica. Del resto, questa era la lezione che poteva essere tratta dall'esperienza della Rivoluzione francese. I rivoluzionari, infatti, non avevano fatto altro che applicare all'azione politica le formule astratte mutuata dalla letteratura e dalla filosofia, dando vita ad una "politica letteraria", definizione che stava ad indicare, per usare le parole di Finkielkraut, l'"allargamento della *mathesis* allo studio e alla soluzione dei problemi politici" e nella quale l'aggettivo "letterario" era sinonimo di "geometrico, deduttivo, astratto"²⁸:

Quando si studia la storia della nostra Rivoluzione, ci si accorge che essa è stata condotta esattamente con lo stesso spirito che portato a scrivere tante opere astratte sul governo. La stessa simpatia per le teorie generali, per i sistemi legislativi completi e per l'esatta simmetria nelle leggi; lo stesso disprezzo per la realtà dei fatti; la stessa fiducia nella teoria; lo stesso gusto dell'originale, dell'ingegnoso e del nuovo nelle istituzioni; la stessa voglia di rifare, in una sola volta, l'intera costituzione secondo le regole della logica e seguendo un unico piano, invece di emendarne le singole parti²⁹.

Se consideriamo le cose da questo punto di vista, il diritto consuetudinario può costituire un valido antidoto nei confronti dell'abuso di procedure generalizzanti e dell'asservimento del concreto agire politico all'astrattezza della pura teoria, poiché favorisce la diffusione di "una certa disposizione mentale che induce gli uomini a cercare non quel che è ragionevole in sé ma quel che è stato fatto, non il giusto ma l'antico, non le teorie generali ma i fatti particolari"³⁰.

Oppure si pensi ad uno dei temi centrali della *Democrazia in America*, vale a dire il complesso rapporto che lega il cittadino democratico al tempo³¹. In molti brani della sua opera più celebre Tocqueville sottolinea come l'individuo che vive in una società democratica, caratterizzata per definizione dall'instabilità delle condizioni sociali, sia ossessionato dal presente. L'eguaglianza delle condizioni determina infatti una sostanziale incapacità di fare pianificazioni a lungo termine: i cittadini tendono ad agire assumendo che i loro desideri e i mezzi per soddisfarli siano in costante stato di flusso e si preoccupano esclusivamente delle conseguenze immediate delle loro azioni: "il presente prende corpo, ingigantisce: copre il futuro che si annulla, e gli uomini non vogliono pensare che al giorno dopo" [DA II, 641]. Ma quella stessa eguaglianza che alimenta e rafforza negli individui democratici "quell'indifferenza brutta del futuro, che è fin troppo connaturata a certi

²⁸ Cfr. A. FINKIELKRAUT, *Nous autres, modernes: quatre leçons*, Paris, Ellipse, 2005; trad. it. *Noi, i moderni*, Torino, Lindau, 2006, p. 108.

²⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., p. 236.

³⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 371.

³¹ Questo aspetto è stato sottolineato in modo particolare da J. ELSTER, *Consequences of Constitutional Choice: Reflections on Tocqueville*, in J. ELSTER, R. SLAGSTAD, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 92-97.

istinti della specie umana”, indebolisce, fino a renderli evanescenti, anche i loro legami con il passato: “la trama dei tempi si rompe ad ogni istante, e l’orma lasciata dalle generazioni scompare” [DA II, 640, 590]. Nelle epoche aristocratiche gli individui “vivono nel ricordo di ciò che fu, piuttosto che nell’ansia di ciò che è, e si preoccupano molto più di quello che hanno pensato i loro antenati che non di cercare di pensare essi stessi con la loro testa [...]”. Nei secoli democratici accade esattamente l’inverso: “gli uomini adottano quale principio generale che è giusto e logico giudicare da soli, tenendo conto delle opinioni del passato semplicemente come informazione e non come regola [...]” [DA II, 687]. Rispetto a questa tendenza il diritto consuetudinario avrebbe potuto rivelarsi un utile coadiuvante dell’azione benefica svolta dalla religione o dall’“interesse bene inteso”. Se tali credenze, indicando un obiettivo lontano nel tempo, abitano gli uomini a concepire imprese a lunga scadenza o comunque a tener conto degli effetti di lungo periodo³², il diritto consuetudinario – “la scienza del passato”- contribuisce a mantenere vivo il legame con le generazioni precedenti, instillando una sorta di “superstizioso rispetto per le opere dei padri” e frenando quello spirito di innovazione che rappresenta uno dei tratti più caratteristici delle società democratiche³³.

In sintesi, dunque, il diritto di formazione giurisprudenziale, nonostante i suoi difetti, si rivela maggiormente favorevole al mantenimento della libertà in un’epoca contrassegnata dall’eguaglianza delle condizioni. Non a caso Tocqueville riteneva che, mentre la conservazione della *common law* in Inghilterra aveva contribuito “a preservare le idee e i principi della libertà”, giovando indirettamente anche al progresso della civiltà inglese, l’introduzione nel continente europeo del diritto scritto, “più perfezionato, efficace, civilizzato”, aveva contribuito a “fondare il dispotismo in Europa, nuocendo così alla causa della civiltà che pareva servire”³⁴.

Non va poi dimenticato che una delle ragioni principali che spingevano Tocqueville ad ammirare il sistema giuridico anglo-americano era il fatto che l’esistenza della *common law* era strettamente legata alla possibilità che emergesse un corpo aristocratico all’interno della società democratica in grado di correggere le passioni dell’uomo democratico e di attenuare gli eccessi del governo popolare o, per usare una sintesi efficace, “di far risorgere e sviluppare le virtù

³² Le religioni, secondo Tocqueville, indicano “la maniera generale del comportamento in vista del futuro”, e questa loro influenza sulla condotta individuale costituisce uno “dei loro maggiori lati politici” [DA II, 640]. Da tale punto di vista, l’interesse bene inteso, che abitua gli individui a rinunciare alla soddisfazione di un interesse momentaneo in vista di una gratificazione maggiore differita nel tempo, manifesta una sostanziale affinità con le credenze religiose [DA II, 616].

³³ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 371

³⁴ *Ivi*, p. 370.

aristocratiche nel cuore della democrazia”³⁵. Ma prima di affrontare questo tema è necessaria una breve premessa.

Come è noto, Tocqueville pone al centro della propria analisi il concetto di *état social démocratique*, ossia quel processo irresistibile e universale verso l’eguaglianza delle condizioni, destinato a influenzare ogni manifestazione della vita umana e a caratterizzare in modo irreversibile la modernità³⁶. Se all’epoca aristocratica corrispondeva un ordinamento sociale gerarchizzato e statico, in cui dominava una differenziazione permanente nella distribuzione delle risorse economiche, nel riconoscimento dello status e nell’esercizio del potere politico, l’assetto sociale democratico risultava, invece, caratterizzato da una sempre maggiore eguaglianza delle condizioni, che implicava anche una tendenza all’uniformità del modo e del tenore di vita. Era proprio il progredire di tale fenomeno a modellare una diversa composizione del corpo sociale, in cui, al posto delle prerogative ereditarie e delle distinzioni di ordini o di stati, si sostituiva un elevato grado di mobilità sociale e di dinamismo interno, che rendeva scarsamente significative - perché continuamente modificabili - le persistenti differenze di reddito e di potere. Tocqueville non intendeva mettere in discussione la presenza di *élites* all’interno di una società democratica, quanto piuttosto sottolineare che in una società egualitaria l’aspetto davvero significativo è la circolazione delle *élites*, ossia il fatto che l’accesso ai ranghi superiori della società o a posizioni di potere non è ostacolato da privilegi e da barriere legali come accadeva, invece, nelle società aristocratiche.

Esistono, o possono esistere, delle aristocrazie nel senso tocquevilliano del termine – gruppi di individui che per ricchezza, potere, prestigio o cultura si elevano rispetto alla massa e sono tenuti insieme non solo da interessi, ma anche da abitudini, gusti e, soprattutto, da idee esclusive - all’interno di una società democratica? In genere, a tal proposito, viene spesso citato quel celebre capitolo del secondo volume della *Democrazia in America* significativamente intitolato “Come dall’industria potrebbe scaturire l’aristocrazia”. In quelle pagine, infatti, Tocqueville descrive quel processo, generato dallo sviluppo dell’industrializzazione, per il quale gli operai diventavano sempre più numerosi, ma socialmente più deboli e dipendenti, mentre gli imprenditori accrescevano il loro potere economico in misura tale da configurarsi come una “nuova aristocrazia” [DA II, 649-652]. La previsione della comparsa di una nuova diseguaglianza permanente delle condizioni si fondava su un’analisi degli effetti psicologici e sociali indotti da una sempre più intensa applicazione del principio della divisione del lavoro. L’operaio, costretto ad un’attività meccanica e

³⁵ Cfr. C. COUTEL, *L’esprit légiste chez Alexis de Tocqueville*, in M. CARIUS, C. COUTEL, T. LE MARC’HADOUR (a cura di), *La pensée juridique d’Alexis de Tocqueville*, cit., p. 20.

³⁶ Cfr. R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967; trad. it. *Le tappe del pensiero sociologico*, Milano, Mondadori, 1976, pp. 569-570. Sulla nozione di *état social démocratique* in Tocqueville si vedano le considerazioni di A.M. BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 1985, pp. 65 e ss. e di P. MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Julliard, 1982, pp. 13 e ss.

ripetitiva, si degradava, mentre l'imprenditore aumentava il proprio bagaglio di conoscenze, finendo per assomigliare "all'amministratore di un vasto impero":

Il padrone e l'operaio non hanno dunque nulla di simile, e differiscono ogni giorno di più. Stanno l'uno all'altro come i due anelli estremi di una lunga catena. Ciascuno occupa un posto che è fatto per lui e dal quale non può uscire. L'uno è in dipendenza continua, stretta e necessaria dall'altro, e sembra nato per obbedire quanto quest'ultimo per comandare. Che cos'è questo se non una forma di aristocrazia? [DA II, 650]

Tuttavia, Tocqueville sembrava lasciar intendere come questo fosse un fenomeno circoscritto – "applicandosi solo all'industria e ad alcune professioni industriali, è un'eccezione, un fatto unico nel complesso delle condizioni sociali" [DA II, 651]³⁷ – e, soprattutto, transitorio³⁸. Numerosi, infatti, erano i fattori che rendevano improbabile il ricostituirsi di strutture gerarchiche stabili: la rapidità con cui le fortune commerciali e industriali si formavano e si disfacevano o passavano di mano, i vincoli posti dalle leggi di successione, la tendenza ad un aumento lento e progressivo dei salari. Al di là di tali considerazioni, le nuove aristocrazie avrebbero comunque assunto una forma del tutto diversa da quelle del passato, poiché sarebbero state minoranze prive di legami comuni e durevoli:

Le piccole società aristocratiche, che certe industrie formano nel cuore della immensa democrazia di oggi, comprendono, come le grandi società aristocratiche dei tempi antichi, poche persone ricchissime e una moltitudine miserabile [...], [ma], benché vi siano dei ricchi, la classe dei ricchi non esiste, giacché questi ricchi non hanno né sentimenti, né scopi comuni e neppure tradizioni o speranze. Ci sono quindi dei membri, ma non c'è un corpo [DA II, 651].

A giudizio di Tocqueville l'unica aristocrazia compatibile con la democrazia è quella rappresentata dai "legisti", ossia da coloro che si occupano professionalmente del diritto, avvocati e giudici: "l'aristocrazia americana [...] non è tra i ricchi, i quali non hanno alcun legame comune che li unisca. L'aristocrazia americana è al banco degli avvocati e sul seggio dei giudici" [DA I, 316]. Occorre sottolineare come nel capitolo della *Democrazia in America* dedicato all'*esprit légiste* si parli indistintamente di avvocati e giudici perché in America non esiste quella figura del giudice come funzionario dello stato che è tipica del panorama giuridico dell'Europa continentale e perché i giudici, che provengono dalle fila dell'avvocatura, non sono mai stati separati dagli altri operatori

³⁷ "Io penso che, a conti fatti, l'aristocrazia manifatturiera che vediamo sorgere sotto i nostri occhi, è una delle più dure che siano apparse sulla terra, ma è anche, nello stesso tempo, una delle più circoscritte e delle meno pericolose" [DA II, 652].

³⁸ Tale impressione è rafforzata da una nota di stesura in margine al capitolo in questione, in cui Tocqueville scriveva: "Ho detto che la democrazia spinge gli uomini verso l'industria, e l'industria, così come oggi sembra volersi organizzare, tende a riportarli verso l'aristocrazia. *Ogni società comincia con l'aristocrazia, e l'industria subisce questa legge*". Cfr. *De la démocratie en Amérique*, (edizione Nolla), cit., vol. II, p. 140 corsivo mio. Si veda, tuttavia, il brano in cui Tocqueville, stabilendo una connessione tra lo sviluppo dell'industria e il possibile avvento del dispotismo, si spinge ad affermare che gli industriali sarebbero diventati "la classe principale e per così dire, la classe unica" [DA II, 805].

del diritto. Tocqueville lo aveva appreso dai suoi colloqui con Gallatin, il quale gli aveva fatto notare che nella repubblica americana “i magistrati sono tutti tratti dal corpo degli avvocati e, salvo le norme vigenti nelle udienze, restano su un piede di eguaglianza con questi ultimi”³⁹.

La superiorità della classe dei legisti si fondava sul possesso di un sapere specialistico inaccessibile ai più: “le conoscenze speciali, che i legisti acquistano studiando il diritto, assicurano loro un rango a parte nella società; essi formano una specie di classe privilegiata. Ritrovano ogni giorno l’idea di questa superiorità nell’esercizio della loro professione; sono i padroni di una scienza indispensabile, la cui conoscenza non è diffusa [...]” [DA I, 311]. Questo aspetto risultava straordinariamente amplificato dalle caratteristiche del sistema giuridico anglo-americano che, come abbiamo sottolineato, è fondato sulla *common law*, ossia sulla conoscenza dei precedenti. Nei paesi che avevano adottato la codificazione le leggi, nei loro aspetti salienti o nei principi generali, pur spesso difficili da comprendere, erano comunque accessibili a tutti:

non vi è niente, invece, di più oscuro per il volgo, e meno alla sua portata, che un ordinamento giuridico fondato sui precedenti. Questo bisogno che si ha del giurista in Inghilterra e negli Stati Uniti, quest’alta idea che ci si forma della sua cultura, lo separano sempre più dal popolo, e finiscono per metterlo in una classe a parte. Il giurista francese è solo un sapiente; ma l’uomo di legge inglese o americano assomiglia in qualche modo ai sacerdoti dell’Egitto; come questi, egli è l’unico interprete di una scienza occulta [DA I, 315]⁴⁰.

Se si confrontava ciò che avveniva nelle aule dei tribunali nei paesi anglo-americani e in Francia, ci si poteva facilmente rendere conto dell’incidenza della tradizione e dei costumi giuridici nel determinare una diversa *forma mentis* tra coloro che si occupavano professionalmente del diritto:

Quando ascoltate un giurista inglese o americano, siete meravigliati di vedergli citare così sovente l’opinione degli altri e di sentirlo parlare così poco della propria, mentre da noi accade il contrario. Non vi è questione, per piccola che sia, che l’avvocato francese acconsenta a trattare, senza introdurvi un sistema di idee che gli appartiene, ed egli discuterà perfino i principi costitutivi delle leggi per persuadere il tribunale a spostare indietro di un passo il confine dell’eredità contestata. Questa sorta di abdicazione del proprio giudizio, che il giurista inglese o americano fa per rimettersi al giudizio dei suoi padri, questa specie di servitù, in cui è obbligato a mantenere il suo pensiero, deve dare allo spirito legistico abitudini più timide e fargli contrarre tendenze più stabili in Inghilterra e in America che in Francia [DA I, 315]⁴¹.

³⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 45.

⁴⁰ Negli appunti di viaggio, Tocqueville cita significativamente un’affermazione di James Kent, il quale aveva sostenuto che la biblioteca minima di un giurista avrebbe dovuto comprendere non meno di 648 volumi. Cfr. *op. cit.*, p. 367.

⁴¹ John C. Spencer, uno dei migliori giuristi dell’epoca, aveva fatto notare a Tocqueville che l’atteggiamento conservatore e lo scarso interesse al cambiamento degli uomini di legge americani rispetto a quelli francesi dipendeva in larga misura dall’esistenza della *common law*: “Il nostro diritto civile è basato interamente sui *precedenti*. Un magistrato è legato mani e piedi alla sentenza di un altro giudice. Ciò fa sì che il diritto non venga quasi mai messo in discussione, e che tutto si riduca, per così dire, ai dati di fatto. Si tratta di conoscere quel ch’è già stato giudicato in materia e discutere se l’esempio sia più o meno applicabile. È chiaro che un simile esercizio non induce a teorizzare; a volte anzi atrofizza la mente. I vostri avvocati, invece, almeno per quanto posso giudicare in base ai resoconti, si credono obbligati a tirare in ballo l’intera società per qualsiasi bazzecola”. *Ivi*, pp. 54-55.

Il possesso di un sapere specialistico ed esclusivo era non solo all'origine della superiorità che potevano vantare gli uomini di legge, ma costituiva anche la ragione per la quale i legisti formavano "naturalmente" un corpo aristocratico: "non è che si accordino fra loro e si dirigano verso una stessa meta; ma la comunanza degli studi e l'unità dei metodi legano i loro spiriti gli uni agli altri, come l'interesse potrebbe unire le loro volontà". Nel loro animo era possibile rintracciare una parte dei gusti e delle abitudini dell'aristocrazia: "inclinazione istintiva per l'ordine, un amore naturale per le forme; [come l'aristocrazia] provano un gran disgusto per le azioni della moltitudine e disprezzano segretamente il governo del popolo" [DA I, 311-312]. Proprio perché animati da passioni tipicamente aristocratiche, gli uomini di legge erano in grado di neutralizzare, o comunque di attenuare rendendoli meno pericolosi, gli istinti dell'individuo democratico o i vizi intrinseci del governo popolare. Ad esempio, gli uomini che vivono nei secoli democratici

non capiscono facilmente l'utilità delle forme; provano un disdegno istintivo per esse. [...] Le forme eccitano il loro disprezzo e spesso il loro odio. Siccome normalmente non aspirano che a godimenti facili e immediati, si gettano impetuosamente verso l'oggetto dei loro desideri; il più piccolo ritardo li esaspera. Questo temperamento, che conservano nella vita politica, li indispetta nei confronti delle forme, che ogni giorno li ostacolano o li fermano in qualcuno dei loro progetti [DA II, 819-820].

Queste abitudini e queste idee suscitate dall'eguaglianza delle condizioni rappresentavano per Tocqueville "tendenze dannosissime" per la libertà, proprio perché gli individui che vivono nelle epoche democratiche sono quelli che hanno per natura più bisogno delle forme:

L'inconveniente che gli uomini democratici trovano nelle forme, è invece quello che rende queste ultime così utili alla libertà, dato che il loro merito principale è di fare da barriera tra il forte e il debole, tra chi governa e chi è governato, frenando l'uno e dando il tempo all'altro di riaversi. Le forme sono tanto più necessarie, quanto più lo Stato è attivo e potente, e i privati indolenti e imbelli [DA II, 820].

Se le epoche aristocratiche si caratterizzavano per una spontanea "superstizione delle forme", nelle democrazie il rispetto per le questioni di forma poteva essere recuperato soltanto in modo artificiale, creando i presupposti per "un culto illuminato e cosciente di esse" [DA II, 820]. Ma è in particolare nei confronti degli eccessi del governo democratico che l'aristocrazia dei giudici esercitava un freno salutare:

Quando il popolo americano sia lascia inebriare dalle sue passioni, o si abbandona all'impulso delle sue idee, i giuristi gli fanno sentire un freno quasi invisibile che lo modera e lo ferma. Ai suoi istinti democratici, essi oppongono segretamente le loro tendenze aristocratiche; al suo amore della novità, il loro rispetto superstizioso per ciò che è antico; all'immensità dei suoi piani, le loro vedute ristrette; al suo disprezzo delle regole, il loro gusto per le forme; e alla

sua foga, la loro abitudine di procedere con lentezza. I tribunali sono gli organi visibili di cui il corpo dei legisti si serve per agire sulla democrazia [DA I, 316-317]⁴².

Tuttavia, Tocqueville sottolineava come la classe giuridica americana, pur possedendo le caratteristiche che sono proprie di un'aristocrazia, fosse aperta e, soprattutto, venisse considerata tale, non suscitando pertanto quelle riserve o quelle resistenze che ci si sarebbero potute aspettare da una società permeata dall'eguaglianza delle condizioni⁴³. Il legista infatti "appartiene al popolo per interesse e per nascita e all'aristocrazia per abitudini e gusti; egli è come il legame naturale tra queste due cose, come l'anello che le unisce". Il corpo dei magistrati costituisce dunque "il solo elemento aristocratico che possa mescolarsi senza sforzo agli elementi naturali della democrazia e combinarsi in maniera felice e durevole con essi" [DA I, 314].

La naturale propensione al conservatorismo degli uomini di legge non deriva esclusivamente dalle abitudini e dai sentimenti che essi hanno tratto dallo studio del diritto. Esistono anche altre motivazioni, riconducibili in termini generali all'interesse personale, che li spingono a contrastare lo spirito rivoluzionario e le "impulsive passioni" della democrazia. Tocqueville infatti osserva che "un corpo aristocratico non può mai soddisfare tutte le ambizioni che esso racchiude; vi si trovano sempre più talenti e passioni che occupazioni, e si incontra sempre un gran numero di uomini che, non potendo diventare grandi abbastanza in fretta servendosi dei privilegi del corpo, cercano di farlo attaccando quei privilegi" [DA I, 312]⁴⁴. Ma se i membri di quel corpo occupano all'interno della società "quella posizione elevata che loro appartiene naturalmente" e possiedono una grande influenza, saranno i più fieri avversari di ogni cambiamento per cercare di conservare e di difendere le proprie posizioni di status [DA I, 312].

Questa generalizzazione trovava ampio riscontro nel comportamento degli uomini di legge in Inghilterra e in America. L'aristocrazia inglese, diversamente da quella francese più simile a una casta, si era sempre dimostrata un'aristocrazia aperta. Era stata capace di far leva sulle passioni di tutte le classi sociali che aspiravano ad entrare nei suoi ranghi e di "attirare nel suo seno tutto ciò di

⁴² Gallatin aveva confessato a Tocqueville di considerare "la magistratura, sostenuta come sempre avviene dagli avvocati, il regolatore che evita brusche scosse alla nostra democrazia e che mantiene l'equilibrio della macchina". *Ivi*, p. 46.

⁴³ Anche Bryce metterà in evidenza tale aspetto, sottolineando come l'accesso alla formazione giuridica e l'ammissione alla professione legale fossero relativamente più facili negli Stati Uniti rispetto agli altri paesi europei, compresa la Gran Bretagna. Cfr. J. BRYCE, *The American Commonwealth* (1888), Indianapolis, Liberty Fund, 1995, vol. II, pp. 1286 e ss. Siedentop, riprendendo alcune riflessioni tocquevilliane, ha osservato che "in America, una condizione informale dell'importante ruolo politico degli avvocati è sempre stata la facilità con cui si può ottenere un'istruzione in questo campo e il fatto che una laurea in giurisprudenza sia un trampolino di lancio per altri settori della vita professionale [...]. Grazie alla stretta associazione con l'idea della mobilità sociale, gli avvocati hanno potuto esercitare una funzione politica di primo piano senza che questa suscitasse dubbi sulla sua democraticità. Per contro, l'antica opposizione, in Gran Bretagna, al ruolo politico dei magistrati e degli avvocati è soprattutto dovuta al carattere più 'chiuso' della classe giuridica britannica, alla sua base sociale più ristretta. Sotto questo aspetto, le altre nazioni europee somigliano più alla Gran Bretagna che agli Stati Uniti". Cfr. L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, London, Penguin, 2000; trad. it *la democrazia in Europa*, Torino, Einaudi, 2001, p. 179.

⁴⁴ Era questo, a giudizio di Tocqueville, il comportamento che avevano tenuto i legisti francesi nel 1789.

cui avvertiva la naturale affinità, [concedendo] ai legisti una grandissima parte di prestigio e di potere”:

Nella società inglese i legisti non sono al primo posto, ma si ritengono soddisfatti del posto che occupano. Essi formano come il ramo cadetto dell'aristocrazia inglese e amano e rispettano i loro antenati, senza condividere tutti i loro privilegi. I legisti inglesi uniscono, così, agli interessi aristocratici della loro professione le idee e i gusti aristocratici della società in mezzo alla quale vivono [DA I, 315-316].

In America, dove non esisteva un'aristocrazia ereditaria e dove la classe dei capitalisti non costituiva un autentico corpo aristocratico, gli uomini di legge formavano naturalmente “la classe politica superiore e la parte più intellettuale della società”: la loro posizione speciale li rendeva refrattari ad ogni cambiamento e ad ogni innovazione, dalle quali “avrebbero [avuto] tutto da perdere” e questo “aggiunge[va] un interesse conservatore al gusto naturale che hanno per l'ordine” [DA I, 316]⁴⁵.

Sarebbe un errore ritenere che l'influenza degli uomini di legge restasse confinata entro la cinta dei tribunali, “gli organi visibili di cui il corpo dei legisti si serve per agire sulla democrazia” [DA I, 317]. In primo luogo, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, ai giudici americani, grazie soprattutto all'istituto della *judicial review*, era stata concessa la possibilità di interferire continuamente negli affari politici. In secondo luogo, dato che costituivano l'unica classe colta verso la quale il popolo non mostrava diffidenza o sospetto, gli uomini di legge venivano generalmente chiamati a ricoprire la maggior parte delle cariche pubbliche: erano massicciamente presenti nelle assemblee legislative, nei posti chiave delle amministrazioni, nei partiti politici, finendo per esercitare anche un'influenza diretta sulla formazione delle leggi e sulla loro esecuzione [DA I, 317]. Il fatto che la maggior parte degli uomini politici provenisse dalle fila dei legisti, l'esistenza di istituzioni particolari come il sistema delle giurie popolari e la peculiarità tutta americana di risolvere le questioni politiche in questioni giudiziarie costituivano le ragioni principali in grado di spiegare perché l'influenza dei legisti riuscisse ad estendersi a tutto il corpo sociale, contribuendo a “familiarizzare tutte le classi con le abitudini giudiziarie”:

⁴⁵ A Tocqueville che gli chiedeva qual'era in America la posizione sociale degli avvocati e il loro carattere, Gallatin aveva risposto: “L'uno si spiega con l'altra; gli avvocati occupano i primi posti nella società e hanno grande ascendente, ragion per cui anziché essere inquieti e agitati come in Europa sono piuttosto conservatori. Senza gli avvocati avremmo già modificato le nostre leggi civili, ma essi difendono abusi e cavilli di cui profittano”. Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 45. Il nesso che lega l'orientamento conservatore degli uomini di legge nei sistemi di *common law* a ragioni riconducibili alla difesa dell'interesse personale verrà messo in evidenza anche da Weber, il quale osserverà che “quando i pratici del diritto – e specialmente gli avvocati – si affermano come portatori della dottrina giuridica e come detentori del monopolio corporativo dell'ammissione alla prassi giuridica, la stabilizzazione del diritto ufficiale, il carattere esclusivamente empirico della sua applicazione e l'esclusione della sua razionalizzazione legislativa o scientifica vengono anche decisamente favorite da un fattore economico, cioè dall'interesse pecuniario di quei pratici. Ogni interferenza nelle forme tradizionali della procedura [...] costituisce una minaccia per i loro interessi materiali”. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922; trad. it. *Economia e società*, Milano, Comunità, 2000, vol. III, p. 115.

Il linguaggio giuridico diviene così, in qualche modo, la lingua volgare; lo spirito dei legisti, nato nell'ambito delle scuole e dei tribunali, si estende quindi a poco a poco al di là della loro cinta; s'infiltra per così dire in tutta la società; discende nei ceti più bassi e il popolo intero finisce per contrarre una parte delle abitudini e dei gusti del magistrato [DA I, 318].

Ed era proprio questa capacità di influenzare e di forgiare costumi, abitudini, mentalità e comportamenti che configurava gli uomini di legge come una vera e propria "potenza":

una potenza che si teme poco, che si nota appena, che non ha una sua insegna, che si piega con flessibilità alle esigenze del momento e si lascia andare senza resistenza a tutti i movimenti del corpo sociale; ma essa avvolge la società tutta intera, penetra in ciascuna delle classi che la compongono, la plasma in segreto, agisce senza posa su di lei a sua insaputa, e finisce col modellarla secondo i suoi desideri [DA II, 318].

2. Il ruolo "politico" del potere giudiziario negli Stati Uniti

Ciò che colpisce, a una prima lettura della parte della *Democrazia in America* dedicata all'analisi degli organi in cui si articola il potere giudiziario negli Stati Uniti e del loro concreto funzionamento, non è tanto l'originalità delle singole osservazioni, per molti versi mutate dalle pagine del *Federalist* e dei *Commentaries* di James Kent e di Joseph Story, quanto la capacità di Tocqueville di cogliere l'essenziale, ossia l'importanza dei fattori istituzionali – la superiorità della costituzione rispetto al potere legislativo ordinario, il federalismo, la frammentazione dell'autorità e l'assenza di gerarchia nell'amministrazione – nel determinare posizione, ruolo e influenza del potere giudiziario all'interno della democrazia americana⁴⁶. Questa considerazione sembrerebbe dar ragione a chi ha sottolineato come lo schema teorico in materia di teoria costituzionale della *Democrazia* del 1835 non si discosti poi molto dai canoni della scienza politica liberale classica sia

⁴⁶ Non è questa la sede per affrontare la *vexata quaestio* relativa a quale fattore il pensatore francese attribuisca la priorità esplicativa nella sua analisi delle società democratiche, se alle istituzioni o ai costumi. In un noto brano della *Democrazia in America*, dopo aver osservato che gli europei tendevano ad esagerare l'influenza delle cause fisiche sulla durata delle istituzioni democratiche e a dare maggiore importanza alle leggi rispetto ai costumi, Tocqueville affermava: "Queste tre grandi cause servono indubbiamente a regolare e a dirigere la democrazia americana; ma, se fosse necessario classificarle, direi che le cause fisiche vi contribuiscono meno delle leggi, e le leggi meno dei costumi" [DA I, 364]. E in una celebre lettera egli ribadiva di "attribuir[re] solo un'influenza secondaria alle istituzioni sul destino degli uomini", aggiungendo di essere "molto convinto che le società politiche sono, non il risultato delle loro leggi, ma il risultato di ciò che le prepara anticipatamente ad essere i sentimenti, le credenze, le idee, le abitudini di cuore e di spirito degli uomini che le compongono, ossia l'effetto dell'indole e dell'educazione". A. DE TOCQUEVILLE, lettera a M. de Corcelle, 17 settembre 1853, in *Œuvres complètes*, Paris, Michel Lévy Frères, 1860, vol. VI; trad. it. *Vita attraverso le lettere*, cit., pp. 350-351. L'analisi del ruolo del potere giudiziario nella democrazia americana sembrerebbe invece mostrare che per il pensatore francese le istituzioni "contano". Del resto lo stesso Tocqueville in una relazione presentata all'Académie des Sciences morales et politiques aveva scritto: "Non intendo esagerare l'influenza del meccanismo delle leggi sul destino dei popoli. So che i grandi avvenimenti del mondo debbono essere principalmente attribuiti a delle cause generali più profonde; ma non saprei negare che le istituzioni abbiano una certa virtù loro propria, e che esse contribuiscano alla prosperità o alla miseria delle società". A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur La démocratie en Suisse* (1848), in *Œuvres complètes*, cit., vol. XVI; trad. it. *Relazione sull'opera di E. Cherbuliez intitolata: "La Democrazia in Svizzera"*, in *Scritti politici*, cit., vol. I, p. 261. Si potrebbe sostenere che nell'analisi di una democrazia che, come quella americana, ha raggiunto la stabilità o, per usare le parole di Tocqueville, il suo "assetto permanente e tranquillo", istituzioni, credenze e *moeurs* agiscono e si rinforzano reciprocamente. Si veda in proposito C. EDLING, P. HEDSTRÖM, *Analytical Sociology in Tocqueville's Democracy in America*, in M. CHERKAOUI, P. HAMILTON, *Raymond Boudon. A Life in Sociology. Essays in Honour of Raymond Boudon*, Oxford, The Bardwell Press, 2009, vol. I, pp. 153-172.

per quanto riguarda la diagnosi dei rischi per la libertà individuale connessi all'affermazione della democrazia politica – tendenza alla concentrazione dei poteri nell'assemblea legislativa, dispotismo delle maggioranze - sia per quanto riguarda le soluzioni proposte per contrastarli – bicameralismo, rafforzamento delle prerogative del potere esecutivo, indipendenza della magistratura⁴⁷. Ritengo invece che l'aver sottolineato da parte di Tocqueville l'eccezionale posizione⁴⁸ e il ruolo spiccatamente politico del potere giudiziario all'interno della democrazia americana sia difficilmente interpretabile come la riproposizione *sic et simpliciter* di schemi propri del liberalismo classico e costituisca uno dei tratti originali del suo costituzionalismo. L'analisi del ruolo della magistratura condotta da un punto di vista descrittivo assume spesso nell'opera del pensatore francese anche una valenza normativa sia rispetto alla democrazia intesa come forma di governo – “l'estensione del potere giudiziario nel mondo politico deve dunque essere correlativa all'estensione del potere elettivo. Se queste due cose non procedono assieme lo Stato finisce per cadere nell'anarchia o nella servitù” [DA I, 95] - sia rispetto alla democrazia intesa come assetto sociale – “i diritti e gli interessi privati saranno sempre in pericolo, se il potere giudiziario non cresce e non si estende nella stessa proporzione in cui le condizioni si livellano” [DA II, 819].

Si potrebbe sostenere che questo tema era già stato ampiamente trattato nell'analisi che era stata effettuata in alcuni celebri articoli del *Federalist*. Occorre sottolineare, tuttavia, che Hamilton si era preoccupato, per ragioni di battaglia politica, più di ridimensionare che di sottolineare il ruolo politico del potere giudiziario. Gli antifederalisti infatti sostenevano che uno dei pericoli del sistema di governo delineato nella costituzione redatta a Filadelfia era proprio quello di porre il potere giudiziario in una situazione che “non aveva precedenti in un paese libero”. Le decisioni dei giudici non sarebbero rimaste nell'ambito di regole fisse e stabilite, ma avrebbero inevitabilmente assunto le caratteristiche di un'interpretazione soggettiva dello spirito e della lettera della carta costituzionale: “le opinioni della Corte suprema, quali che esse siano, avranno forza di legge, perché non c'è potere previsto dalla costituzione che possa correggere i loro errori o controllare le loro sentenze [...]. Il potere del giudiziario opererà per dare effetto, nel modo più sicuro, ma anche più silenzioso e impercettibile, a quella che è la tendenza della costituzione ovvero ad un sovvertimento completo dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario dei singoli Stati”⁴⁹. Hamilton

⁴⁷ Si vedano, ad esempio, le pagine dedicate alla *Democrazia* del 1835 da A.M. BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, cit., pp. 146-191.

⁴⁸ Questo aspetto è sottolineato anche nelle note a margine della *Democrazia in America*, là dove Tocqueville afferma: “Il potere giudiziario [è] la parte più difficile da comprendere di tutta la costituzione americana. In altri luoghi ci sono state confederazioni, un sistema rappresentativo, una democrazia; ma da nessuna parte un potere giudiziario organizzato come quello dell'Unione”. Per poi aggiungere: “Ai miei occhi, la costituzione del potere giudiziario forma la parte più nuova e più originale dell'intero sistema politico degli Americani”. Cfr. *De la démocratie en Amérique*, (edizione Nolla), cit., vol. I, p. 81.

⁴⁹ “Brutus” XI (31 gennaio 1788), in R. KETCHAM (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, New York, Penguin Books, 1986, p. 295.

aveva replicato sostenendo che il potere giudiziario, non potendo “influire né sulla spada né sulla borsa” e non avendo “forza né volontà, ma soltanto giudizio”, era il realtà il potere “meno pericoloso”: “in una costituzione in cui [i poteri] siano rigorosamente separati l’uno dall’altro il meno pericoloso per i diritti politici sanciti dalla costituzione sarà sempre quello giudiziario, per la natura stessa delle funzioni da esso svolte, giacché esso avrà le minori possibilità di ostacolarli e di colpirli”⁵⁰. Contestando la tesi secondo cui attribuire alle Corti di giustizia il potere di dichiarare nulli gli atti legislativi contrari alla costituzione significava postulare la superiorità del potere giudiziario, egli aveva tentato di riportare il discorso in un ambito prevalentemente giuridico, sottolineando come l’interpretazione delle leggi affidata alle Corti fosse una conseguenza diretta della preminenza della legge fondamentale, nella quale si incarnava la volontà popolare, all’interno della gerarchia delle fonti del diritto: “Qualora dovesse verificarsi discordanza insanabile tra la legge costituzionale e quella ordinaria, si dovrà, naturalmente, dar preferenza a quella verso cui siamo legati da obblighi maggiori; in altre parole alla legge ordinaria si dovrà preferire la costituzione, ai voleri dei delegati del popolo quelli del popolo stesso”⁵¹.

Tocqueville, invece, afferma in modo esplicito che la saggezza dei costituenti americani è consistita proprio nell’aver attribuito un ruolo politico di primo piano al potere giudiziario e nell’aver saputo prudentemente e sapientemente occultare per quanto possibile tali prerogative. Vale quindi la pena di riassumere sinteticamente le ragioni per cui – a giudizio dell’autore della *Democrazia in America* - si può tranquillamente sostenere che negli Stati Uniti i giudici esercitano “un immenso potere politico” e che “le istituzioni giudiziarie occupano un posto importante *tra le istituzioni politiche propriamente dette*” [DA I, 167]⁵².

Per Tocqueville, l’organizzazione giudiziaria è uno degli elementi del sistema istituzionale americano che uno straniero riesce a comprendere con maggiore difficoltà:

Non vi è, per così dire, avvenimento politico in cui non si senta invocare l’autorità del giudice; dal che egli conclude che il giudice sia una delle principali forze politiche. Quando, poi, esamina la costituzione dei tribunali, non vi scopre, in un primo momento, che attribuzioni e abitudini giudiziarie. Ai suoi occhi il magistrato sembra introdursi negli affari politici solo per caso; senonché, è un caso che si ripete tutti i giorni [DA I, 122]⁵³.

⁵⁰ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist Papers*, New York, McLean, 1788; trad. it. *Il Federalista*, a cura di M. D’Addio e G. Negri, Bologna, Il Mulino, 1997, n. 78, pp. 622-623. Tocqueville negli appunti di di stesura alla *Democrazia in America* dà una definizione che ricalca quella formulata da Hamilton: “Se si esamina la costituzione dei diversi poteri che governano la società, si scopre facilmente che il più debole di tutti è quello giudiziario, quando è lasciato alle sue sole risorse. Il legislativo si appoggia sulla forza morale che appartiene all’intera nazione. L’esecutivo ha dalla sua parte il diritto di iniziativa e il potere materiale dei suoi agenti, ma la magistratura rappresenta soltanto l’autorità della ragione. Il potere giudiziario diventa temibile solo unendosi a un altro potere”. Cfr. *De la démocratie en Amérique*, a cura di A. Jardin, Paris, Gallimard 1992; trad. it. *La democrazia in America*, a cura di C. Vivanti, Torino, Einaudi, 2006, nota di stesura, p. 847.

⁵¹ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 78, p. 625.

⁵² Corsivo mio.

⁵³ È stato giustamente osservato che Tocqueville è stato il primo a intuire come in America il diritto sia “il principale strumento di auto-regolazione di una società pluricentrica, pluralistica e iper-conflittuale. Se in Europa la legge è

I costituenti americani avevano fatto in modo che il potere giudiziario mantenesse tutte le caratteristiche che lo rendono “facilmente riconoscibile” e fosse “esattamente rinchiuso nella sfera delle sue attribuzioni”. In primo luogo, il potere giudiziario svolge una funzione arbitrale, nel senso che si occupa di una legge soltanto nel caso in cui è sollecitato a farlo dall’emergere di una contestazione che dà luogo a un processo:

Quando un giudice, a proposito di un processo, si pronuncia su una legge ad esso relativa, estende la sfera delle sue attribuzioni, ma non ne esce, poiché gli è stato necessario, in un certo senso, giudicare la legge per poter giudicare il processo. Quando invece si pronuncia su una legge, senza prendere le mosse da un processo, esce completamente dalla sua sfera e penetra in quella del potere legislativo [DA I, 123].

In secondo luogo, il potere giudiziario è chiamato a pronunciarsi soltanto su casi particolari e non su principi generali:

Quando un giudice, deliberando in una questione particolare, distrugge un principio generale, con la certezza che, essendo colpite in tal modo tutte le conseguenze di questo principio, il principio stesso diventa sterile, resta nell’ambito naturale della sua azione; ma, se il giudice attacca direttamente il principio generale e lo distrugge senza avere in vista il caso particolare, esce dall’ambito in cui tutti i popoli lo hanno rinchiuso di comune accordo: diviene qualcosa di più importante, forse di più utile, del magistrato, ma cessa di rappresentare il potere giudiziario [DA I, 123].

Infine, e si tratta di una caratteristica fondamentale, il potere giudiziario è “per natura [...] privo d’azione”, nel senso che per agire ha sempre bisogno che ne venga fatta richiesta:

Gli si denuncia un crimine, ed esso punisce il colpevole; lo si chiama a riparare un’ingiustizia, ed esso la ripara; gli si sottopone un atto, ed esso l’interpreta; ma non va da solo a perseguire i criminali, a trovare l’ingiustizia, a esaminare i fatti. Il potere giudiziario farebbe in certo senso violenza a questa sua natura passiva, se prendesse lui stesso l’iniziativa e si atteggiasse a censore delle leggi [DA I, 123]⁵⁴.

l’espressione di un potere sovrano che controlla e organizza la società, negli Stati Uniti essa è al contrario il motore di un ordine sociale spontaneo. È lo strumento dell’auto-regolazione di una società fondata sulla concorrenza. È, in definitiva, il meccanismo mediante cui viene perpetuato il primato della società rispetto al governo”. A. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 145.

⁵⁴ Tocqueville ribadisce la natura “passiva” del potere giudiziario anche nel penultimo capitolo della *Democrazia in America*, là dove osserva che “l’essenza stessa” di questo potere consiste nell’“occuparsi di interessi privati e appuntare la sua attenzione su piccole questioni che gli vengono sottoposte; [...] non venire spontaneamente in aiuto di coloro che sono oppressi, ma essere continuamente a disposizione anche del più umile di loro” [DA II, 819]. La lettura dei brani citati potrebbe risultare molto istruttiva per quanti si occupano del rapporto tra politica e magistratura in Italia, dove non è infrequente la plateale censura delle leggi da parte di singoli esponenti della magistratura o del loro organo di autogoverno. Da notare, inoltre, come Tocqueville, in sintonia con tutta la tradizione liberale a partire da Montesquieu, sottolinei come la separazione tra funzioni giudicanti e funzioni requirenti costituisca al tempo stesso un elemento di forza e un limite del potere giudiziario. Nel capitolo dedicato al giudizio politico negli Stati Uniti, il pensatore francese afferma che quando “il tribunale che pronuncia questi giudizi è composto dagli stessi elementi e sottoposto alle stesse influenze del corpo incaricato di accusare” si hanno minori garanzie per l’imputato perché in genere si tende a condannare con maggiore facilità [DA I, 134-135]. L’osservazione aveva per oggetto la procedura di *impeachment*, ma il ragionamento può essere esteso a qualunque tipo di processo.

Queste caratteristiche, che in misura diversa si possono rintracciare anche altrove, si uniscono tuttavia ad una peculiarità che non ha riscontro da nessun'altra parte: il giudice americano è "rivestito di un immenso potere politico" e "possiede una potenza" del tutto sconosciuta ai magistrati dei paesi europei. La ragione di questa differenza risiede – secondo Tocqueville – nel fatto che è stato riconosciuto ai giudici "il diritto di fondare le loro sentenze sulla *costituzione* più che sulle *leggi*" o, in altre parole, che è stato consentito loro "di non applicare quelle leggi che ritenessero incostituzionali" [DA I, 124]. Nel sottolineare l'importanza del controllo diffuso di costituzionalità delle leggi, ovvero la possibilità da parte delle Corti e della Corte suprema in ultima istanza di annullare gli atti legislativi contrari alla legge fondamentale, Tocqueville mostra di cogliere la radicale novità introdotta dalla fondamentale distinzione – sottolineata da Madison – "tra una costituzione che viene fissata dal popolo e non può venire alterata dagli organi costituzionali, ed una legge votata dagli organi rappresentativi e che può venire quindi modificata da questi"⁵⁵. L'esistenza di una costituzione scritta e rigida, che contemplava norme precise per la revisione del testo costituzionale, era ciò che distingueva l'America dalle esperienze degli altri paesi europei. In Francia la costituzione veniva considerata "un'opera immutabile" e nessuno possedeva i mezzi legali per mutarla⁵⁶. In Inghilterra, addirittura, la costituzione non esisteva affatto e il parlamento, oltre a detenere il potere legislativo, deteneva anche - di fatto - il potere costituente. È vero che gli inglesi ritenevano che alcuni principi generali dovessero essere rispettati anche dai legislatori, ma il fatto che tali principi non fossero stati stabiliti in forma scritta impediva che potesse essere opposta la lettera della costituzione a quella della legge⁵⁷. Non era infrequente che le Corti di giustizia,

⁵⁵ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 53, p. 469.

⁵⁶ Tocqueville si riferiva in particolare alla Carta del 1830 e al fatto che in quel testo non fosse stata indicata una procedura per cambiare la costituzione: "Da chi il Re deriva i suoi poteri? Dalla costituzione. Da chi i pari? Dalla costituzione. Da chi i deputati? Dalla costituzione. Come dunque il Re, i pari e i deputati, riunendosi, potrebbero cambiare qualcosa a una legge in virtù della quale solo essi governano? Fuori dalla costituzione essi non sono nulla: su quale terreno si porrebbero dunque per cambiare la costituzione? Delle due, l'una: o i loro sforzi sono impotenti contro lo statuto, che continua ad esistere a dispetto di essi, e allora essi continuano a regnare in suo nome; o essi giungono a cambiare lo statuto, e allora, non esistendo più la legge per cui essi esistevano, essi stessi non sono più niente. Distruggendo lo statuto, essi si sono distrutti" [DA appendice, 852]. Per Dicey, pesava sul giudizio di Tocqueville la convinzione che "la sovranità del parlamento non [fosse] una componente integrante del costituzionalismo della Francia". Il fatto che nella Carta non si potesse "rintracciare una singola espressione che fosse manifestamente limitativa della potestà legislativa che era propria della Corona e delle due Camere" mostrava semplicemente come, analogamente a quanto avveniva nella monarchia costituzionale inglese, "sotto la dinastia orleanista il parlamento fosse sovrano". Tanto è vero che, contrariamente a quanto affermato da Tocqueville, l'art. 23 della costituzione, che regolava la nomina dei pari, era stato modificato attraverso il ricorso alla procedura legislativa ordinaria. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, Macmillan, 1915; trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, a cura di A. Torre, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 102-103.

⁵⁷ A giudizio di Dicey, l'affermazione di Tocqueville secondo cui il parlamento inglese era un'assemblea legislativa e costituente ad un tempo sintetizzava efficacemente il fatto che l'organo parlamentare aveva il potere di modificare qualsiasi tipo di legge. Tuttavia, egli sottolineava che il pensatore francese non aveva saputo offrire una corretta interpretazione della stretta connessione tra l'assenza di qualsiasi distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie e l'inesistenza di una costituzione scritta o formalmente approvata. Tocqueville "ha assunto la forma della costituzione come la causa delle sue qualità sostanziali, e ha invertito il nesso tra causa e effetto", dando l'impressione di ritenere

attraverso l'interpretazione, eludessero leggi ritenute contrarie ai principi di equità, ma non era mai accaduto che “si rifiutassero formalmente di applicare una legge”⁵⁸. In America, invece, la costituzione “forma un'opera a sé che, esprimendo la volontà di tutto il popolo, obbliga i legislatori come i semplici cittadini; ma che può essere cambiata dalla volontà popolare secondo forme stabilite e nei casi che si sono previsti. [...] La costituzione può dunque cambiare; ma, finché esiste, è la fonte di tutti i poteri. La forza predominante risiede in essa soltanto” [DA I, 124-125].

Tali differenze avevano delle conseguenze dirette sulla posizione e sulla funzione del potere giudiziario. Ad esempio, se in Francia fosse stato attribuito ai giudici il diritto di dichiarare incostituzionali le leggi, i giudici sarebbero diventati gli autentici ed esclusivi interpreti della costituzione e avrebbero assunto nelle loro mani il potere costituente, finendo per sostituirsi alla nazione e per dominare la società. In un contesto come quello francese sarebbe stato preferibile, a giudizio di Tocqueville, lasciare indirettamente il potere di modificare la costituzione ai membri del potere legislativo, cioè a “uomini che rappresentano, sia pure imperfettamente, la volontà del popolo, piuttosto che ad altri che rappresentano solo se stessi” [DA I, 125]⁵⁹. Anche in Francia, come in America, esisteva una legge fondamentale e i magistrati avevano “un egual diritto di

che “la costituzione sia modificabile in quanto non statuita per iscritto o in forma di legge”. Ma è proprio quando “ogni norma può essere legittimamente modificata in via ordinaria o senza alcun aggravamento di procedura [che] non si ha alcuna necessità di dare forma scritta alla costituzione né tantomeno di individuare un dato blocco di leggi che concorrano in modo speciale a formare la costituzione”. A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, cit., pp. 74-75.

⁵⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur un ouvrage de M. Th. Sedgwick: A Treatise on the Rules which Govern the Interpretation and the Application of Statutory and Constitutional Law* (1858), in *Œuvres complètes*, cit., vol. XVI, p. 246. Il principio affermato da Coke nel 1610 durante il processo Bonham secondo cui “quando un atto del Parlamento è contrario al diritto e alla ragione comune, o ripugnante, o di impossibile attuazione, la *common law* lo controllerà, e lo giudicherà nullo e privo di efficacia” (la citazione del *dictum* di Coke è tratta da G. ANCARANI, *Dal Costituzionalismo alle costituzioni*. Fonti, Milano, Vita e pensiero, 1994, p. 111) venne ben presto soppiantato dalla dottrina di Blackstone, reciso nell'asserire che le leggi dovevano sempre e comunque venire rispettate e applicate. Il potere del parlamento era “sovrano ed assoluto” ed esso poteva “fare tutto ciò che non è naturalmente impossibile: così non ci si è fatto scrupolo di chiamare il suo potere, con un'immagine forse troppo ardita, la *omnipotenza* del Parlamento” (questo brano dei *Commentaries on the Laws of England* è riportato da Tocqueville in appendice alla *Democrazia in America* [DA, 853]). Nel corso dell'Ottocento il principio della sovranità del parlamento verrà enunciato da Dicey in questo modo: “A qualunque Atto del parlamento, o parte di esso, che formi nuovo diritto, o abroghi o modifichi il diritto vigente, sarà obbligatoriamente data applicazione da parte delle corti. Il medesimo principio, considerato in negativo, può essere espresso in tal modo: non esiste alcun soggetto o organo che, secondo la costituzione inglese, sia legittimato ad emanare norme che non tengano conto di un Atto del parlamento, o derogano da esso, o che (in altri termini) siano sanzionate dalle corti in senso contrario a quanto dispone un Atto del parlamento”. A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, cit., p. 34.

⁵⁹ Vale la pena sottolineare che Tocqueville, diversamente da un altro grande estimatore delle istituzioni della repubblica americana come Laboulaye, non riteneva possibile creare in Francia un'istituzione analoga alla Corte suprema degli Stati Uniti e non sollevò questa questione nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente del 1848, della quale faceva parte. A questo proposito Mélonio ha osservato che il principio alla base della *judicial review* presuppone “la subordinazione della legge ad un ordine legale più alto che è accettato all'unanimità. Niente di tutto questo esisteva in Francia, dove non c'era né consenso sulle norme giuridiche né deferenza nei confronti della giurisprudenza. Investire il giudiziario di un tale potere rischiava di essere percepito come un tentativo di calpestare la volontà del popolo in un paese dove si ha giuridicamente torto se ci si trova ad essere politicamente in minoranza”. F. MÉLONIO, *Tocqueville and the French* (1993), Charlottesville, University Press of Virginia, 1998, p. 138. Una puntuale ricostruzione delle posizioni di Tocqueville e Laboulaye in merito al controllo di costituzionalità delle leggi si trova in A. LAQUIÈZE, *Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle*, in “Giornale di storia costituzionale”, n. 4, II semestre 2002, pp. 155-171.

prenderla per base dei loro atti”. Ma l’esercizio di questo diritto ne avrebbe comportato la violazione di “un altro molto più sacro: quello della società in nome della quale agiscono. A questo punto la ragione ordinaria deve cedere davanti alla ragion di Stato”⁶⁰. La repubblica americana, “dove la nazione può sempre, mutando la propria costituzione, ridurre i magistrati all’obbedienza”, era invece immune da rischi di questo tipo: “su questo punto la politica e la logica si trovano d’accordo, e il popolo, come il giudice, vi conservano allo stesso modo i loro privilegi” [DA I, 125-126].

Era il potere di rifiutare l’applicazione di una norma ritenuta incostituzionale che, rappresentando “una delle più potenti barriere che siano mai state elevate contro la tirannia delle assemblee politiche” [DA I, 127], dava al magistrato americano una grande influenza politica:

Ci sono, infatti, ben poche leggi che, per natura, riescono a sfuggire a lungo all’analisi giudiziaria, perché sono pochissime quelle che non colpiscono qualche interesse personale, e che i querelanti non possono o non debbono invocare dinanzi ai tribunali. Ora, dal giorno in cui il giudice rifiuta l’applicazione di una legge in un processo, essa perde istantaneamente una parte della sua forza morale. Coloro che la legge ha leso sono così informati che vi è un mezzo per sottrarsi all’obbligo di obbedirle; i processi si moltiplicano ed essa diviene impotente. Allora si verifica una di queste due cose: o il popolo cambia la sua costituzione, o il corpo legislativo revoca la legge [DA I, 126]⁶¹.

I magistrati non si limitavano ad interpretare la legge, cercando di chiarire il linguaggio spesso ambiguo od oscuro dei legislatori. Questo era ciò che accadeva nei paesi europei; in America “il

⁶⁰ Commentando questo brano, Cattor-Jonville ha sostenuto che “l’uomo dell’*Ancien Régime et la Révolution*” non era riuscito ad allontanarsi completamente da quel ‘legicentrismo’ che costituisce una delle eredità più significative della Rivoluzione francese: “in Francia la legge è l’espressione della volontà generale che si traduce nella volontà della nazione espressa dai suoi rappresentanti”. Ed è questa, a suo giudizio, una delle ragioni fondamentali che spiega perché Tocqueville ritenesse impossibile introdurre in Francia il controllo di costituzionalità delle leggi. V. CATTOR-JONVILLE, *Tocqueville et le contrôle de constitutionnalité des lois*, in M. CARIUS, C. COUTEL, T. LE MARC’HADOUR, *La pensée juridique d’Alexis de Tocqueville*, cit., p. 61. In realtà, come si evince dalla citazione successiva, Tocqueville si limita a constatare una differenza tra due modi di intendere la costituzione. Da un lato, quello degli americani, i quali avevano saputo conciliare costituzionalismo e sovranità popolare, individuando nel popolo sovrano l’origine della costituzione e in quest’ultima, opera del potere costituente, la necessaria limitazione di tutti i poteri costituiti. Dall’altro, quello dei francesi, sui quali pesava l’eredità della Rivoluzione, cioè di “una situazione in cui il popolo sovrano non poteva e non doveva essere semplicemente l’origine della costituzione”, situazione che “poneva fatalmente il problema di trasferire in uno dei poteri istituiti dalla costituzione la forza originaria, e che si voleva permanente, di quel medesimo popolo. E questo potere non poteva essere altro che quello legislativo, il potere dei rappresentanti del popolo, che quindi assumeva una configurazione eccedente la dimensione spettante a un mero potere costituito”. Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 111. Dal punto di vista di Tocqueville, in un contesto come quello francese, in cui non erano previsti meccanismi per la revisione della costituzione, affidare ai giudici il controllo di costituzionalità delle leggi, significava attribuirgli indirettamente il potere costituente.

⁶¹ Elster ha osservato a questo proposito che Tocqueville tende a sottovalutare “la straordinaria difficoltà di emendare la costituzione americana”. Cfr. J. ELSTER, *Alexis de Tocqueville. The First Social Scientist*, Cambridge Mass., Cambridge University Press, 2009, p. 142. In effetti, l’art. V della costituzione americana disegna un complesso meccanismo di revisione costituzionale. Il potere di proporre emendamenti è attribuito al Congresso su richiesta dei due terzi delle Camere, oppure a una Convenzione, convocata dal Congresso su richiesta dei due terzi dei legislativi degli Stati. Gli emendamenti proposti, per entrare in vigore, necessitano della ratifica dei tre quarti dei legislativi degli Stati o dei tre quarti della Convenzione, riunita su proposta degli Stati. Cfr. F. TONELLO (a cura di), *La costituzione americana*, cit., pp. 108-109.

giudice [...] non solo applica la legge e non solo la interpreta. In certi casi ha il diritto di giudicarla e, dopo aver individuato il suo chiaro significato, di dichiarare che essa è priva di forza”⁶².

Gli americani, pur avendo accordato ai giudici “diritti che non sono riconosciuti da nessun'altra parte”⁶³, avevano saputo tuttavia ridurre i rischi di questa attribuzione, facendo in modo che i giudici potessero “impugnare le leggi solo con mezzi giudiziari”:

Se il giudice avesse potuto pronunciarsi contro le leggi in modo teorico e generale; se avesse potuto prendere l'iniziativa e censurare il legislatore, sarebbe entrato con scandalo sulla scena politica; divenuto il campione o l'avversario di un partito, avrebbe eccitato tutte le passioni, che dividono il paese, a prender parte alla lotta. Ma quando il giudice censura una legge in un oscuro dibattito e in un'applicazione particolare, egli nasconde, in parte, l'importanza dell'attacco agli sguardi del pubblico. La sua sentenza non ha altro fine che di colpire un interesse individuale; la legge risulta toccata solo per caso [DA I, 126]⁶⁴.

Senza contare che, “incaricando l'interesse particolare di provocare la censura delle leggi, legando intimamente il processo fatto alla legge al processo fatto all'uomo”, gli americani impedivano che la contestazione degli atti legislativi avvenisse in modo pretestuoso e infondato, sottraendoli in tal modo all'attacco quotidiano dei partiti:

Se il giudice non potesse attaccare i legislatori che frontalmente, vi sarebbero dei momenti in cui avrebbe paura a farlo; e ve ne sarebbero altri in cui lo spirito di parte lo spingerebbe a osarlo ogni giorno. Accadrebbe, allora, che le leggi sarebbero attaccate quando il potere, da cui emanano, fosse debole, e che ci si sottometterebbe senza mormorare, quando esso fosse forte; vale a dire che spesso si attaccherebbero le leggi, proprio quando sarebbe più utile rispettarle, e che si rispetterebbero solo quando l'oppressione in loro nome risultasse facile [DA I, 126-127].

Queste considerazioni sono significative perché mostrano come, per Tocqueville, il perseguimento di finalità politiche attribuito al potere giudiziario fosse congegnato in modo tale da non configurare mai i magistrati come “attori politici” *stricto sensu*. Le modalità con cui avveniva la censura giudiziaria impedivano di accostarla, anche lontanamente, a un attacco esplicito ai legislatori e contribuivano in modo decisivo a preservare l'autorità morale dei giudici. Si potrebbe sostenere che il potere giudiziario poteva svolgere una funzione moderatrice e regolatrice dei conflitti nella misura in cui gli interventi dei giudici venivano effettuati in modo graduale e impercettibile. Pertanto, come è stato giustamente osservato, le finalità politiche cui alludeva Tocqueville “sono del tutto diverse dal fenomeno contemporaneo del *judicial activism*, cioè la

⁶² A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur un ouvrage de M. Th. Sedgwick*, cit., pp. 244.

⁶³ *Ivi*.

⁶⁴ Questo è uno dei motivi principali per cui Tocqueville preferiva in materia di controllo di costituzionalità delle leggi quello a posteriori (*par voie d'exception*) rispetto a quello preventivo (*par voie d'action*). Si veda in proposito A. LAQUIÈZE, *Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle*, cit., pp. 161-162.

creazione del diritto o l'esercizio di un'attività di indirizzo politico da parte delle Corti attraverso un'interpretazione flessibile della costituzione⁶⁵.

Il ruolo politico attribuito ai giudici doveva essere messo in relazione anche con un altro fattore istituzionale, vale a dire la struttura federale della repubblica americana. Come ha notato Schleifer, Tocqueville, pur non mostrando una particolare originalità, aveva immediatamente colto l'elemento fondamentale che contraddistingue il federalismo americano rispetto alle confederazioni antiche e moderne e cioè il fatto che ogni individuo è sottoposto contemporaneamente a due livelli di governo, quello federale e quello dello stato federato⁶⁶. Già nel suo diario di viaggio aveva annotato che mentre “la vecchia Unione governava gli *Stati* e non gli *individui*”, finendo per assumere le caratteristiche di “un potere estraneo che sottometteva alle sue leggi i poteri inferiori”, la nuova Unione aveva il diritto, nell'ambito della sfera di propria competenza, di imporre e di far osservare le leggi a tutti gli individui del territorio federale, indipendentemente dalla loro appartenenza ai singoli Stati⁶⁷. Tocqueville aveva osservato come gli autori della costituzione avessero fatto in modo di “dare piena autorità a ciascun potere nella sua sfera e delimitare quest'ultima in modo che non possa uscire”, ma non gli sfuggiva che in una *compound republic* come quella americana sarebbero state inevitabili tensioni e conflitti⁶⁸. Il federalismo aveva reso

⁶⁵ Cfr. R.P. KRAYNAK, *Tocqueville's Constitutionalism*, in “American Political Science Review”, 81 (4), 1987, p. 1191. Un giudizio analogo è stato formulato anche da Carrese che annovera Tocqueville, insieme a Montesquieu, Blackstone ed Hamilton, tra i sostenitori di quello che potrebbe essere definito un “*common-law constitutionalism*”. Cfr. P.O. CARRESE, *The Cloaking of Power. Montesquieu, Blackstone and the Rise of Judicial Activism*, Chicago and London, University of Chicago Press, 2003, pp. 211-230.

⁶⁶ Cfr. J.T. SCHLEIFER, *The Making of Tocqueville's Democracy in America* (1980), Indianapolis, Liberty Fund, 2000, p. 118.

⁶⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., pp. 308-309.

⁶⁸ *Ivi*. A giudizio di Tocqueville “solo un popolo molto illuminato e particolarmente abituato alle forme rappresentative [poteva] far funzionare un meccanismo così complicato, mantenendo nelle rispettive sfere i vari poteri che altrimenti non mancherebbero di scontrarsi violentemente tra loro”. Gli Stati Uniti potevano contare sul fatto che un secolo e mezzo di storia aveva dato agli Stati “*il gusto e l'abitudine di governi provinciali*” e un alto livello di civiltà li aveva “contemporaneamente *posti in grado di sopportare un governo centrale forte, benché limitato*”. Proprio la constatazione dell'importanza di queste condizioni preliminari inducevano Tocqueville a ritenere che il modello del federalismo americano fosse difficilmente esportabile. Probabilmente l'insistenza del pensatore francese nel legare l'adozione di un assetto federale all'esistenza di determinate condizioni di applicabilità, quali l'assenza di forti diseguaglianze, l'omogeneità culturale o una tradizione consolidata di libertà locali, può apparire eccessiva. Oggi, in molti casi, il federalismo viene invocato come rimedio istituzionale per comporre situazioni in cui sono presenti conflitti o fratture di tipo etnico, linguistico e così via. Le osservazioni di Tocqueville, tuttavia, lungi dall'essere infondate, colgono un elemento che continua a frustrare tuttora l'ipotesi della creazione di una federazione europea. Si veda, ad esempio, il seguente brano: “Questa costituzione è stata favorita in America dal fatto che i vari Stati, giovani e poco assuefatti all'indipendenza, non avevano ancora potuto nutrire e sviluppare quell'orgoglio individuale e quei pregiudizi nazionali che rendono così difficile alle vecchie società cedere anche la minima parte della loro sovranità”. *Ivi*, p. 311. Si può senz'altro affermare che Tocqueville avrebbe concordato con quanto Hamilton scrisse a Lafayette: “Ritengo con Montesquieu che un governo deve essere adatto a una nazione come un abito a un individuo: e, di conseguenza, ciò che può essere buono a Filadelfia può riuscire cattivo a Parigi o ridicolo a Pietroburgo”. A. HAMILTON, lettera a Lafayette, 6 gennaio 1799, in *The Works of Alexander Hamilton*, a cura di H. Cabot Lodge, New York, Putnam, 1904, vol. X, disponibile all'indirizzo <http://oll.libertyfund.org/title/1387/93461>. Per una valutazione delle previsioni di Tocqueville relative alle difficoltà di esportare il modello americano, con particolare riferimento al tentativo di arrivare ad una federazione europea, si veda P.C. SCHMITTER, *Federalism and Euro-Polity*, in “Journal of Democracy”, 11 (1), 2000, pp. 40-47.

pertanto necessaria l'individuazione di un tribunale in grado di risolvere i conflitti fra gli Stati e il governo federale e di creare un corpo di giurisprudenza uniforme per l'interpretazione delle leggi dell'Unione. Non era possibile pensare che questo compito potesse essere assolto dal potere giudiziario stabilito negli stati federati, perché ciò sarebbe equivalso ad “abbandonare la nazione non solo a giudici stranieri, ma anche a giudici parziali”:

È necessario, senza dubbio, per la sicurezza dei singoli e per la libertà di tutti che il potere giudiziario sia separato da tutti gli altri; ma non è meno necessario, per l'esistenza nazionale, che i diversi poteri dello Stato abbiano la stessa origine, seguano gli stessi principi, agiscano nella stessa sfera: in una parola, che siano *correlativi* e *omogenei* [DA I, 169].

I costituenti avevano opportunamente scelto di concentrare il potere giudiziario dell'Unione in un unico tribunale - La Corte suprema - coadiuvato da Corti inferiori, un organo non elettivo, composto da magistrati inamovibili, nominati dal Presidente, previo parere del Senato. Non solo, ma avevano risolto a favore del giudiziario federale due questioni destinate a rivelarsi d'importanza decisiva. In primo luogo, era stato stabilito che in caso di conflitto tra i due diversi ordini di tribunali, il diritto a stabilire la competenza venisse attribuito al tribunale federale:

Era [...] necessario dare a una delle due Corti il diritto di giudicare nella propria causa, e di prendere cognizione, o di mantenerla, nel processo che le si contestava. Non si poteva accordare questo privilegio alle diverse Corti degli Stati; sarebbe equivalso a distruggere, di fatto, la sovranità dell'Unione, dopo averla stabilita di diritto. Infatti l'interpretazione della costituzione avrebbe ben presto reso agli Stati particolari quella parte d'indipendenza che i termini della costituzione toglievano loro [DAI, 171].

In secondo luogo, era stato determinato un amplissimo numero di casi in cui la Corte suprema aveva competenza originaria, dalle controversie riguardanti il personale diplomatico all'interpretazione dei trattati, dalle cause tra cittadini di Stati diversi ai conflitti tra gli Stati, dalle questioni riguardanti il commercio marittimo a tutti i processi che sarebbero sorti dalle leggi degli Stati Uniti. Inoltre, la giurisdizione delle Corti federali si estendeva a tutti quei casi in cui un cittadino, ritenendosi parte lesa a causa dell'applicazione di una legge statale contraria alla costituzione, poteva far appello alla giustizia federale. Per queste ragioni, la creazione di un potere giudiziario federale rappresentava – a giudizio di Tocqueville – l'attacco più significativo sferrato alla sovranità degli Stati: “essa si trovò ristretta non solo dalle leggi, ma anche dalla interpretazione delle leggi, da un limite noto e da un altro che non lo era affatto, da una norma fissa e da una arbitraria”. In altre parole, pur esistendo dei limiti alla sovranità federale, “ogni volta che questa sovranità è in concorrenza con quella degli Stati, è un tribunale federale che deve pronunciarsi” [DA I, 172]

Esisteva – secondo Tocqueville – un'evidente analogia tra la novità introdotta dalla costituzione federale e il modo di procedere dei tribunali federali. Abbiamo visto in precedenza

come la novità più significativa del federalismo americano consistesse nel fatto che l'Unione governava gli individui e non gli Stati. L'esercizio delle prerogative attribuite alle Corti federali avrebbe dovuto seguire la stessa logica: negli stati federali si deve infatti "lavorare senza sosta per assegnare ai tribunali un posto analogo a quello che essi occupano presso i popoli che non hanno diviso la sovranità; in altri termini, [gli] sforzi più costanti devono tendere a che la giustizia federale rappresenti veramente la nazione, e il soggetto alla sua giurisdizione un interesse particolare" [DA I, 177]. Il capolavoro della costituzione americana consisteva, a giudizio di Tocqueville, nel fare in modo che le Corti federali avessero a che fare soltanto con individui e quindi nell'applicare, per quanto possibile, anche alla giustizia federale il principio generale secondo cui il potere giudiziario deve essere sollecitato ad agire e chiamato a pronunciarsi solo su casi particolari:

dal momento che si era dichiarato che la confederazione formava un unico popolo nell'ambito tracciato dalla costituzione, ne risultava che il governo, creato da questa costituzione e operante nei suoi limiti, era rivestito di tutti i diritti di un governo nazionale, il principale dei quali è quello di far giungere i propri ordini, senza intermediari, sino al semplice cittadino [DA I, 177-178].

Ad esempio, nell'ipotesi in cui uno Stato avesse emanato una legge in contrasto con le leggi dell'Unione, gli autori della costituzione americana avevano scelto di evitare di trascinarlo di fronte a un tribunale federale, nella convinzione che il caso sarebbe stato inevitabilmente sollevato da un individuo leso nei suoi diritti dalla legge in questione: "Così, in realtà, la giustizia federale si trova in contrasto con la sovranità dello Stato; ma l'attacca solo indirettamente e su un'applicazione particolare. Essa colpisce in tal modo la legge nelle sue conseguenze, non nel suo principio; non la distrugge, la riduce all'impotenza" [DA I, 178-179].

Le considerazioni sul ruolo politico affidato al potere giudiziario trovavano conferma nella posizione ricoperta dalla Corte suprema, "posta più in alto di ogni altro tribunale conosciuto, sia per la *natura* dei suoi diritti che per la *qualità* dei soggetti alla sua giurisdizione" [DA I, 179]. Se si esaminavano le attribuzioni conferite a questo tribunale, ci si poteva facilmente accorgere, secondo Tocqueville, che "le sue attribuzioni sono quasi interamente politiche, anche se il suo ordinamento è interamente giudiziario" e, di conseguenza, che "mai è stato stabilito un potere giudiziario più immenso presso un altro popolo" [DA I, 179-180]. Dall'operato dei giudici federali che componevano la Corte suprema dipendeva il delicato equilibrio istituzionale disegnato dai costituenti americani e quindi "la pace, la prosperità" e "l'esistenza stessa dell'Unione":

Senza di loro, la costituzione sarebbe lettera morta; a loro si appella il potere esecutivo per resistere alle usurpazioni del corpo legislativo, e questo, per difendersi dagli atti del potere esecutivo; l'Unione, per farsi obbedire dagli Stati, e gli Stati, per respingere le pretese esagerate dell'Unione; l'interesse pubblico contro quello privato; lo spirito di conservazione contro l'instabilità democratica [DA I, 180].

Tocqueville sottolineava come l'enorme potere dei giudici federali si configurasse come un potere essenzialmente morale e quindi legato in qualche modo agli orientamenti dell'opinione pubblica: "essi sono onnipotenti fino a che il popolo acconsente a obbedire alla legge; non possono nulla quando la disprezza". Un potere di questo tipo è molto difficile da usare "perché è impossibile dire esattamente dove siano i suoi limiti. Spesso il restare entro questi limiti è pericoloso quanto l'oltrepasarli" [DA I, 180]. Proprio per questo motivo e per la peculiarità della funzione politica esercitata dalla Corte suprema, i suoi membri non dovevano possedere soltanto le qualità che in genere si richiedono a tutti magistrati, quali l'onestà, la rettitudine, un notevole livello di cultura, ma anche requisiti ulteriori. In altre parole, dovevano essere "uomini di Stato, che sappiano comprendere lo spirito dei loro tempi, affrontare gli ostacoli che si possono superare e uscire dalla corrente, quando le onde minacciano di travolgere, con loro, la sovranità dell'Unione e l'obbedienza dovuta alle sue leggi" [DA I, 181].

È stato sostenuto che l'analisi del ruolo del potere giudiziario contenuta nella *Democrazia in America* implica in qualche modo una reinterpretazione della teoria della separazione dei poteri elaborata da Montesquieu: affermando in sostanza il primato del potere giudiziario, Tocqueville si sarebbe distaccato dalla dottrina secondo cui l'equilibrio istituzionale che assicura la libertà degli individui si realizza attraverso il controllo e la limitazione reciproca di poteri posti su un piano di parità⁶⁹. Questa obiezione ricalca quella mossa dagli antifederalisti nei confronti della costituzione redatta a Filadelfia e ad essa si potrebbe replicare citando le argomentazioni sviluppate da Madison nel *Federalist*, argomentazioni che Tocqueville sembra condividere⁷⁰. Si potrebbe anche aggiungere che il pensatore francese, in realtà, non fa altro che applicare la teoria di Montesquieu, rettamente intesa, a un contesto diverso da quello dell'Inghilterra. L'autore dello *Spirito delle leggi* aveva sottolineato come l'elemento di importanza decisiva nella costituzione inglese fosse l'equilibrio interno al potere legislativo, un equilibrio che poggiava sull'interazione tra un organo elettivo – la Camera dei Comuni – e organi non elettivi – la Corona e la Camera dei Lords. Quest'ultima assumeva la fisionomia di "potere regolatore nei possibili contrasti tra esecutivo e legislativo", mentre il giudiziario, al quale si doveva assicurare la necessaria autonomia, era un potere "invisibile e nullo" che si esercitava attraverso le giurie⁷¹. Negli Stati Uniti l'elemento di moderazione che aveva caratterizzato la versione inglese della monarchia costituzionale veniva esercitato – secondo Tocqueville – dalla giustizia federale e la costituzione americana realizzava, *mutatis mutandis*, un analogo equilibrio tra organi non elettivi e pertanto non legati alla volontà di una maggioranza popolare – la Corte suprema – e organi elettivi – il Congresso e la Presidenza.

⁶⁹ Cfr. R.P. KRAYNAK, *Tocqueville's Constitutionalism*, cit., p. 1190.

⁷⁰ Cfr. A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 47, pp. 434-442.

⁷¹ Cfr. N. MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 189-190.

Anche altri fattori istituzionali contribuivano ad attribuire ai giudici una posizione rilevante all'interno della democrazia americana. Tocqueville era rimasto profondamente impressionato dal fatto che “il potere amministrativo negli Stati Uniti non presenta una struttura centralizzata né gerarchica [...]. Il potere esiste, ma non si sa dove trovare chi lo rappresenta” [DA I, 91]. Tale potere era esercitato da un gran numero di funzionari eletti, indipendenti gli uni dagli altri per quanto riguarda il proprio ambito di competenza, rigorosamente delimitato dalla legge: “poiché gli amministratori sono ovunque eletti, o per lo meno irrevocabili, ne risulta che non è stato possibile introdurre in nessun luogo le regole della gerarchia. Così vi sono altrettanti funzionari indipendenti quante sono le funzioni. Il potere amministrativo si è trovato disseminato in una moltitudine di mani”. L'assenza di una gerarchia amministrativa e la sostanziale frammentazione dell'autorità, la nomina elettiva e l'irrevocabilità degli amministratori fino alla fine del mandato, avevano “reso necessario introdurre più o meno i tribunali nell'amministrazione” [DA I, 103]⁷². In Francia il controllo sull'operato dei pubblici funzionari era assicurato dal loro essere incardinati in una gerarchia amministrativa e dal dipendere da un'autorità burocratica che aveva il potere discrezionale di dirigerli e di destituirli nel caso in cui non avessero rispettato le direttive ricevute. Questa forma di controllo era inapplicabile in America, dove i funzionari di nomina elettiva potevano essere sottomessi unicamente alle sentenze del giudice, dato che solo i tribunali erano in grado di “fare da intermediari tra il potere centrale e i corpi amministrativi eletti”, potendo “costringere all'obbedienza il funzionario eletto, senza violare il diritto dell'elettore” [DA I, 95]. Tocqueville si spingeva a generalizzare queste osservazioni, che traevano spunto soprattutto dal decentramento amministrativo vigente nel New England, arrivando ad affermare che “i popoli che introducono l'elezione nei congegni secondari del loro governo, sono perciò costretti a fare grande uso di pene giudiziarie come mezzo di amministrazione” e che “l'estensione del potere giudiziario nel mondo politico deve dunque essere correlativa all'estensione del potere elettivo. Se queste due cose non procedono assieme lo Stato finisce per cadere nell'anarchia o nella servitù” [DA I, 94-95].

Infine, non andava per nulla sottovalutato il fatto che in America “ogni cittadino ha il diritto di accusare i pubblici funzionari dinanzi a giudici ordinari, e [...] i giudici hanno, a loro volta, il diritto di condannarli” [DA I, 128]. Gli americani, come gli inglesi, avevano permesso la messa in stato d'accusa dei principali agenti del potere. Diversamente da quanto accadeva in Francia, dove sopravviveva il disposto dell'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII, una norma che prevedeva

⁷² Alcuni autori, prendendo spunto da queste riflessioni di Tocqueville, hanno sostenuto che il ruolo sempre più influente dell'autorità giudiziaria all'interno delle democrazie contemporanee deve essere messo in relazione proprio con la frammentazione politica: “l'esistenza di un sistema politico frammentato, incapace di decidere, bloccato è la spiegazione principale della giuridicizzazione”, cioè della progressiva “sostituzione del politico con il giuridico”. Cfr. J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *Rule of Democracy and Rule of Law*, in J.M. MARAVALL, A. PRZEWORSKI (eds.), *Democracy and Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 247-250.

che gli agenti del governo, eccetto i ministri, potessero essere tradotti davanti a un tribunale ordinario per fatti relativi all'esercizio delle loro funzioni soltanto in virtù di una decisione del Consiglio di Stato, un organo amministrativo i cui membri dipendevano dal Re. Ma del carattere profondamente illiberale del diritto amministrativo francese ci occuperemo più diffusamente nell'ultimo paragrafo.

La peculiare posizione del potere giudiziario all'interno del sistema politico americano e il principio – giudicato da Hamilton “il miglior accorgimento attuato da un governo per assicurarsi un'amministrazione delle leggi costante, retta e imparziale”⁷³ - secondo cui i giudici sarebbero rimasti in carica finché avessero mantenuto buona condotta non equivalevano a fare della magistratura un corpo separato, autoreferenziale e irresponsabile. La procedura dell'*impeachment*, cioè la possibilità della messa in stato d'accusa da parte della Camera dei rappresentanti alla quale segue il procedimento del Senato, riguardava infatti anche i giudici federali, compresi i membri della Corte suprema, considerati “funzionari civili degli Stati Uniti”⁷⁴.

Tocqueville affronta questo tema nel capitolo dedicato al giudizio politico negli Stati Uniti. Con l'espressione giudizio politico egli intendeva riferirsi alla prassi, comune “alla maggior parte dei popoli liberi, dove la maggioranza non può agire sui tribunali, come farebbe invece un principe assoluto”, di “porre momentaneamente il potere giudiziario nelle mani degli stessi rappresentanti della società” [DA I, 131]. Mentre in Francia, ad esempio, il magistrato era giudicabile soltanto dal potere giudiziario e il giudizio politico riguardava esclusivamente i principali organi di governo, negli Stati Uniti il giudice, al pari di tutti i pubblici funzionari, era chiamato a rispondere del proprio operato di fronte a un tribunale politico centrale. A giudizio di Tocqueville, la differenza più rilevante tra l'America e l'Europa in tema di giudizio politico era che

in Europa i tribunali politici possono applicare tutte le disposizioni del codice penale; in America, quando hanno spogliato il colpevole del carattere pubblico di cui era rivestito e lo hanno dichiarato indegno di ricoprire per l'avvenire ogni altra funzione politica, si esaurisce il loro diritto, e comincia l'opera dei tribunali ordinari [DA I, 132].

Il fatto che il pronunciamento del Senato, in caso di colpevolezza del funzionario messo in stato d'accusa, fosse limitato alla destituzione e all'interdizione politica mostrava come la sentenza, al di là del suo aspetto formale, si configurasse, diversamente dal continente europeo dove accadeva

⁷³ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 78, p. 622.

⁷⁴ L'art. 2, sez. 2, della costituzione degli Stati Uniti stabilisce infatti che il presidente “avrà il potere, con il parere e il consenso del Senato”, di nominare “i giudici della Corte suprema e tutti gli altri funzionari civili degli Stati Uniti, la cui nomina non sia qui altrimenti disciplinata”; lo stesso articolo, alla sez. 4, stabilisce che “il presidente, il vice-presidente e tutti i funzionari civili degli Stati Uniti potranno essere rimossi dai loro uffici per tradimento, corruzione o altri gravi reati (*Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*) in seguito a *impeachment* e verdetto di colpevolezza”. Cfr. F. TONELLO (a cura di), *La Costituzione degli Stati Uniti*, cit., pp. 99-101.

esattamente il contrario, “assai più [come] una misura amministrativa che [come] un atto giudiziario”:

Lo scopo principale del giudizio politico, negli Stati Uniti, è così quello di rimuovere dal potere chi ne abbia fatto un cattivo uso, e di impedire che questo stesso cittadino torni, nel futuro, ad esserne rivestito. È, come si vede, un atto amministrativo, al quale si è data la solennità di una sentenza. In questa maniera, gli Americani hanno creato qualcosa di misto. Hanno dato alla destituzione amministrativa tutte le garanzie del giudizio politico, e hanno tolto al giudizio politico i suoi rigori più forti [DA I, 133].

Esistevano poi altre caratteristiche che, a parere di Tocqueville, rendevano il giudizio politico negli Stati Uniti profondamente diverso da quello europeo. In primo luogo, l'essere considerato “un mezzo abituale di governo” e non “un'arma straordinaria, di cui la società non deve servirsi che per salvarsi nei momenti di grande pericolo”. In secondo luogo, il carattere essenzialmente “di parte” della procedura dell'*impeachment*, che dava “un impulso quasi irresistibile alle passioni vendicative dei partiti”⁷⁵. In terzo luogo, l'indeterminatezza della legislazione americana nel definire i delitti politici, un aspetto che era strettamente legato al considerare il giudizio politico “una sorta di misura preventiva”, la cui finalità principale era quella di “togliere il potere” e non di “punire i colpevoli”. Infine, l'apparente mitezza della pena, limitata alla destituzione e all'interdizione, che aveva l'effetto paradossale di rendere più facile l'abuso di questo strumento [DA I, 134-135].

Sulla base di queste osservazioni, Tocqueville poteva affermare che il giudizio politico, così come era inteso in America, esercitava una maggiore influenza sulla società:

Esso non agisce direttamente sui governati, ma rende la maggioranza interamente padrona di quelli che governano; non dà affatto al corpo legislativo un potere immenso che potrebbe esercitare solo in un momento di crisi; gli lascia prendere un potere moderato e regolare, di cui può servirsi tutti i giorni. Se la forza è minore, da un altro lato l'uso è più comodo e l'abuso più facile. Impedendo ai tribunali politici di pronunciare pene giudiziarie, mi pare che gli americani abbiano scongiurato le conseguenze più terribili della tirannide legislativa, più che la tirannide in sé. E, non so se, nel complesso, il giudizio politico [...] non sia l'arma più formidabile che mai sia stata rimessa nelle mani della maggioranza [DA I, 136].

Queste considerazioni riguardavano l'impatto di questo strumento sul sistema politico e sul corpo sociale in termini generali. Un commento per molti versi simile, ma esplicitamente riferito al potere giudiziario, si trova in un appunto di stesura della *Democrazia in America*, in cui Tocqueville sottolineava che

⁷⁵ Si tratta di un aspetto già messo in evidenza da Hamilton: “[...] un processo di *impeachment* non potrà mancare di mettere in agitazione le passioni di tutta la comunità dividendola in partiti di volta in volta favorevoli o contrari all'imputato. Molto spesso si rifarà addirittura a delle fazioni già esistenti, parteciperà di tutte le loro animosità, parzialità e ne subirà l'influenza interessata in un senso o nell'altro; in casi di questo genere esisterà sempre il notevole pericolo che la decisione finale possa venire determinata dalla relativa forza spiegata dalle parti in questione, piuttosto che dalle prove concrete di innocenza o di colpa”. A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 65, p. 543.

il giudizio politico negli Stati Uniti è un'arma sempre sospesa sulla testa del magistrato, un'arma più temibile in quanto, per la sua posizione, il giudice è il censore abituale di coloro che sono chiamati a pronunciare la sua sentenza. Le alte prerogative accordate ai magistrati americani, dunque, non li pongono mai al riparo dalla maggioranza e la loro indipendenza non è tale che non esista sempre in seno alla società un solo potere dominante, al quale in definitiva tutto deve cedere. Il potere giudiziario ritarda il popolo, ma non può fermarlo⁷⁶

Il giudizio politico quindi era nient'altro che uno dei modi possibili di risolvere un problema comune a tutte le democrazie liberali e di difficilissima soluzione: la tensione permanente tra il principio irrinunciabile dell'indipendenza della magistratura e quello altrettanto fondamentale della sua responsabilità. Una soluzione che agli occhi di Tocqueville appariva per molti versi discutibile e foriera di eventuali degenerazioni, ma la cui portata era destinata ad essere circoscritta dal modesto numero di *impeachment* richiesti nei confronti di giudici federali in oltre duecento anni di storia americana⁷⁷.

3. La giuria

Ha osservato Jeffrey Abramson che il *trial by jury* incarna da sempre il lato migliore e quello peggiore dei regimi democratici e che anche al giorno d'oggi “continua ad affascinare o a ripugnare proprio perché mostra l'intera gamma dei vizi e delle virtù proprie della democrazia”⁷⁸. In effetti, anche l'attuale discussione sulla giuria, particolarmente vivace negli Stati Uniti dove questa istituzione nella sua forma “pura” è profondamente radicata, ruota intorno ad argomenti che ricalcano per molti versi quelli tradizionalmente impiegati nel corso dei secoli per criticare o per difendere un sistema che affida ai comuni cittadini la decisione sulla vita, la libertà, il patrimonio o la reputazione di altri membri della comunità politica. Da una parte si manifesta una profonda diffidenza nei confronti della giuria popolare, ritenuta per vari motivi – ignoranza, inclinazione compassionevole, pregiudizi razziali, subalternità agli umori mutevoli dell'opinione pubblica – del tutto inadeguata ad esprimere giudizi corretti ed imparziali in processi penali e civili che rispecchiano in misura sempre maggiore la complessità delle società contemporanee. Dall'altra, si continua a sottolineare lo stretto legame di questa istituzione con la democrazia e, soprattutto, con la difesa delle libertà individuali, come si evince anche da ripetuti pronunciamenti della Corte suprema nei quali è stato ribadito in modo perentorio come il fine principale del *trial by jury* sia “impedire

⁷⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (edizione Vivanti), cit., p. 848.

⁷⁷ Si veda in proposito M.E. DE FRANCISCIS, M.L. VOLCANSEK, *La responsabilità e l'indipendenza del giudice in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, in “Innovazione e diritto”, n. 5, nov. 2007, pp. 21 e ss., disponibile all'indirizzo <http://www.innovazioneediritto.unina.it/archivionumeri/0705/07-05.pdf>

⁷⁸ Abramson cita i casi emblematici della giuria popolare che ad Atene aveva condannato a morte Socrate e dei dodici giurati londinesi che preferirono andare in prigione piuttosto che condannare i quaccheri William Penn e William Mead, colpevoli secondo l'accusa di assemblea sediziosa per aver espresso pubblicamente le proprie convinzioni religiose. Cfr. J. ABRAMSON, *We, The Jury. The Jury System and Ideal of Democracy* (1994), Cambridge Mass., Harvard University Press, 2003, p. 1.

l'oppressione del governo" e "difendere dall'esercizio di un potere arbitrario", quale quello di accusatori mossi da intenzioni persecutorie o da eccesso di zelo o di giudici condizionati da pregiudizi o influenzati dalle pressioni dell'opinione pubblica⁷⁹. Si tratta di due concezioni differenti o meglio, come è stato giustamente sottolineato, di "una contrapposizione tra un ideale di giustizia che si affida ad una burocrazia giuridica *sine ira ac studio*, e cioè senza passioni ed entusiasmi, ed un sistema che invece confida nel senso comune di giustizia di uomini che non sanno nulla di legge"⁸⁰.

Come si può facilmente notare, il criterio della competenza è uno degli argomenti ricorrenti nelle discussioni sulla giuria ed anche l'analisi di Tocqueville prende le mosse da una valutazione sul piano giuridico delle implicazioni della partecipazione diretta di cittadini comuni alla funzione giurisdizionale. A giudizio dell'autore della *Democrazia in America*, dal punto di vista dell'amministrazione della giustizia, si potrebbe agevolmente contestare la validità di questa istituzione, "sorta in una società poco avanzata, nella quale si sottomettevano ai tribunali quasi soltanto delle semplici questioni di fatto" e difficile da adattare "ai bisogni di un popolo civilissimo, quando i rapporti fra gli uomini si sono singolarmente moltiplicati e hanno preso un carattere colto e intellettuale" [DA I, 319]. È evidente che in una situazione in cui si devono accertare questioni di fatto più complesse, spesso intrecciate a questioni di diritto, le decisioni di persone competenti che hanno acquisito una profonda conoscenza della giurisprudenza attraverso lunghi e faticosi studi dovrebbero essere preferite a quelle di individui che mancano della medesima preparazione ed hanno, nella migliore delle ipotesi, una conoscenza incompleta e superficiale delle norme giuridiche. Inoltre, se è vero che sulla base dei principi della *common law* il ruolo tradizionalmente assegnato alla giuria era quello di giudice dei fatti, in ossequio alla massima *ad quaestionem juris respondeant iudices, ad quaestionem facti respondeant juratores*, è altrettanto vero che sia in teoria che in pratica già a partire dal diciassettesimo secolo era stata rivendicata da parte di minoranze politiche e religiose la facoltà dei giurati di estendere il proprio giudizio alle questioni di diritto. E questa rivendicazione si era particolarmente diffusa nell'America coloniale, dove le giurie, alle quali veniva generalmente attribuita la prerogativa di poter decidere sia del fatto che del diritto e di discostarsi dalle istruzioni del giudice, svolsero un ruolo fondamentale nella resistenza al dominio imperiale britannico e nell'americanizzazione del diritto inglese⁸¹. Ma, a prescindere da queste considerazioni, per Tocqueville era la stessa distinzione tra fatto e diritto a risultare di difficile applicazione: non esistono soltanto "fatti puramente *materiali*" di facile e semplice valutazione, ma anche "fatti *intellettuali*" più difficili da giudicare perché riguardano "le questioni che insorgono

⁷⁹ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 155 (1968); *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 530 (1975).

⁸⁰ Cfr. L. CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 17.

⁸¹ Si veda N. VIDMAR, V.P. HANS, *American Juries. The Verdict*, New York, Prometheus Books, 2007, pp. 47-52.

nell'interpretazione di un fatto materiale manifesto o nell'interpretazione delle clausole di un accordo": "in effetti, la maggior parte dei casi giudiziari *intellettuali* sono connessi così strettamente a questioni di diritto che sembra impossibile districarli"⁸².

Perplessità sulla reale competenza delle giurie erano state manifestate a Tocqueville da molti esponenti del mondo giuridico americano. Ad esempio, Pierre Etienne Duponceau, un avvocato francese da cinquant'anni residente in America, aveva riferito a Tocqueville di nutrire molti dubbi sull'effettiva utilità della giuria nelle cause civili, eccezion fatta per quelle riguardanti il risarcimento danni o lo smascheramento delle frodi, "casi in cui la giuria non procedendo come i giudici secondo ragionamenti artificiosi e superficiali, ma seguendo piuttosto istintivi criteri di onestà, scopre più facilmente la malafede". E Charles Pehlam Curtis, un avvocato di Boston, sostenendo di esprimere un'opinione molto diffusa, aveva confessato al suo interlocutore che in quasi tutti i processi, anche quelli riguardanti l'accertamento di una semplice questione di fatto, i giudici davano migliori garanzie quanto a competenza e capacità rispetto alle giurie popolari⁸³. Tuttavia, nell'ambito di una valutazione di questa istituzione da un punto di vista strettamente giuridico, non mancavano neppure gli argomenti a favore. A giudizio di Tocqueville l'introduzione del *trial by jury* aveva comportato la diminuzione del numero dei giudici, cosa che certamente rappresentava un grande vantaggio: "Quando i giudici sono molto numerosi, ogni giorno la morte crea un vuoto nella gerarchia giudiziaria, e vi apre nuovi posti per quelli che sopravvivono. L'ambizione dei magistrati è dunque continuamente in esercizio e li fa naturalmente dipendere dalla maggioranza o dall'uomo che assegna i posti vacanti: si avanza allora nei tribunali come si guadagnano i gradi in un esercito". In altre parole, la presenza di un alto numero di giudici tendeva potenzialmente a vanificare gli effetti attesi dal principio dell'inamovibilità come garanzia del formarsi di un libero giudizio – "che importanza ha che nessuno possa attentare alla loro indipendenza, se essi stessi vi rinunziano volontariamente?" – ed aveva una diretta incidenza sulla qualità dell'insieme di coloro che erano chiamati ad assolvere incarichi giudiziari – il giudice infatti "non è un uomo ordinario" e un "tribunale semicolto" avrebbe potuto rivelarsi "la peggiore di tutte le combinazioni per raggiungere i fini che ci si propone costituendo corti di giustizia" [DA I, 320-321 nota]. Tocqueville, inoltre, faceva ricorso anche ad un argomento di matrice burkiana, secondo

⁸² A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 388. La Corte suprema nel 1895 (*Sparf and Hansen v. United States*, 155 U.S. 173) stabilì che nei tribunali federali la giuria poteva pronunciarsi soltanto su questioni di fatto e questo è ciò che generalmente accade oggi nella stragrande maggioranza degli Stati americani, dove la giuria è tenuta ad accertare i fatti e, sulla base delle istruzioni ricevute dal giudice, ad applicare la legge al caso concreto. Tuttavia, a conferma della validità delle considerazioni di Tocqueville, si può osservare come la ricerca di "una rigida divisione del lavoro tra giuria e giudice" continui a creare anche oggi parecchi problemi nell'attività processuale. Del resto, "il mondo al di fuori del tribunale non divide nettamente le questioni di fatto dalle questioni di diritto". Cfr. J. ABRAMSON, *We, The Jury*, cit., pp. 90-91. Su questo problema si vedano anche le considerazioni dello stesso J. ABRAMSON, *The American Juries and Democratic Justice*, in "The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville", XVIII (2), 1997, pp. 5-6, 15-20.

⁸³ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., pp. 360, 366.

cui le istituzioni rappresentano un derivato delle abitudini e dei costumi che si sono sedimentati nel corso delle generazioni e il fatto che abbiano superato il test di validità della verifica storica costituisce una prova della loro capacità di adattarsi al carattere nazionale di un popolo e di raggiungere le finalità per cui erano state introdotte. Per l'autore della *Democrazia in America* l'istituzione della giuria rientrava a pieno titolo in questa casistica. Concepita dagli inglesi quando erano un popolo semibarbaro, non era stata abbandonata quando essi erano diventati uno dei popoli più civili del globo, ma anzi era stata progressivamente introdotta in tutti i territori in cui si era esteso il dominio politico inglese e l'influenza della cultura giuridica anglosassone: “un istituto giudiziario, che ottiene così i suffragi di un grande popolo per una lunga serie di secoli e che si riproduce con zelo in tutte le epoche della civiltà, in tutti i climi e sotto tutte le forme di governo, non può essere contrario allo spirito della giustizia” [DA I, 320].

A giudizio di Tocqueville, tuttavia, limitarsi ad un'analisi della giuria come istituzione giudiziaria è non solo riduttivo ma fuorviante, perché preclude la possibilità di rendersi conto della reale influenza che essa esercita sui destini di una società. Il giurì, infatti, è in primo luogo “un'istituzione politica” ed è “da questo punto di vista che bisogna sempre porsi per giudicarlo”. La dimensione politica di questa istituzione si era manifestata in modo particolare quando il *trial by jury* era stato esteso alle cause civili:

Quando il giurì è riservato ai casi criminali, il popolo non lo vede agire che di tanto in tanto e nei casi particolari; si abitua a farne a meno nel corso ordinario della vita e lo considera come un mezzo, ma non come il solo mezzo, di ottenere giustizia. Quando invece il giurì è esteso alle cause civili, la sua azione cade ad ogni istante sotto gli occhi, tocca allora tutti gli interessi; ognuno concorre alla sua azione; esso penetra, così, perfino nelle abitudini della vita; piega lo spirito umano alle sue forme e si confonde, per così dire, con l'idea stessa della giustizia [DA I, 323].

Nell'elencare nella *Democrazia in America* le conseguenze politiche più rilevanti che derivano dalla presenza della giuria nel sistema giudiziario americano, Tocqueville non faceva altro che riportare, in molti casi letteralmente e senza citare la fonte, il contenuto di alcune conversazioni che aveva intrattenuto nel corso del suo soggiorno in America, cosa che rende necessario analizzare contemporaneamente le considerazioni espone nella sua opera più celebre con le riflessioni dei suoi interlocutori annotate nel suo diario di viaggio⁸⁴.

Innanzitutto, la giuria favorisce la diffusione in tutti gli strati sociali dell'“idea del diritto” e del “rispetto per la cosa giudicata” [DA I, 324]. Per quanto riguarda il primo aspetto, è possibile istituire una sorta di parallelismo tra il suffragio universale e la partecipazione diretta del popolo

⁸⁴ Un'analisi puntuale della trattazione della giuria nel diario di viaggio americano e delle fonti alle quali Tocqueville aveva potuto attingere si trova in J. EDELBERG, *Justice Here? Alexis de Tocqueville and the Role of the Jury in the American Judicial Process and Republican Democracy*, in “The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville”, XVII (2), 1996, pp. 67-97.

all'amministrazione della giustizia. Tanto l'uno quanto l'altra svolgono un ruolo fondamentale nel far "penetrare l'idea dei diritti politici fino all'ultimo dei cittadini": "in America l'uomo del popolo ha concepito una grande idea dei diritti politici, perché ha dei diritti politici; non attacca quelli altrui perché non si violino i suoi. E mentre in Europa questo stesso uomo disconosce perfino l'autorità sovrana, l'americano si sottomette, senza mormorare, al potere del più piccolo dei suoi magistrati" [DA I, 283]. Qualcosa di analogo vale anche per il secondo aspetto. Tocqueville osserva che, quando al popolo – in maniera diretta o indiretta – viene affidata la formazione delle norme destinate a regolare la convivenza in una comunità politica, "la legge acquista in tal modo una più grande autorità. Questa origine popolare, che nuoce sovente alla bontà e alla saggezza della legislazione, contribuisce singolarmente alla sua potenza" [DA I, 285]. Allo stesso modo, l'istituzione della giuria, che è "un'espressione della sovranità popolo", costituisce, pur con tutti i suoi limiti, uno strumento importante per dare legittimazione alle sentenze, conferendo a queste ultime l'autorità della società che i giurati rappresentano.

In secondo luogo, la giuria insegna agli individui "la pratica dell'equità", dato che "ciascuno, giudicando il suo vicino, pensa che potrà essere giudicato a sua volta". E ciò accade a maggior ragione grazie all'estensione del processo con giuria alle cause civili, visto che, se sono pochi gli individui che temono di essere sottoposti a un procedimento penale, tutti sono consapevoli di poter diventare parti di un processo civile [DA I, 324]. In questo caso l'argomento di Tocqueville, oltre a riprendere una considerazione di Gilpin, richiama un ragionamento già sviluppato nel *Federalist* relativamente all'atteggiamento imparziale ed equilibrato che avrebbe dovuto caratterizzare le Corti di giustizia. Hamilton infatti aveva osservato che ogni cittadino ragionevole avrebbe dovuto elogiare tutto ciò che serve a incentivare e a garantire un comportamento fermo, scrupoloso, ma allo stesso tempo ispirato a moderazione, delle Corti, dato che "nessuno può avere certezza di non essere, domani, la vittima di una ingiustizia che oggi potrebbe forse tornargli di vantaggio"⁸⁵. Tuttavia, occorre sottolineare che la giuria può concorrere a determinare questo effetto positivo – il rafforzamento dello spirito di equità – soltanto se esistono alcune condizioni, quali la fiducia nella magistratura, un diffuso rispetto per la legge, il rifiuto della violenza e così via. Un avvocato di Montgomery, ad esempio, faceva notare a Tocqueville come in molti degli Stati del Sud – dal Kentucky all'Alabama – il sistema di nomina dei giudici, che affidava la loro selezione all'Assemblea legislativa, aveva favorito l'immissione nei tribunali di persone incompetenti, sensibili al richiamo degli interessi locali e delle fazioni, determinando un sostanziale indebolimento del prestigio e dell'autorevolezza della magistratura e incentivando il ricorso a forme di giustizia privata proprie più di un paese semibarbaro che di una nazione civile. In

⁸⁵ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 78, pp. 628-629.

tale contesto le giurie, in assenza di serie circostanze aggravanti, tendevano spesso ad assolvere gli imputati di assassinio proprio sulla base dell'argomento richiamato in precedenza: "non ricordo di avere mai visto un solo uomo un po' conosciuto pagare con la vita un crimine del genere. Questa violenza è entrata nei costumi. *Ogni giurato sa che, uscendo dal tribunale, può trovarsi nella stessa situazione dell'imputato, e assolve.* Notate che il giurato è scelto tra i *free-holders*, per piccola che sia la sua proprietà. È quindi il popolo a giudicare se stesso, e i suoi pregiudizi fanno qui ostacolo al buon senso"⁸⁶.

In terzo luogo, "riveste[ndo] ogni cittadino di una specie di magistratura", l'istituzione della giuria "fa sentire a tutti che hanno dei doveri da compiere verso la società, e che partecipano al suo governo. Obbligando gli uomini ad occuparsi di qualcosa di diverso dai loro affari privati, combatte l'egoismo individuale, che è come la ruggine della società" [DA I, 324]. Da questo punto di vista la giuria si rivela uno strumento straordinariamente efficace – al pari dell'associazionismo e delle libertà locali – per combattere il fenomeno dell'individualismo che, come è noto, è una delle conseguenze negative prodotte dall'eguaglianza delle condizioni.

Infine, l'istituzione della giuria "serve in modo incredibile a formare il giudizio e ad aumentare la cultura naturale del popolo". Riportando quasi letteralmente le parole di Gilpin, Tocqueville sottolinea che la giuria deve essere considerata come

una scuola gratuita e sempre aperta, dove ogni giurato si rende conto dei propri diritti, dove quotidianamente entra in contatto con i membri più istruiti e più colti delle classi alte, dove le leggi gli sono insegnate in modo pratico e sono messe alla portata della sua intelligenza dagli sforzi degli avvocati, dai pareri del giudice e dalle passioni stesse delle parti. Penso che si debba principalmente attribuire l'intelligenza pratica e il buon senso politico degli americani al lungo impiego che hanno fatto del giurì in materia civile [DA I, 324].

In altre parole, al pari delle associazioni e delle istituzioni municipali, la giuria favorisce l'acquisizione di quella cultura politica pratica che non si apprende dai libri ma dall'esperienza quotidiana. Come ha giustamente osservato Lamberti, Tocqueville è distante da quell' "ottimismo semplificatore" che aveva permeato il pensiero di Condorcet e degli *Idéologues*, convinti che la semplice diffusione dell'istruzione sarebbe stata in grado di risolvere qualsiasi problema. Al pari dell'autore dell'*Esprit des lois* Tocqueville è convinto che "l'educazione che proviene da fonti differenti possa avere effetti politici differenti" e che, in ambito politico, conti "soprattutto quella forma particolare di 'éducation du monde' che è l'educazione politica. È ad essa che egli chiederà quello che Montesquieu chiedeva all'educazione nel governo repubblicano: ispirare 'l'amore delle leggi e della patria' [...]"⁸⁷.

⁸⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., pp. 147-148, primo corsivo aggiunto.

⁸⁷ J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit., p. 131.

In una nota a margine del diario del suo soggiorno americano Tocqueville riassume in modo conciso ed efficace tutti i vantaggi derivanti dall'adozione del processo con giuria:

[la giuria] abitua un'infinità di persone a discutere e a trattare gli affari pubblici. Insegna al popolo ad occuparsi dei suoi problemi e a considerare come propri gli affari della società. Conferisce un grande potere esteriore alla giustizia, impedisce che la magistratura formi un corpo separato dal popolo e le dà una forza immensa e quasi sempre utile nelle questioni politiche. Presente nelle cause civili come in quelle penali, diventa un'abitudine ed entra a tal punto nelle idee e nei costumi che si rende impossibile sopprimerla in materia penale⁸⁸.

Per tutte queste ragioni, facendo eco all'affermazione di Gilpin secondo cui “dove c'è la giuria, anche in materia civile, il dispotismo è impossibile”, Tocqueville poteva recisamente concludere che “non si può pensare che un popolo in cui la giuria è saldamente radicata non sia un popolo libero”⁸⁹.

Come ampiamente mostrato dalla storia inglese, l'istituzione della giuria ha un fortissimo legame con la difesa delle libertà individuali. Questo aspetto era stato affrontato anche da Hamilton in un articolo del *Federalist* volto a fugare i timori di quanti – soprattutto gli antifederalisti – paventavano che la mancanza di una norma costituzionale che prevedesse esplicitamente il processo con giuria anche per le cause civili avrebbe finito per comportare l'abolizione *tout court* del giudizio con la giuria popolare. La costituzione redatta a Filadelfia e sottoposta ai tredici Stati per la ratifica affermava infatti il diritto alla giuria per tutti i processi penali, ma nulla stabiliva per i processi civili.⁹⁰ La richiesta dell'inserimento nella costituzione del *trial by jury* nelle cause civili si inquadra nel contesto della lotta ingaggiata dagli antifederalisti, favorevoli al mantenimento dell'autonomia degli Stati, contro coloro che si battevano per la formazione di un forte governo centrale ed esprimeva soprattutto la profonda diffidenza nei confronti della creazione di un sistema giudiziario federale. Il *civil jury* veniva infatti considerato uno strumento essenziale per la difesa della libertà dei cittadini nei confronti del governo nazionale, delle leggi fiscali dei governi statali, di una legislazione ingiusta e di giudici prevenuti o corrotti⁹¹. Hamilton mostrava invece molte perplessità nel riconoscere “il vincolo inseparabile che collega l'esistenza della libertà con i giudizi

⁸⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 366 nota.

⁸⁹ *Ivi*.

⁹⁰ L'articolo 3, sez. 2, comma 3, del testo costituzionale, poi ratificato, prevedeva che “il processo per tutti i reati, tranne i casi di *impeachment*, sarà mediante giuria; e tale processo sarà tenuto nello Stato dove i detti reati siano stati commessi [...]”. Riferimenti alla giuria nei processi penali compariranno anche nel successivo *Bill of Rights* e precisamente nel V e nel VI emendamento, dove si afferma che “nessuno sarà tenuto a rispondere di un reato che comporti la pena capitale, o comunque infamante, se non su denuncia o accusa fatta da un Gran giurì [...]” e che “in ogni procedimento penale, l'accusato avrà il diritto a un processo pubblico, in tempi rapidi, con una giuria imparziale di persone dello Stato e del distretto in cui il reato sia stato commesso [...]”. L'approvazione del VII emendamento sancirà l'estensione del diritto a un giudizio mediante giuria anche nei processi civili: “In tutti i procedimenti che rientrano nell'ambito della *common law*, in cui il valore della controversia ecceda i venti dollari, sarà fatto salvo il diritto al giudizio da parte di giuria, e nessun caso giudicato da una giuria potrà essere riesaminato in qualsiasi altra corte degli Stati Uniti se non secondo le norme della *common law*”. Cfr. F. TONELLO (a cura di), *La Costituzione degli Stati Uniti*, cit., pp. 104-105, 118-121.

⁹¹ Un'efficace ricostruzione delle varie posizioni sul *trial by jury* emerse nel dibattito sulla ratifica della costituzione si trova in L.W. LEVY, *The Palladium of Justice. Origins of Trial by Jury*, Chicago, Ivan R. Dee, 1999, pp. 91 e ss.

con giuria nei processi civili”. Tale vincolo, a suo giudizio, riguardava soprattutto, se non esclusivamente, l’impiego della giuria in ambito penale, là dove questa istituzione, insieme all’*Habeas corpus*, si configurava come uno dei mezzi più efficaci per impedire l’esercizio oppressivo del potere attraverso “gli strumenti del dispotismo giudiziario”, quali “il porre arbitrariamente sotto accusa un cittadino, i metodi arbitrari di perseguire pretesi delitti, le pene arbitrarie fondate su sentenze altrettanto arbitrarie”. L’utilità dell’adozione del processo con giuria nelle cause civili si mostrava invece “in relazione a circostanze estranee alla difesa della libertà”, quali ad esempio la diffusione della corruzione. Pur nella consapevolezza che i funzionari avrebbero potuto abusare del loro potere tentando di addomesticare le giurie, Hamilton riteneva che il *trial by jury* fosse comunque un valido strumento contro eventuali tentativi di corruzione: “i cittadini sono scoraggiati dall’attentare all’onestà dei giudici dall’aumento degli ostacoli che potrebbero frapporsi al successo di tale manovra. Le tentazioni che i giurati dovranno sormontare saranno necessariamente minori, allorché sia sempre necessaria la cooperazione della giuria, di quanto non potrebbe avvenire se i giudici avessero l’ultima parola in tutte le cause”⁹².

Anche Tocqueville era convinto che la giuria in materia penale fosse “la più grande salvaguardia contro la tirannia”. Ma proprio per questo motivo, e alla luce del particolare rapporto che nella sua riflessione lega le leggi ai costumi, egli sottolineava il nesso strettissimo tra l’estensione del processo con giuria alle cause civili e la difesa della libertà individuale:

le leggi sono sempre vacillanti se non hanno fondamento nei costumi. I costumi sono l’unica forza resistente e duratura in un popolo. Ora, è investendo la materia civile che la giuria, divenendo un’istituzione sempre in movimento, che tocca tutti gli interessi, e alla quale tutti ricorrono incessantemente; è occupandosi di queste questioni che l’istituzione della giuria entra veramente a far parte delle abitudini, piega l’intelligenza umana alle sue forme e si confonde infine con l’idea di giustizia assoluta. Una volta entrata in questo modo nei costumi, non si può più escluderla dalle leggi in materia penale⁹³.

Le considerazioni sulla giuria che abbiamo sinteticamente riassunto esemplificano un modo originale di formulare un giudizio sulle istituzioni che si ritrova frequentemente nella *Democrazia in America*. Tale originalità consiste nel porre in secondo piano l’efficacia strumentale e quindi il valore intrinseco di determinati meccanismi istituzionali e nel concentrare l’attenzione sugli effetti “secondari” o “indiretti” che derivano dall’adozione di una certa istituzione, quali ad esempio un più consapevole spirito di cittadinanza o una maggiore cognizione del legame che unisce l’interesse personale all’interesse pubblico. In altre parole, nel caso specifico della giuria, non è tanto importante il risultato – l’equità dei verdetti pronunciati – quanto l’effetto secondario: “*Non so se il giurì sia utile a coloro che hanno dei processi, ma sono sicuro che è utilissimo a quelli che li*

⁹² A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 83, pp. 662-664.

⁹³ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., pp. 355-356 nota.

giudicano. Lo ritengo come uno dei mezzi più efficaci di cui possa servirsi la società per l'educazione del popolo" [DA I, 324]⁹⁴. Si tratta – come ha osservato Elster – di una “valutazione *ex post*” delle istituzioni che, “in quanto atteggiamento analitico a posteriori, e a una certa distanza”, consente di sfuggire alle conseguenze controproducenti a cui si espone chi invece individua *ex ante* negli effetti secondari le ragioni che dovrebbero giustificare l'adozione di una determinata istituzione. Una delle condizioni necessarie affinché il sistema del giurì produca gli effetti positivi descritti da Tocqueville è infatti la credenza da parte dei giurati che stanno facendo qualcosa di particolarmente importante, che va ben oltre la loro personale educazione: “le loro menti sono straordinariamente concentrate perché sanno che qualcuno può anche perdere la vita a causa della loro decisione. Ma questo effetto verrebbe a mancare se i giurati pensassero che l'effetto sul loro senso civico è lo scopo principale del procedimento”⁹⁵.

Queste considerazioni sono significative perché mettono in evidenza un punto debole delle argomentazioni di quanti raccomandano l'introduzione su larga scala di pratiche deliberative nell'ambito del processo decisionale democratico, talvolta direttamente ispirate al modello del processo con giuria di matrice anglosassone, come le giurie dei cittadini (*citizens juries*) ideate da Ned Crosby⁹⁶. L'individuazione della giuria come strumento istituzionale che incarna al meglio gli ideali deliberativi non sorprende più di tanto: in effetti, come è stato giustamente osservato, le condizioni procedurali che regolano questo genere di dibattito – il requisito dell'unanimità che consente un potere di veto alle minoranze, lo stato di isolamento e l'esiguo numero dei giurati, la segretezza in cui si svolgono i lavori della giuria – si rivelano particolarmente favorevoli per lo svolgimento di una discussione aperta e per un'attenta considerazione di tutti i punti di vista⁹⁷. L'aspetto problematico è un altro. Se è vero che i teorici della democrazia deliberativa si attendono dalla creazione di arene specificamente dedicate alla discussione pubblica anche benefici diretti, quali ad esempio una miglior qualità e una maggiore rispondenza alle esigenze dei cittadini delle decisioni pubbliche, è altrettanto vero che il fine principale della deliberazione è il mutamento delle preferenze e delle opinioni di coloro che partecipano alle pratiche deliberative. Non è un caso che l'efficacia della deliberazione venga valutata soprattutto in base al suo potenziale “trasformativo”, cioè in base ad un effetto essenzialmente secondario. Senza contare che al momento tali procedure non hanno alcun carattere vincolante, nel senso che nella migliore delle ipotesi ci si aspetta che le autorità pubbliche tengano in considerazione quanto è emerso dalla deliberazione, mentre la giuria

⁹⁴ Corsivo mio.

⁹⁵ J. ELSTER, *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983; trad. it. *Uva acerba. Versioni non ortodosse della razionalità*, Milano, Feltrinelli, 1989, pp. 113, 118.

⁹⁶ N. CROSBY, D. NETHERCUTT, *Citizen Juries: Creating a Trustworthy Voice of the People*, in J. GASTIL, P. LEVINE (eds.), *The Deliberative Democracy Handbook*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, pp. 111-119.

⁹⁷ Cfr. J. IONTCHEVA TURNER, *Jury Sentencing as Democratic Practice*, in “Virginia Law Review”, 89 (2), 2003, pp. 346-347.

di un processo penale o civile assume decisioni che hanno conseguenze effettive per tutti gli attori coinvolti⁹⁸.

Questa digressione sulla possibile estensione dell'istituzione della giuria al processo decisionale nei regimi democratici contemporanei ci riporta al legame strettissimo tra giuria e democrazia. Del resto, questo nesso risale alla democrazia ateniese che concepiva l'espletamento della funzione giudiziaria come l'esercizio diretto da parte dei cittadini di un potere diverso da quello legislativo attraverso organi differenti ma in un senso molto pregnante analoghi, dato che anche i tribunali, al pari dell'Assemblea, rappresentavano l'estrinsecazione del principio dell'autogoverno popolare. Non a caso Aristotele nella *Politica* definiva il cittadino di una democrazia come colui che ha il diritto di partecipare alle funzioni di giudice e all'attività dell'Assemblea⁹⁹.

Secondo Tocqueville l'istituzione della giuria può essere interpretata come l'applicazione del principio democratico all'amministrazione della giustizia e il legame tra giuria e democrazia prescinde dalle diverse modalità che regolavano la formazione delle giurie nei vari Stati dell'Unione. In un brano che compare in appendice alla *Democrazia in America*, Tocqueville osservava che, nonostante il diritto di far parte di una giuria, al pari del diritto di voto, sia esteso a tutti, "l'esercizio di questo diritto non è rimesso indistintamente nelle mani di tutti". Nella maggior parte degli stati americani i magistrati municipali o cantonali – *select-men, supervisors, trustees, sheriffs* – indicano per ogni cantone un certo numero di cittadini che "hanno il diritto di essere giurati e ai quali essi attribuiscono la capacità di esserlo" e trasmettono successivamente l'elenco alla corte della contea, la quale procede alla estrazione a sorte tra quei nominativi dei componenti della giuria [DA, appendice 857]. Martin Welles, giudice a Wethersfield, ad esempio, aveva riferito a Tocqueville che nel Connecticut i giurati venivano scelti in ogni *town* dal giudice di pace e dai *select-men*: "Benché ogni *free-holder* abbia il diritto di fare il giurato, si bada a scegliere tra i *free-holders* solo i più capaci. Le giurie sono solitamente molto ben composte. Ne ho visto alcune che, da ogni punto di vista, mi avrebbero dato le stesse garanzie dei giudici. Nello Stato di New York, dove la giuria è estratta a sorte, capita spesso invece che la sua composizione lasci molto a desiderare". E Joseph McIlvaine, *recorder* di Philadelphia, aveva fatto osservare al futuro autore della *Democrazia in America* come in Pennsylvania, nonostante la legge attribuisse a ciascun cittadino che avesse compiuto ventuno anni e pagasse le imposte il diritto di far parte di una giuria, di fatto solo i due terzi degli aventi diritto svolgessero questa funzione: "Ogni anno gli *assessors*

⁹⁸ Del resto, dell'esistenza di queste difficoltà sono consapevoli proprio coloro che hanno affrontato il tema della democrazia deliberativa alla luce dell'esperienza del *jury service*. Si veda, ad esempio, J. GASTIL, P. WEISER, *Jury Service as an Invitation to Citizenship: Assessing the Civic Value of Institutionalized Deliberation*, in "The Policy Studies Journal", 34 (4), 2006, pp. 605-627.

⁹⁹ ARISTOTELE, *Politica*, a cura di R. Laurenti, Bari, Laterza, 2000, III, 1, 1275 a, 22-28, p. 72.

(coloro che stabiliscono le imposte) fanno una lista di quanti essi ritengono capaci di adempiere quel dovere sociale. Scartano gli elementi notoriamente *incapaci* o *indegni* e mettono il nome dei restanti in una scatola dalla quale, a ogni sessione, vengono estratti quarantotto nominativi”¹⁰⁰.

Le modalità che regolavano la formazione delle giurie e l’uso del sorteggio riproponevano in sostanza quel dilemma tra eguaglianza politica e principio di competenza noto sin dall’epoca della democrazia ateniese. Naturalmente il problema dell’inclusione riguardava tanto in Grecia come in America soltanto coloro che godevano dei diritti politici, dato che ampie categorie di individui come le donne o gli schiavi erano escluse dalla partecipazione politica¹⁰¹. I Greci, animati da una marcata diffidenza nei confronti del professionismo politico, utilizzavano in modo massiccio il sorteggio per l’attribuzione della maggior parte delle cariche pubbliche. L’ampio ricorso all’estrazione a sorte, tuttavia, si combinava con alcuni elementi – ad esempio, il carattere volontario della partecipazione o il controllo *ex post* delle scelte di volta in volta compiute che poteva eventualmente comportare censure o sanzioni – che incoraggiavano una specie di autoselezione tra gli aspiranti candidati: coloro che non si ritenevano in grado di svolgere determinati incarichi potevano facilmente evitare di essere scelti ed avevano un forte incentivo a farlo¹⁰². Qualcosa del genere avveniva anche per i membri dei tribunali popolari che venivano reclutati attraverso il sorteggio da liste annuali di volontari, formate da circa seimila cittadini di età superiore a trent’anni estratti a sorte, che si impegnavano – pronunciando il giuramento eliastico, tutt’altro che una vuota formalità – a votare nel rispetto delle leggi e dei decreti dell’Assemblea e del Consiglio e, in assenza di leggi, a esprimere il proprio giudizio in sintonia con il proprio senso di giustizia e ad ascoltare in modo imparziale le ragioni della difesa e dell’accusa¹⁰³.

Le procedure adottate in America per attenuare gli effetti della casualità dell’estrazione a sorte più che un’autoselezione prevedevano una pura e semplice selezione, dato che il compito di valutare i requisiti di coloro che potevano far parte di una giuria era assegnato in larga misura alla discrezionalità dei funzionari. Questa sfera di arbitrio, tuttavia, era mitigata dal fatto che spesso – come nel caso della Pennsylvania citato in precedenza – i magistrati a cui era affidata la compilazione degli elenchi erano elettivi e svolgevano quella funzione per un periodo limitato: un

¹⁰⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., pp. 198, 356.

¹⁰¹ Soltanto dopo la Guerra civile e l’approvazione del XIV emendamento la Corte suprema stabilì che i diritti di cittadinanza si estendono a tutte le razze, rendendo gli afroamericani teoricamente eleggibili come giurati. Prima dell’approvazione del XIX emendamento, che nel 1920 concesse alle donne il diritto di voto, la partecipazione femminile alle giurie fu soltanto sporadica. Senza contare che il riconoscimento del diritto di voto non si tradusse automaticamente nell’eleggibilità per prestare servizio nelle giurie. Solo nel 1975 la Corte suprema stabilì che una legge statale che escludeva le donne dal *jury service* violava il VI emendamento ed era pertanto incostituzionale.

¹⁰² Cfr. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentative*, Paris, Calman-Lévy, 1995, p. 26.

¹⁰³ Cfr. M.H. HANSEN, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, Norman, University of Oklahoma Press, 1999, pp. 182-183.

sistema che, come era stato riferito a Tocqueville, non suscitava diffidenza, dava ampie garanzie e rendeva più accettabili le decisioni.

Da un certo punto di vista le modalità che regolavano la formazione delle giurie non avevano grande importanza. Se in America la giuria si configurava, al pari del suffragio universale, come “una conseguenza diretta ed estrema del dogma della sovranità del popolo” [DA I, 322], anche là dove – come in Inghilterra – questa istituzione manteneva un’impronta fortemente aristocratica, dato che i membri di questo organismo venivano reclutati soltanto tra le fila dell’aristocrazia, essa conservava – a giudizio di Tocqueville – indiscutibilmente “un carattere repubblicano”. Tale carattere consisteva nel rimettere “la direzione della società” – in tutto o in parte - ai cittadini e non ai governanti: “il giurì colloca il popolo stesso, o almeno una classe di cittadini, sul seggio del giudice” e “affida, così, realmente la direzione della società alle mani del popolo o di quella classe” [DA I, 321-322].

Finora ci siamo limitati a sottolineare il rapporto che lega l’istituzione della giuria alla democrazia. Dall’analisi di Tocqueville, tuttavia, emerge anche quella che potrebbe essere definita la dimensione “antidemocratica” del *trial by jury*, dimensione che è strettamente connessa al ruolo assunto dal giudice nel corso del dibattimento e alle sue prerogative rispetto al verdetto pronunciato.

Anche in questo caso Tocqueville effettua una distinzione tra processi penali e processi civili. Nei primi, “in cui la società lotta contro un uomo, il giurì è portato a vedere nel giudice lo strumento passivo del potere sociale, e diffida dei suoi pareri”. Senza contare che “i processi penali si fondano interamente su semplici fatti, che il buon senso giunge facilmente a valutare. Su questo terreno, il giudice e il giurato sono uguali”. Nei processi civili, invece

il giudice appare allora come un arbitro disinteressato tra le passioni delle parti. I giurati lo guardano con fiducia, e l’ascoltano con rispetto, poiché qui la sua intelligenza domina totalmente la loro. È lui che sviluppa davanti ai giurati i diversi argomenti che hanno stancato la loro memoria, e che li prende per mano per guidarli attraverso le tortuosità della procedura; è lui che li porta dentro il punto di fatto e insegna loro la risposta che devono dare alla questione di diritto. La sua influenza sui giurati è quasi illimitata [DA I, 325].

Sulla base di queste considerazioni Tocqueville poteva concludere affermando che, nell’ambito dei processi civili, le polemiche relative alla supposta incompetenza dei giurati si rivelavano del tutto inconsistenti, dato che, “almeno quando non si tratta di una questione di fatto, il giurì ha solo l’apparenza di un corpo giudiziario”. Nella stragrande maggioranza dei casi i giurati finivano per rimettersi consapevolmente o inconsapevolmente al parere del giudice: “i giurati pronunciano la sentenza che il giudice ha emesso. Essi conferiscono a questa sentenza l’autorità della società che rappresentano, e il giudice quella della ragione e della legge” [DA I, 325].

Lo spunto per giungere a queste conclusioni era stato offerto a Tocqueville da una conversazione con Gilpin sul funzionamento della Corte di Common Pleas in Pennsylvania. Egli

aveva fatto notare al suo interlocutore come il giudice nel corso della causa non si limitasse a prendere la parola nel dibattimento, riassumendo le questioni di fatto e chiarendo le questioni di diritto nelle varie ipotesi, ma avesse anche “*il diritto di annullare, seduta stante, il verdetto della giuria e inviarla a deliberare di nuovo*”. In realtà, quindi, “malgrado le apparenze il giudice è l’unico a decidere [...] in materia di diritto e inoltre esercita un’influenza sul giudizio di fatto”. Senza contare il potere riservato ai giudici nel decidere in merito a un *writ of error*, cioè alla richiesta di un nuovo processo avanzata dalla parte soccombente che poteva portare all’annullamento del verdetto e alla nomina di un’altra giuria¹⁰⁴. Da questo punto di vista la differenza tra il funzionamento del giurì civile in America e in Inghilterra, dove si ammetteva pubblicamente che “i giurati non sfuggono mai al controllo del giudice” [DA, appendice 858-859], si riduceva ad una differenza esclusivamente formale.

Inoltre, a giudizio di Tocqueville, l’istituzione del giurì civile costituiva una delle principali fonti del potere e dell’autorità morale dei giudici sia nei processi penali, sia in quelle cause – piuttosto frequenti e molto importanti - in cui il giudice era chiamato a pronunciarsi da solo. Nel primo caso il giudice inglese o americano esercitava un’influenza sugli esiti del processo penale del tutto sconosciuta a quello francese: la ragione di questa diversità era che “il magistrato inglese o americano ha stabilito il suo potere in materia civile e non fa che esercitarlo, dopo, in un altro campo; egli non l’acquista affatto”. Nel secondo caso, il giudice americano, pur trovandosi casualmente ad occupare la stessa posizione in cui si trova il giudice francese, ha un “potere morale [...] molto più grande”: “i ricordi del giurì lo seguono ancora, e la sua voce ha quasi altrettanto potere di quella della società, di cui i giurati erano l’organo” [DA I, 325].

Queste osservazioni sul ruolo dei giudici nell’ambito del *trial by jury* sono significative perché consentono di chiarire alcuni aspetti della riflessione di Tocqueville che a prima vista potrebbero apparire paradossali. Mi riferisco in particolare al fatto che l’autore della *Democrazia in America*, inserendo la parte relativa alla giuria all’interno del capitolo dedicato ai fattori capaci di moderare negli Stati Uniti l’onnipotenza della maggioranza, aveva individuato in questa istituzione uno degli antidoti più efficaci contro “la forza irresistibile dell’opinione pubblica” e il rischio di esiti dispotici. Ci si potrebbe legittimamente chiedere perché il comportamento dei giurati avrebbe dovuto essere considerato meno scevro di pregiudizi, più equilibrato ed imparziale di quello del pubblico dalle cui fila erano reclutati. Come ha osservato Schleifer, la giuria, “nel bene e nel male, era lo specchio dell’opinione pubblica e, in quanto tale, un potenziale strumento di tirannia”¹⁰⁵. In effetti, alcuni passaggi della *Democrazia in America* si prestano ad un’interpretazione volta a sottolineare le ambiguità, se non le contraddizioni, del ragionamento del pensatore normanno. Nel

¹⁰⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., pp. 352-354, corsivo originale.

¹⁰⁵ Cfr. J. SCHLEIFER, *The Making of Tocqueville’s Democracy in America*, cit. p. 267.

capitolo precedente, ad esempio, Tocqueville, parlando della tirannia dell'opinione e sottolineando la scarsità delle garanzie contro l'onnipotenza della maggioranza, aveva fatto un esplicito riferimento anche alla giuria:

Quando, negli Stati Uniti, un uomo o un partito subisce un'ingiustizia, a chi volete che si rivolga? All'opinione pubblica? È essa che forma la maggioranza; al corpo legislativo? Esso rappresenta la maggioranza e le obbedisce ciecamente; al potere esecutivo? Ma è nominato dalla maggioranza e la serve come uno strumento passivo; alla forza pubblica? La forza pubblica non è altro che la maggioranza sotto le armi; alla giuria? La giuria è la maggioranza investita del diritto di pronunciare sentenze: i giudici stessi, in certi Stati, sono eletti dalla maggioranza. Per iniqua o irragionevole che sia la misura che vi colpisce è necessario che vi sottomettiate [DA I, 299].

In altre parole, se la giuria era “l'applicazione più efficace e diretta del dogma della sovranità popolare, dal momento che non è altro che il popolo chiamato a giudicare ciò che lecito o no nei confronti della società”¹⁰⁶, come poteva costituire un argine contro gli eccessi della democrazia e la forza irresistibile dell'opinione pubblica?

L'analisi del concreto funzionamento del *civil jury* aveva mostrato a Tocqueville che nell'ambito del processo il giudice continuava a ricoprire un ruolo fondamentale. Al di là delle apparenze, vale a dire di là del suo evidente legame con l'idea democratica, l'istituzione della giuria incorporava quindi anche una dimensione antidemocratica, nel senso che contribuiva in modo determinante a rafforzare il prestigio e il potere della magistratura, cioè dell'“aristocrazia” giudiziaria:

Il giurì, che sembra diminuire i diritti della magistratura, fonda, invece, realmente il suo impero; e non vi è paese in cui i giudici siano così potenti, come quelli in cui il popolo condivide i loro privilegi. È soprattutto con l'aiuto del giurì in materia civile, che la magistratura americana fa penetrare ciò che io ho chiamato spirito legistico fin nelle ultime classi della società. Così il giurì, che è il mezzo più energico per dominare il popolo, è anche il mezzo più efficace per insegnargli a governare [DA I, 326].

Come è stato giustamente sottolineato, l'istituzione della giuria, e in modo particolare della giuria in ambito civile, ricopriva dunque un duplice ruolo: da un lato, al pari delle associazioni politiche o delle libertà municipali, era “una cura democratica per una malattia democratica”; dall'altro, svolgendo una funzione del tutto simile a quella dei meccanismi istituzionali che avevano la finalità di correggere il maggioritarismo popolare, era contemporaneamente “una cura antidemocratica per una malattia democratica”¹⁰⁷.

Queste considerazioni offrono lo spunto per un'ulteriore riflessione. Dzur ha osservato che la ricostruzione del ruolo della giuria effettuata da Tocqueville, specie se raffrontata con le analisi di

¹⁰⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio negli Stati Uniti*, cit., p. 198.

¹⁰⁷ Cfr. S. HOLMES, *Tocqueville and Democracy*, in D. COPP, J. HAMPTON, J.E. ROEMER, *The Idea of Democracy*, Cambridge, Cambridge University, 1993, p. 48.

molti pensatori nordamericani, si rivela decisamente unilaterale. Per molti di loro la giuria non era, o non era soltanto, una scuola alla quale si apprendono gratuitamente le virtù civiche, ma rappresentava “un necessario strumento di controllo sui funzionari governativi, il loro cane da guardia, così come un espediente pratico di condivisione del potere che controbilancia i vantaggi istituzionali di coloro che sono al governo”¹⁰⁸. Ciò vale in modo particolare per gli antifederalisti, per i quali l’enfasi sul ruolo delle giurie popolari era parte integrante della denuncia del carattere “aristocratico” della costituzione, ma anche per studiosi, per molti versi più vicini alle posizioni di Tocqueville, come Francis Lieber. Quest’ultimo, ad esempio, aveva sottolineato che “attraverso l’istituzione della giuria [...] erano stati uniti due grandi fini, quello della libertà e quello dell’amministrazione della giustizia, vale a dire la partecipazione diretta del popolo nel dispensare la giustizia e l’impedire che essa cada interamente nelle mani dell’esecutivo o di una casta chiusa e separata”¹⁰⁹. È innegabile che l’analisi del significato politico del *trial by jury* contenuta nelle pagine della *Democrazia in America*, lungi dall’esprimere insofferenza nei confronti della mediazione delle *élites* o il convincimento della superiorità del senso comune, tenda a mettere in evidenza soprattutto la capacità di questa istituzione di educare i cittadini e di suscitare la loro deferenza nei confronti della magistratura e del sapere specialistico di cui i giudici sono portatori. Il rilievo di Dzur è quindi senz’altro fondato. Ciò, tuttavia, non deve indurre a sottovalutare il nesso strettissimo che nella riflessione del pensatore francese lega la giuria alla difesa della libertà individuale. In un articolo sul diritto romano Tocqueville scriveva: “dovunque i governati hanno affidato in modo permanente e completo l’amministrazione della giustizia ai governanti, l’indipendenza civile è stata garantita solo in parte e l’indipendenza politica non ha potuto sopravvivere. Non vi è eccezione a questa regola e l’esperienza come la ragione hanno sempre dimostrato che il dominatore del processo lo è diventato subito di tutto il resto, finendo per tenere nelle sue mani tanto i cittadini quanto le parti in causa”¹¹⁰.

4. Il diritto amministrativo

In un saggio rimasto purtroppo incompiuto¹¹¹, volto a ricostruire le riflessioni di Tocqueville sulla nascita del diritto amministrativo, Anna Maria Battista ribadiva con forza la tesi, già argomentata in scritti precedenti, secondo cui esisterebbe una netta differenza tra i due volumi che compongono la sua opera più celebre. In sintesi, nel pensiero di Tocqueville sarebbero rintracciabili “due momenti

¹⁰⁸ Cfr. A.W. DZUR, *Tocqueville and Lieber on the Value of the Jury*, in “Political Theory”, 38 (5), 2010, p. 616.

¹⁰⁹ La citazione di F. LIEBER, *Manual of Political Ethics* (1838), Philadelphia, Lippincott, 1875, è tratta da *op. cit.*, pp. 614-615.

¹¹⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *Sur le droit romain*, articolo non firmato pubblicato in “Le Siècle”, 14 agosto 1841, in *Œuvres complètes*, cit., vol. XVI, p. 173.

¹¹¹ Il saggio, intitolato *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di Tocqueville e le sue fonti*, è stato inserito nella raccolta di saggi, pubblicata postuma, di A.M. BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, cit., pp. 271-303.

distinti”: il primo, espresso nella *Democrazia* del 1835, che in sintonia con il liberalismo francese dell’Ottocento si concentra sui rischi per la libertà individuale e collettiva derivanti dall’eccessivo potere delle assemblee legislative e, in assenza di efficaci contrappesi, dall’applicazione assoluta del principio maggioritario; il secondo, reso esplicito nella *Democrazia* del 1840, che individua il vero pericolo per la libertà dei moderni nella tendenza opposta, cioè nell’ampliamento delle prerogative del potere esecutivo e nella progressiva estensione “dei diritti-doveri dell’amministrazione fino a farne l’arbitro e al tempo stesso il tutore del destino di ognuno”. L’attenzione rivolta dal pensatore francese al nascente diritto amministrativo non sarebbe altro che la riprova di questo mutamento di prospettiva che coglie con grande lucidità un fenomeno del tutto nuovo, ignorato dal liberalismo contemporaneo, che consisteva nell’“afferinarsi in seno al corpo sociale di una tendenza ad alienare la propria facoltà di autodeterminazione in favore di un potere esecutivo, contemplato con i tratti di un arbitro previdente e paterno di ogni aspetto della vita umana”¹¹². Ma esiste davvero questa netta cesura ipotizzata dalla Battista? E davvero l’interesse di Tocqueville per il diritto amministrativo può essere considerato una prova significativa di un radicale cambiamento nell’interpretazione delle implicazioni derivanti dall’affermazione dell’eguaglianza delle condizioni?

In primo luogo, si potrebbe osservare che la sottolineatura della rilevanza politica e dell’incidenza sociale delle disposizioni amministrative costituisce una sorta di filo rosso rintracciabile in termini più o meno espliciti in tutte le opere del pensatore francese, a partire dai suoi diari di viaggio¹¹³. In secondo luogo, come è noto, uno dei temi in cui si manifesta la straordinaria abilità del Tocqueville comparatista è proprio l’analisi della differente struttura amministrativa che caratterizza i paesi anglo-americani e i paesi dell’Europa continentale, con particolare riferimento alla Francia. Ed è un tema già presente nella *Democrazia* del 1835, nei capitoli in cui il pensatore francese enumera ed analizza i caratteri che rendono diversa e immediatamente riconoscibile l’amministrazione americana: “l’elezione dei funzionari amministrativi, o l’inevitabilità delle loro funzioni, l’assenza di gerarchia amministrativa, l’introduzione dei mezzi giudiziari nel governo secondario della società” [DA I, 104]. Non mancano poi gli accenni a temi che verranno compiutamente sviluppati in scritti successivi, come il

¹¹² *Ivi*, pp. 272-273, 278-279.

¹¹³ Si veda al riguardo S. CASSESE, *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in “Le Carte e la Storia”, III, n.2, 1997, pp. 7-14, riprodotto in *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 111-123. Questa consapevolezza non riguarda soltanto l’importanza politica e sociale delle strutture amministrative, ma anche temi specifici, come il rapporto tra giustizia e amministrazione, che verranno ripresi e sviluppati successivamente. Ad esempio, in un appunto del suo diario di viaggio in Inghilterra Tocqueville scrive: “Dell’introduzione del potere giudiziario nell’amministrazione. Della sua necessità. Dei diversi mezzi di cui i popoli si possono servire per introdurlo. Sull’argomento c’è da scrivere non un capitolo ma un libro, e dei più importanti. La necessità di introdurre il potere giudiziario nell’amministrazione è una di quelle idee centrali cui mi riportano tutte le ricerche che vado facendo su ciò che ha reso possibile e può rendere possibile la libertà politica”. A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggio in Inghilterra e in Irlanda del 1835*, cit., pp. 554-555.

riferimento alla sopravvivenza dell'articolo 75 della Costituzione dell'Anno VIII¹¹⁴ e alla difficoltà di far capire agli interlocutori americani il carattere profondamente illiberale del diritto amministrativo francese, tutto incentrato sul *Conseil d'État*:

Ma quando cercavo di far capire loro che il Consiglio di Stato non era affatto un corpo giudiziario, nel senso comune della parola, bensì un corpo amministrativo, i cui membri dipendevano dal Re, in modo che il Re, dopo aver ordinato in base ai suoi poteri sovrani ad uno dei suoi servitori, chiamato prefetto, di commettere un'ingiustizia, poteva ordinare in base ai suoi poteri sovrani a un altro servitore, chiamato consigliere di Stato, di impedire la punizione del primo; quando mostravo loro il cittadino, leso per ordine del sovrano, ridotto a chiedere al sovrano stesso l'autorizzazione di ottenere giustizia, essi si rifiutavano di credere a simili enormità e mi accusavano di menzogna e ignoranza [DA I, 129]¹¹⁵.

Infine, se è vero che la scoperta dell'importanza delle istituzioni amministrative può essere considerata un aspetto originale della riflessione di Tocqueville, è altrettanto vero che essa sembra piuttosto una conseguenza dell'autentica novità metodologica introdotta dall'autore della *Democrazia in America*: il ruolo analitico attribuito alla ricerca dell'interesse individuale, inteso come assunto o premessa generale della sua analisi sulla democrazia, e all'influenza delle istituzioni, della distribuzione dei beni pubblici e delle norme sociali nell'orientare il calcolo individuale e nel favorire od ostacolare il raccordo tra interesse privato e interesse pubblico¹¹⁶. La configurazione delle strutture amministrative è determinante nell'operare tale collegamento, come Tocqueville sottolinea in uno scritto di poco posteriore alla pubblicazione del primo volume del suo capolavoro: “la politica estera, le leggi generali esercitano solo un influsso indiretto e spesso invisibile sulle condizioni e sul benessere del singolo cittadino. L'amministrazione locale, invece, li affronta tutti i giorni, li tocca di continuo nei punti più sensibili; influisce su tutti gli interessi minuti che compongono il grande interesse che ognuno ha per la vita; è l'oggetto principale dei loro timori, attira a sé le loro precipue speranze, li invischia in mille rivoli che li coinvolgono a loro insaputa”¹¹⁷.

Esprimere perplessità su interpretazioni eccessivamente dicotomiche come quelle della Battista, che comunque resta una delle interpreti più originali del pensiero di Tocqueville, non

¹¹⁴ L'art. 75 stabiliva che “gli agenti del Governo, tranne i ministri, non possono essere perseguiti per fatti relativi alle loro funzioni, se non in virtù di una decisione del Consiglio di Stato: in questo caso, il procedimento ha luogo di fronte ai tribunali ordinari”. Si veda in proposito G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 64-65.

¹¹⁵ Tra l'altro, proprio nella *Democrazia* del 1835, nel capitolo in cui Tocqueville descrive i vantaggi politici del decentramento amministrativo, c'è un brano che anticipa il tema centrale della quarta parte della *Democrazia* del 1840: “Cosa m'importa, dopo tutto, che ci sia un'autorità sempre in guardia, che veglia sulla tranquillità dei miei piaceri, che vola davanti ai miei passi per allontanare tutti i pericoli, senza che io abbia bisogno di pensarvi, se poi questa autorità, nello stesso tempo in cui allontana le più piccole spine dal mio passaggio, è padrona assoluta della mia libertà e della mia vita; se monopolizza il movimento e la vita al punto che, quando essa langue, tutto langue, quando essa dorme, tutto dorme, quando essa muore, tutto muore?” [DA I, 116].

¹¹⁶ Ho affrontato estesamente questo tema in *Interesse e spirito pubblico. Note su Tocqueville*, Pisa, Giardini, 1994.

¹¹⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *État social et politique de la France avant et depuis 1789* (1836), in *Œuvres complètes*, cit., VI-1; trad. it. *Stato e sociale della Francia prima e dopo il 1789*, in *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., p. 9.

significa negare che esistano differenze. Ma tali differenze sembrano piuttosto riconducibili ad un differente orizzonte problematico determinato dalla diversità dei contesti analizzati: nel primo volume della *Democrazia in America* Tocqueville descrive “una democrazia radicalmente non rivoluzionaria”¹¹⁸, cioè un sistema democratico che ha raggiunto la stabilità e non ha conosciuto, in virtù delle specificità legate al *point de départ* degli angloamericani, gli effetti del processo di democratizzazione; nel secondo volume, ma soprattutto nella quarta parte, l’interesse di Tocqueville è rivolto in particolar modo alla Francia, esempio paradigmatico di transizione democratica, in cui assumono un ruolo determinante gli effetti cumulativi prodotti dalla sovrapposizione della rivoluzione politica a quella sociale¹¹⁹.

Come è noto, il luogo in cui Tocqueville esprime in modo organico il suo pensiero sul diritto amministrativo è il rapporto presentato all’Académie des Sciences morales et politiques sui primi due volumi dell’opera di Louis Antoine Macarel, *Cours de droit administratif*. L’autore della *Democrazia in America* sottolineava come l’errore principale del manuale del giurista francese fosse quello di considerare come “assiomi di diritto” dei principi generali e delle massime che non solo non avevano ancora ricevuto una sanzione formale da parte degli organismi competenti, ma che erano “contestabili e fortemente contestate” e che, a suo giudizio, erano destinate a rivelarsi “non solo erronee, ma assai pericolose”¹²⁰. La principale di queste massime, insegnata come “un assioma riconosciuto”, affermava l’esistenza in Francia di una doppia giurisdizione, cioè di “due specie di giustizia ordinaria”. La prima era chiamata a pronunciarsi sui processi che vedevano coinvolti dei semplici cittadini ed aveva come interpreti i giudici inamovibili; la seconda riguardava

¹¹⁸ La definizione è di F. FURET, *Naissance d’un paradigme: Tocqueville et le voyage en Amérique*, in “Annales”, 39 (2), 1984, p. 237.

¹¹⁹ Non è mia intenzione riproporre *sic et simpliciter* una tesi già avanzata nel corso dell’Ottocento (cfr. P. JANET, *Alexis de Tocqueville et la science politique au XIX^e siècle*, in “Revue des Deux Mondes”, vol. 34, 1861, pp. 101-133) e sottovalutare la novità dell’analisi delle minacce che incombono sulle società di massa contenuta nel secondo volume. Come è stato giustamente osservato, “il grande fascino che si sprigiona dalla seconda parte della *Democrazia*” deriva proprio dalla capacità di “intuire e descrivere processi sociali e culturali che al suo tempo non esistevano ancora, o che erano soltanto *in nuce*, e che si sarebbero dispiegati solo molto tempo dopo”. Cfr. G. BEDESCHI, *Il pensiero politico di Tocqueville*, Bari, Laterza, 1996, pp. 88-89. Tuttavia, alcuni temi, come quello del rischio dell’avvento di un dispotismo paterno evocato nella quarta parte e che costituisce l’oggetto delle riflessioni di A.M. Battista, sono strettamente legati alle diverse modalità con cui in Europa – in modo particolare in Francia - si è affermata l’eguaglianza delle condizioni e ai problemi, acutamente individuati da Tocqueville, connessi alla transizione democratica.

¹²⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur le livre de M. Macarel, intitulé: Cours de droit administratif* (1846), in *Œuvres complètes*, cit., vol. XVI; trad. it. *Relazione sull’opera di Macarel intitolata “Corso di diritto amministrativo”*, in *Scritti politici*, cit., vol. I, p. 239. L’opera dei cultori del *droit administratif* veniva assimilata da Tocqueville a quella dei giuristi medievali, laici ed ecclesiastici, che con le loro massime avevano contribuito in modo decisivo a stabilire e a rafforzare la monarchia assoluta sul continente europeo: “Stiamo attenti che non si spandano, in materia di diritto amministrativo, delle massime che rendano alla monarchia rappresentativa del nostro tempo lo stesso servizio che i legisti del Medioevo hanno reso alla monarchia feudale, e che, per odio della confusione dei poteri e dell’anarchia, non si stabiliscano dei principi che ci facciano poco a poco perder la libertà”. Questa analogia mostrava anche come “i commentari delle leggi” fossero destinati “ad esercitare maggiore influenza delle leggi stesse, dato che queste ultime non regolano che certi fatti, sono limitate nella loro portata e nella loro durata, mentre i principi generali, creati dai legisti in rapporto alle leggi, sono eterni e fecondi; presto o tardi essi vengono ad essere come una comune fonte da cui poco a poco deriva tutta la legislazione”. *Ivi*, p. 242.

invece i processi che vedevano come parte in causa del procedimento lo stato ed era resa dalla stessa amministrazione. Nel primo caso, “la giustizia che non è fatta che per pronunciarsi tra privati” – la giustizia ordinaria propriamente detta – “emana senza dubbio dal Re, ma non può essere da lui direttamente esercitata: sono i tribunali che la rendono a suo nome”. Nel secondo – la giustizia amministrativa – si tratta di una *justice réservée*: “vuol dire che qui il Re non solo ha il diritto di delegare il suo potere giudiziario a dei tribunali eccezionali incaricati di liquidare i processi amministrativi al di fuori della giustizia ordinaria, ma anche che egli stesso si pronuncia in ultima istanza in tutti i casi abbracciati dalla vasta competenza definita da Macarel”¹²¹.

L’aspetto paradossale di questa duplice giurisdizione consisteva nel fatto che quando un cittadino doveva tutelare non solo un suo interesse, ma un suo diritto contro un altro cittadino – “un diritto positivo e acquisito, che si fonda su delle leggi che da esso procedono e che si tratta di constatare, testo legislativo alla mano” - poteva rivolgersi ai tribunali ordinari e confidare sull’imparzialità garantita dal principio dell’inamovibilità dei giudici; quando invece doveva difendere il medesimo diritto nei confronti delle pretese dell’amministrazione era costretto ad accettare giudici che erano parte in causa in quanto rappresentanti dell’amministrazione medesima:

[...] là, ove l’avversario è debole e non c’è molto da temere dalla parzialità dei giudici, si lascia ai cittadini l’uso di tribunali completamente indipendenti; ove invece l’avversario è forte e c’è da temere la parzialità dei giudici, si costringe il cittadino, in modo generale ed uniforme, con un’inflessibile regola giuridica, ad apparire davanti a un tribunale relativamente dipendente e si giunge fino a dare alla parte stessa il diritto di giudicare¹²².

Poiché nell’ambito della “giustizia riservata” “il vero giudice è il principe”, non era affatto escluso - paradosso nel paradosso - che l’eventuale sentenza favorevole al cittadino pronunciata dagli agenti dell’amministrazione potesse essere rovesciata da una decisione del sovrano. A nulla valeva obiettare che la legge attribuiva comunque alla Corona la facoltà di modificare i pareri resi dal *Conseil d’État* e che tale modifica sarebbe anche potuta andare a vantaggio del cittadino. In realtà, tale prerogativa si configurava come “un diritto estremo concesso per dei casi estremi, dei casi quasi impossibili da prevedere, in cui la salute del paese esige un simile violento arresto dell’azione della giustizia” e si era progressivamente trasformata in una “finzione legale” dato che vi si era fatto ricorso una sola volta in quarant’anni¹²³.

Tocqueville riteneva ammissibile, in linea di principio, che esigenze politiche in senso lato o specificamente legate all’amministrazione potessero rendere necessaria la separazione tra la giustizia amministrativa e quella ordinaria, ma ciò poteva riguardare soltanto “casi assai rari e giustificati solo da circostanze molto eccezionali”: “la regola generale è che ogni processo deve

¹²¹ *Ivi*, pp. 239-240.

¹²² *Ivi*, p. 240.

¹²³ *Ivi*, pp. 240-241.

andare davanti a quella giustizia che offre le maggiori garanzie alle due parti, chiunque tali parti siano”. Si trattava cioè, per Tocqueville, che riprendeva un’espressione formulata da Henrion de Pansey, di una “giustizia eccezionale”, di “una deroga parziale al diritto generale”¹²⁴.

Il tema della *justice réservée* sarà al centro anche della riflessione contenuta nelle pagine dell’*Ancien Régime*, in cui Tocqueville ricostruisce la genesi storica della giustizia amministrativa e della garanzia dei funzionari. Egli sottolineava come esistesse una correlazione evidente tra due fatti: da un lato, il relativo grado di indipendenza dei tribunali ordinari francesi dal governo, un dato che non aveva riscontro nell’Europa continentale; dall’altro, il frequente ricorso a tribunali speciali. Il fatto che il sovrano non avesse “quasi alcun potere sulla sorte dei giudici” l’aveva spinto a “sottrarre loro la competenza delle questioni più strettamente connesse al suo potere e a creare al loro fianco, per uso personale, una sorta di tribunale più sottomesso ai suoi poteri, che offrisse ai suoi sudditi qualche apparenza di giustizia, senza che egli avesse a temerne la presenza”¹²⁵. Negli editti reali o nei decreti emanati dal *Conseil du Roi* compariva quasi sempre la clausola che vietava ai tribunali ordinari di assumere la competenza delle eventuali contestazioni e dei processi che potevano scaturire dall’esecuzione dei provvedimenti. Nelle materie regolate da leggi o da antiche consuetudini, il Consiglio poteva ricorrere allo strumento dell’avocazione, sottraendo il contenzioso ai giudici ordinari e avocando a sé la risoluzione della questione:

A poco a poco l’eccezione diventa regola generale, l’atto si trasforma in teoria. Si radica, non tanto nelle leggi quanto nello spirito di coloro che le applicano, come principio di Stato la norma per cui tutti i processi nei quali compaia un interesse pubblico, o che nascano dall’interpretazione di un atto amministrativo, non sono di competenza dei giudici ordinari, la cui unica funzione resta quella di pronunciarsi sugli interessi privati. Su tale materia noi abbiamo trovato soltanto la formula; l’idea appartiene all’Antico Regime¹²⁶.

Tocqueville riteneva che fosse del tutto fuori luogo il giudizio dei giuristi a lui contemporanei, i quali nel mettere in risalto i progressi fatti in materia di diritto amministrativo dai tempi della Rivoluzione si richiamavano impropriamente alla teoria della separazione dei poteri ed esaltavano come una conquista della modernità il superamento della confusione tra potere amministrativo e potere giudiziario e la conseguente esclusione della giustizia dall’ambito amministrativo. In realtà, se era vero che in passato il potere giudiziario aveva sconfinato dalla propria sfera di competenza, ad esempio attraverso l’emanazione da parte dei tribunali di regolamenti amministrativi, era altrettanto vero che spesso agli stessi tribunali era stato impedito di giudicare in autentici processi, favorendo l’intrusione dell’amministrazione nella sfera della giustizia:

¹²⁴ *Ivi*, p. 241.

¹²⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., p. 123.

¹²⁶ *Ivi*, p. 124.

[...] il governo invadeva di continuo la sfera naturale della giustizia, e noi l'abbiamo lasciato fare: come se la confusione dei poteri non fosse altrettanto pericolosa in un campo come nell'altro, e anche di più; giacché l'intervento della giustizia nell'amministrazione nuoce solo agli affari, mentre l'intervento dell'amministrazione nella giustizia deprava gli uomini e tende a renderli, in pari tempo, rivoluzionari e servili¹²⁷.

Questa interpretazione errata e strumentale della teoria della separazione dei poteri si fondava dunque su uno "strano sofisma":

Quando nasce un processo tra l'amministrazione e un privato, ci si rifiuta di sottoporre l'esame a un giudice ordinario, allo scopo – si dice – di non mescolare il potere amministrativo e il potere giudiziario. Come se non fosse mescolare questi due poteri, e mescolarli nel modo più dannoso e tirannico, investire il governo del diritto di giudicare e di amministrare insieme [DA II, 803, nota a].

I temi sollevati dalla critica di Tocqueville all'accentramento dell'apparato amministrativo e alla sua sottomissione a un diritto speciale verranno ripresi sul finire dell'Ottocento e nel corso del Novecento da teorici del *rule of law* come Dicey e Hayek. Secondo Dicey, ammettere la possibilità di una duplice giurisdizione equivaleva a negare uno dei significati "distinti e nel contempo affini" che potevano essere riferiti al *rule of law*, inteso come elemento caratterizzante della costituzione inglese: "quando discorriamo del 'dominio della legge' intendiamo non solo che presso di noi nessuno è al di sopra delle legge, ma anche (il che è cosa ben diversa) che ogni persona, quale che sia il suo rango e la sua condizione sociale, è soggetta al diritto ordinario e sottoponibile alla giurisdizione dei tribunali ordinari"¹²⁸. Più articolata la posizione di Hayek, il quale sottolineava, proprio in polemica con Dicey, che la tutela dei diritti dei cittadini dall'azione dei poteri pubblici poteva essere fatta valere anche attraverso corti specificamente dedicate alla risoluzione delle vertenze originate dagli atti amministrativi. Il filosofo austriaco citava a questo proposito non solo l'esperienza legata all'istituzione dei tribunali amministrativi tedeschi, che erano stati pensati come uno strumento per controllare l'apparato burocratico, ma anche l'evoluzione della giurisprudenza francese in merito allo status giuridico del *Conseil d'État*. In sintesi, per Hayek, la separazione tra la giurisdizione ordinaria e il controllo giudiziale dell'azione amministrativa non era incompatibile con i principi del *rule of law*, a condizione che entrambi gli ordini giudiziari fossero rigorosamente indipendenti dal potere esecutivo¹²⁹. Questa controversia, brillantemente ricostruita da Bruno Leoni

¹²⁷ *Ivi*, p. 125.

¹²⁸ "In Inghilterra – proseguiva Dicey – l'idea dell'eguaglianza giuridica, ossia dell'universale soggezione di tutte le classi sociali a un singolo diritto che è amministrato dalle corti ordinarie, è stata portata fino ai suoi limiti estremi. Da noi ogni pubblico ufficiale, dal Primo ministro fino all'agente di polizia o all'esattore delle tasse, è soggetto alla medesima responsabilità di ogni altro cittadino per quanto concerne qualsiasi atto che sia stato compiuto senza una legittima giustificazione". A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, cit., pp. 160-161.

¹²⁹ Cfr. F.A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960; trad. it. *La società libera*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, pp. 415-439.

in *Freedom and the Law*¹³⁰, si rivela particolarmente significativa perché nelle argomentazioni dei due autori si possono rintracciare le posizioni che, da un punto di vista liberale, si possono assumere nei confronti del diritto amministrativo. Da un lato, la posizione di chi, come Dicey e lo stesso Leoni, ritiene che l'esistenza stessa di una sfera separata del diritto e della giurisdizione amministrativa rappresenti una violazione del principio di eguaglianza di fronte alla legge e finisca per sancire l'inevitabile supremazia dell'amministrazione nei confronti degli individui¹³¹. Dall'altro, quella di chi, come Hayek, sostiene che l'unicità della giurisdizione non è di per sé rilevante ai fini della salvaguardia dei diritti dei cittadini: l'essenziale è che “il diritto amministrativo sia affidato a tribunali *indipendenti*, a prescindere dal fatto che esista un ‘diritto amministrativo’ particolare e che le corti che lo amministrano siano o no tribunali speciali”¹³².

Si potrebbe sostenere che l'analisi dell'autore della *Democrazia in America* sia per certi aspetti simile a quella di Dicey e per altri più vicina allo spirito delle considerazioni di Hayek. Tocqueville, come il giurista inglese, intendeva mettere in evidenza soprattutto la componente autoritaria di norme che, traendo la loro giustificazione essenziale dall'essere strumento della realizzazione della volontà del governo, attribuivano ai poteri pubblici privilegi e immunità nei loro rapporti giuridici con i cittadini e contraddicevano il principio liberale di eguaglianza di fronte alla legge. L'impossibilità di trascinare di fronte a un tribunale ordinario il funzionario pubblico che si era reso responsabile di un abuso di potere costituiva anche una minaccia per la libertà individuale: “il diritto di perseguire gli agenti del potere davanti alla giustizia” – scriveva Tocqueville – “non è una parte della libertà, ma la libertà stessa, la libertà nella sua dimensione più chiara e più tangibile”¹³³. Una minaccia resa ancor più concreta dalle caratteristiche che l'amministrazione pubblica andava progressivamente assumendo, diventando sempre più centralizzata e pervasiva: “ovunque essa penetra più profondamente di un tempo negli affari privati; ovunque regola a suo modo un numero sempre più grande di azioni sempre più piccole e si insedia, ogni giorno di più, a fianco di ogni cittadino, intorno a lui e sopra di lui, per assisterlo, consigliarlo e costringerlo” [DA II, 801]¹³⁴.

¹³⁰ B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., pp. 67-86.

¹³¹ A giudizio di Leoni, “[...] il principio della supremazia dell'amministrazione è qualcosa che caratterizza il diritto amministrativo dei paesi dell'Europa continentale e, in un certo grado di tutti i paesi del mondo. Proprio questo principio viene tenuto presente dai tribunali amministrativi quando giudicano controversie tra i cittadini privati e i funzionari pubblici, mentre i giudici ordinari considererebbero esattamente allo stesso livello tutte le parti private in causa. Questo fatto, che in se stesso non ha nulla a che vedere col grado di indipendenza dei tribunali dall'esecutivo o dai funzionari statali, è alla base dell'esistenza di tribunali amministrativi come corti di giurisdizione separate”. *Ivi*, p. 76.

¹³² *Ivi*, p. 82.

¹³³ A. DE TOCQUEVILLE, *De la responsabilité des agents du pouvoir*, articolo non firmato pubblicato in “Le Commerce”, 16 febbraio 1845, in *Œuvres complètes*, cit., vol. III-2, p. 156.

¹³⁴ L'estensione abnorme delle facoltà e delle funzioni dell'amministrazione pubblica era particolarmente visibile in Francia: “Da noi cos'è l'amministrazione? È tutto. Di cosa si immischia? Di tutto. Dov'è? Dappertutto. Se c'è un uomo sulla terra che ha bisogno di essere messo al riparo dalle piccole tirannie locali, dai fastidi, dalla parzialità e spesso da

Ma l'aspetto più significativo e nello stesso tempo più pericoloso del nascente *droit administratif* era che gli assiomi enunciati dai giuristi francesi assecondavano, razionalizzandole sul piano giuridico, alcune delle tendenze negative generate dal processo di eguaglianza delle condizioni che erano più difficili da contrastare in uno scenario caratterizzato dalla transizione verso la democrazia, come quella alla "concentrazione dei poteri" o al riconoscimento del primato della società sugli individui¹³⁵. Nelle società democratiche, infatti, "la centralizzazione non si sviluppa soltanto secondo i progressi dell'eguaglianza, ma anche secondo il modo in cui l'eguaglianza si stabilisce" [DA II, 793]. Se è vero che presso i popoli democratici è riscontrabile una tendenza spontanea e irrefrenabile verso la creazione di "un potere unico e centralizzato" e l'ampliamento del ruolo e dei compiti dello stato, è altrettanto vero che questa propensione si manifesta in modo particolare nei paesi in cui "l'eguaglianza introdotta dal potere assoluto e sotto gli occhi dei re, è penetrata nelle abitudini dei popoli, molto tempo prima che la libertà entrasse nelle loro idee" o che "hanno visto il principio dell'eguaglianza trionfare attraverso una rivoluzione violenta" [DA II, 792-793]:

[...] il potere sociale sarà sempre più forte e l'individuo più debole in un popolo democratico, arrivato all'eguaglianza attraverso un lungo e faticoso travaglio sociale, che in una società democratica in cui, fin dall'origine, i cittadini siano sempre stati uguali. È quel che l'esempio americano comprova [DA II, 794].

Considerazioni analoghe valevano anche per le questioni riconducibili al rapporto tra individuo e società nell'epoca democratica. Dove la libertà è "antica" gli individui hanno una maggior consapevolezza dei propri diritti, dato che "gli uomini in genere si attaccano a un diritto e gli testimoniano rispetto, a seconda della sua importanza e del più o meno lungo uso che ne hanno fatto", e dove esiste una consolidata tradizione di autogoverno è molto più facile contenere l'invasione e le tentazioni paternalistiche del potere statale [DA II, 820]. Là dove, invece, la libertà è un fatto recente gli uomini tendono a non dare grande importanza ai diritti individuali, arrivando perfino a disprezzarli, e a lasciare campo libero ai diritti della società: "si fa appello al principio dell'utilità sociale, si crea il dogma della necessità politica e ci si abitua facilmente a sacrificare senza scrupoli gli interessi privati e a schiacciare sotto i piedi i diritti individuali, per raggiungere

un'autentica oppressione di cui l'amministrazione può minacciarlo nei suoi atti quotidiani, questo è certamente il francese". *Ivi*.

¹³⁵ A proposito della tendenza verso la "concentrazione dei poteri, così scriveva Tocqueville a Gustave de Beaumont nel corso della stesura della *Democrazia* del 1840: "[...] le idee e i sentimenti dei popoli democratici li fanno tendere naturalmente, a meno che non si trattengano, verso la concentrazione di tutti i poteri nelle mani dell'autorità centrale e nazionale (qualunque sia del resto il rappresentante di questa autorità, il popolo o il re). [...] Voi vedete che mi sono posto più in alto rispetto al punto di vista della centralizzazione amministrativa, che consiste soprattutto nel sostituire i poteri secondari con il potere centrale. Voglio mostrare non solo questo, ma anche come lo stato si impadronisca successivamente di tutte le cose, sia mettendosi dovunque al posto dell'individuo, sia mettendo l'individuo sotto tutela, governando, regolamentando, uniformando tutte le cose e tutte le persone". Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, lettera a G. de Beaumont, 8 luglio 1838, in *Œuvres complètes*, cit., vol. VIII-1, p. 311.

più in fretta lo scopo generale che ci si propone” [DA II, 821]. Per Tocqueville l’emergere di queste idee e di questo tipo di mentalità era una delle conseguenze delle rivoluzioni, da contrastare in modo particolare nelle società democratiche, “ove bisogna costantemente temere che gli istinti rivoluzionari, dopo essersi addolciti e normalizzati senza però spegnersi, si trasformino gradualmente in costume governativo ed in abitudini amministrative” [DA II, 822]. L’opera dei giuristi francesi – da Macarel a Vivien, da Cormenin a De Gerando – agevolava questa trasformazione, contribuendo a legittimare e a radicare nell’opinione pubblica il primato dei diritti della società, di cui l’amministrazione si ergeva a interprete e difensore, sui diritti individuali. Così si esprimeva, ad esempio, Macarel:

[...] il principio delle leggi amministrative o d’interesse *generale* è che bisogna, nel dubbio, decidersi per la maggiore o minore importanza degli interessi in disamina; e che per conseguenza, l’interesse pubblico deve sempre prevalere sull’interesse privato. Questo principio è della essenza di quelle leggi, a tal segno che, se ne fosse per qualche tempo escluso, queste leggi non raggiungerebbero più il loro scopo, che è il mantenimento dell’ordine sociale. In effetti, *come conservare quest’ordine, senza far piegare tutte le volontà particolari sotto la volontà generale, tutti gli interessi individuali sotto l’interesse comune?*¹³⁶

Tuttavia, come mostrano le riflessioni conclusive del rapporto sull’opera di Macarel, la posizione di Tocqueville era meno intransigente di quella di Dicey¹³⁷. Egli riconosceva che l’espansione dell’amministrazione pubblica e la specificità del diritto amministrativo erano ormai realtà con cui era necessario fare i conti, mostrando una consapevolezza che avvicina il suo punto di vista non tanto alle soluzioni proposte da Hayek – vista la ferma contrarietà alla duplicità della giurisdizione – quanto allo spirito delle considerazioni del filosofo austriaco, il quale, non a caso, rimproverava Dicey di aver contribuito “a impedire o a ritardare lo sviluppo di istituzioni che potessero sottoporre la nuova macchina burocratica a un effettivo controllo”¹³⁸. Tocqueville

¹³⁶ L.A. MACAREL, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1833; trad. it. *Elementi di diritto politico*, Teramo, Tipografia Marsilii, 1848, p. 199, secondo corsivo aggiunto. Affermazioni di questo tenore, lungi dal rappresentare un caso isolato, ricorrono nella maggior parte degli scritti degli amministrativisti francesi. Si veda in proposito C. DUVAL, *Les justifications de la raison d’être et du maintien de la juridiction administrative en France au 19e siècle*, in “Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte”, 8, 1996, pp. 55-63.

¹³⁷ Occorre sottolineare che anche Dicey nei suoi ultimi scritti attenuò la rigidità delle sue convinzioni. Pur non modificando il testo del volume, nell’introduzione all’ottava edizione di *The Law of the Constitution* arrivò – per usare le parole di Allison – a “pensare l’impensabile”, cioè a valutare la possibilità di prendere in considerazione l’introduzione del diritto amministrativo e di giudici amministrativi, dotati di “official experience” e “legal knowledge”, ma indipendenti dal governo, in Inghilterra. Cfr. J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law. Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, Oxford University Press (1996), 2004, pp. 20-21. In un’accurata ricostruzione del pensiero di Dicey, confrontando il punto di vista di Tocqueville e quello del giurista inglese sul diritto amministrativo, Cassese ha osservato: “Tocqueville e Dicey, il primo nella prima metà del secolo scorso, il secondo nella seconda, hanno contribuito come pochi alla definizione delle idee di fondo relative al diritto amministrativo. Li accomuna la fede liberale. Li differenziano almeno due tratti. Il primo guarda al futuro, il secondo al passato. Il primo è un osservatore impegnato ma spassionato, il secondo un difensore tenace, fin troppo tenace delle opinioni che si è formato” Cfr. S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XIX, 1990, p. 53.

¹³⁸ F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 439.

riteneva che il diritto amministrativo francese sarebbe gradualmente diventato il diritto del mondo civilizzato e di tutti i paesi in cui stava facendosi strada l'eguaglianza delle condizioni:

Si può esser certi che, ovunque si farà una simile rivoluzione, e la si fa in tutta l'Europa, qui la fanno i popoli, là i principi, a volte servendosi di leggi politiche, più spesso col pretesto di quelle civili, si vedrà nascere qualcosa di simile al nostro diritto amministrativo; poiché questo stesso diritto non è che una delle forme del nuovo stato del mondo: noi lo chiamiamo sistema francese; bisognerebbe dire sistema moderno¹³⁹.

Il diritto amministrativo era “il risultato necessario della rivoluzione operatasi in Francia alla fine del secolo scorso e che prosegue con fasi diverse nel resto del mondo”: destinato ad affermarsi non perché “sia sorto per accidente, sia stato creato dalla volontà arbitraria di un'assemblea o dal genio egoista di un grande uomo”, ma proprio perché conforme alla condizione degli uomini che vivono nelle società democratiche¹⁴⁰. Il problema, del tutto trascurato dai giuristi contemporanei, era quello di tentare di definire in modo appropriato i rapporti tra il diritto amministrativo e il diritto politico: ad esempio, “come conciliare le moderne istituzioni amministrative con la monarchia rappresentativa” o, più in particolare, “come conciliare l'estrema centralizzazione, che [il diritto amministrativo] consacra, con la realtà e la moralità del governo rappresentativo”¹⁴¹. Del resto, affermare che il sistema amministrativo francese “è stato concepito dalla libertà, ma è stato completato dal dispotismo”, significava implicitamente sostenere che esisteva la possibilità di depurare il diritto amministrativo perlomeno di alcuni dei suoi elementi più marcatamente autoritari o illiberali. La frase di Tocqueville si riferiva al rovesciamento operato dal regime napoleonico dei principi elaborati dalla Costituente in materia di amministrazione¹⁴²:

Ovunque l'Assemblea costituente avesse messo un consiglio esecutivo, Napoleone ha posto un solo agente dipendente e responsabile; ovunque essa avesse posto l'elezione come origine del potere, egli ha dato la scelta al principe, e, per sottrarre ancor più efficacemente al controllo dei cittadini questa amministrazione già tanto emancipata, egli ne ha reso i più piccoli agenti inviolabili, proibendo di citarli davanti ai tribunali: regola audace, che si è cercato in ogni tempo di far prevalere nelle monarchie assolute, ma che nessun despota aveva mai osato scrivere letteralmente in alcun codice, e che nessun popolo al mondo aveva ancora ammesso come principio generale. È così che, senza modificarne profondamente gli

¹³⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel*, cit., p. 244.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 243.

¹⁴¹ *Ivi*, pp. 244-245.

¹⁴² Con la legge del 16-24 agosto del 1790 la Costituente aveva sancito la netta separazione delle funzioni giudiziarie da quelle amministrative, stabilendo che “i giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare in qualunque modo le operazioni dei corpi amministrativi né citare davanti a sé gli amministratori per fatti relativi alle loro funzioni”. Tuttavia, come è stato giustamente osservato, a questa “immagine del binomio giustizia-amministrazione” restavano “del tutto estranei alcuni tratti – quelli più tipicamente autoritari e statalisti – del futuro Stato-apparato contemporaneo. [...] Il potere amministrativo, in particolare, non si presentava affatto circondato di tutti quei privilegi giuridici che avrebbero di lì a poco caratterizzato il profilo ottocentesco. Né tantomeno il programma rivoluzionario prevedeva la creazione di qualcosa di simile al futuro *acte administratif* – intendendo con ciò un atto d'imperio unilateralmente emanato dagli agenti dell'amministrazione e abilitato a disporre dei diritti dei cittadini in vista del pubblico interesse”. Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, Laterza, 2002, pp. 75-77.

ingranaggi, senza cambiarne di molto l'aspetto, Napoleone è giunto ad adattare ai bisogni del potere questa vasta macchina che era stata concepita e conformata dalla libertà¹⁴³.

Si potrebbe obiettare che successivamente Tocqueville modificherà questa impostazione, la quale faceva propria la ricostruzione storica delle origini del diritto amministrativo contenuta nell'opera di Macarel, individuando una sostanziale continuità tra il sistema amministrativo dell'*Ancien Régime* e quello dell'epoca napoleonica¹⁴⁴. Un'interpretazione che, sulla scorta delle ricerche condotte negli archivi di Tours, verrà compiutamente sviluppata nelle pagine del libro dedicato alla Rivoluzione francese e che è efficacemente riassunta in una lettera a Freslon, in cui Tocqueville sottolinea che la giustizia amministrativa, lungi dall'essere una creazione di Napoleone, è “*pur Ancien Régime conservé*”¹⁴⁵. Resta il fatto, tuttavia, che in quelle considerazioni sull'opera della Costituente Tocqueville citava alcuni elementi – collegialità, elettività dei funzionari, contenzioso affidato alla giustizia ordinaria – che sarebbero stati in grado di modificare i fondamenti dell'architettura giuridica dell'amministrazione. Come è stato giustamente osservato, “negato all'amministrazione il suo ruolo di arbitro supremo degli interessi sociali, l'ordinamento amministrativo, investito di compiti definiti e limitati, ben equilibrati da una persistente autosufficienza delle espressioni della società, si sarebbe ispirato ad ‘assiomi’ per più aspetti antitetici a quelli elaborati dalla scienza giuridica napoleonica e in grado di circoscrivere in modo significativo i tratti della sua specialità”¹⁴⁶.

Conclusioni

Il potere giudiziario, per Tocqueville, ha sempre svolto una funzione politica di primo piano. Esercitare una funzione politica non significa svolgere compiti impropri, come intromettersi nelle questioni che riguardano il governo o l'amministrazione. A prescindere da altre considerazioni, per il pensatore francese i corpi giudiziari non sono idonei a questo scopo e “la maggior parte delle qualità dei giudici sono dei difetti nell'uomo politico”:

L'abitudine di sottomettersi alle forme, di non scorgere se non regole fisse e assai particolari: tutte queste qualità rendono un tribunale, pur composto dai più validi magistrati, più inadatto alle cose di governo di un'assemblea politica composta dagli uomini più mediocri. D'altronde basterebbe che fosse nella natura di un corpo giudiziario, assai idoneo ai fini della giustizia, costituire un corpo composto sempre dalle medesime persone inamovibili per riempirlo di pregiudizi e di modi di vedere particolari, rendendolo pericoloso al tempo stesso per il governo e per i governati¹⁴⁷.

¹⁴³ A. DE TOCQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel*, cit., pp. 236-237.

¹⁴⁴ Su questo punto si vedano le considerazioni di R. GANNETT JR., *Tocqueville Unveiled. The Historian and His Sources for The Old Regime and the Revolution*, Chicago and London, University of Chicago Press, 2003, pp. 90-91.

¹⁴⁵ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, lettera a M. Freslon, 19 agosto 1853, in *Œuvres complètes*, Paris, Michel-Lévy Frères, 1866, vol. VI, p. 222.

¹⁴⁶ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2004, p. 327.

¹⁴⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., libro II, primo abbozzo del cap. XI, p. 193.

Questa confusione di ruoli era precisamente ciò che aveva caratterizzato l'esperienza degli organi giudiziari sotto l'*Ancien Régime*, periodo in cui i *Parlements*, defraudati della competenza di quasi tutti i processi che vedevano come parte in causa le autorità pubbliche, interferivano impropriamente con la funzione legislativa, sia giudicando o tentando di riformare le leggi sia emanando decreti e regolamenti che si configuravano come vere e proprie leggi amministrative. In tal modo, i parlamenti avevano finito per “conserva[re] i poteri che intralciavano e turbavano il governo e non esercita[re] quelli che preservavano con efficacia la libertà dei privati. Facevano quello a cui per natura non erano idonei, e non facevano quello a cui per natura erano destinati”. In una monarchia in cui vige l'equilibrio dei poteri, secondo la lezione di Montesquieu, i tribunali erano invece chiamati a svolgere una funzione politica “grandissima”: “quella di riportare al particolare, ai fatti specifici, con sentenze speciali l'amministrazione e il governo all'osservanza di tutte le leggi, di essere il mediatore tra il sovrano e i privati. Non esistono libertà e garanzie serie senza di questo”¹⁴⁸.

Nonostante fossero “strumenti di libertà mal congegnati e poco appropriati all'uso che se ne voleva fare”, i parlamenti dell'*Ancien Régime* avevano svolto comunque un ruolo essenziale nel preservare, diversamente da quanto era accaduto nel resto del continente europeo, “lo spirito d'indipendenza, l'idea della ponderazione dei poteri, dei limiti alle autorità assolute”, mantenendo “alto [...] il livello degli animi” e garantendo, soprattutto alle classi colte, “l'onore della resistenza”¹⁴⁹. Come è stato giustamente osservato, per Tocqueville, è nell'antico Stato giurisdizionale, esaltato da Montesquieu, che si possono cogliere “i veri tratti dello Stato liberale - di un ordinamento cioè in cui l'ultima parola su ogni decisione pubblica è lasciata ai giudici, ed in cui quindi il valore politico supremo è veramente riconosciuto nella tutela dei diritti individuali e nella difesa della sacralità della regola giuridica”¹⁵⁰.

La funzione politica del potere giudiziario non è meno importante nelle società democratiche. Questa era la lezione che Tocqueville aveva tratto dall'analisi del modello americano, l'unico esempio di democrazia che aveva raggiunto la stabilità. I costituenti americani avevano applicato il principio secondo cui “una società è ben regolata e saldamente stabilita nella misura in cui il potere giudiziario è più potente”¹⁵¹. L'unicità della giurisdizione attribuiva ai giudici una competenza vastissima che andava dalle controversie civili e penali al contenzioso costituzionale e alla risoluzione delle vertenze tra cittadini e amministrazione. L'istituto della

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 194.

¹⁴⁹ *Ivi*.

¹⁵⁰ L. MANNORI, *Tocqueville critico di Macarel*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XVIII, 1989, p. 607.

¹⁵¹ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, (edizione Vivanti), cit., nota di stesura, p. 846.

judicial review of legislation, trasformando la Corte suprema in giudice della legge e non solo dei cittadini, rappresentava una barriera straordinariamente efficace nei confronti delle maggioranze democratiche e faceva del potere giudiziario “un potere politico di prim’ordine”¹⁵². Il legame con la tradizione giuridica britannica, che si manifestava nella conservazione della *common law* e di una struttura organizzativa dell’ordinamento giudiziario basata sulla figura del giudice professionista, aveva contribuito in modo determinante a ricostituire nell’alveo della società democratica qualcosa di simile a un’aristocrazia, un’*élite* compatibile con la democrazia in grado di influenzare i costumi e di moderare gli eccessi del governo popolare. La giuria, poi, favorendo la partecipazione dei cittadini all’amministrazione della giustizia, rafforzava in ciascun cittadino la consapevolezza dei propri diritti, lo spirito di equità e la capacità di affrontare i problemi pubblici. Al di là degli aspetti strettamente costituzionali, le istituzioni giuridiche svolgevano la funzione fondamentale di contrastare alcune delle tendenze negative generate dall’eguaglianza delle condizioni, quali, ad esempio, l’insofferenza per la tradizione, la passione per le idee generali, l’individualismo.

Lo scenario delle nazioni dell’Europa continentale e della Francia in particolare era invece caratterizzato dalle difficoltà della transizione, difficoltà che potevano essere riassunte nella constatazione di come “in Europa tutto sembri concorrere ad accrescere senza limiti le prerogative del potere centrale e a rendere l’esistenza individuale sempre più debole, più subordinata e più precaria” [DA II, 798]. In quel “tutto” a cui si riferiva Tocqueville rientrava anche il tentativo di colpire le prerogative del potere giudiziario. Se in passato alle corti di giustizia era stato demandato il compito di dirimere la maggior parte delle controversie tra privati, finendo per configurarle come “arbitri tra l’individuo e lo stato”, nelle società che attraversavano la delicata fase della transizione verso la democrazia si assisteva invece ad un progressivo ridimensionamento del ruolo del potere giudiziario, realizzato non tanto attraverso un attacco plateale al principio della sua indipendenza, quanto attraverso una drastica riduzione dell’ambito della giurisdizione:

Se esaminiamo ora ciò che avviene nelle nazioni democratiche europee che vengono definite libere, come anche nelle altre, vediamo che dappertutto a fianco di questi tribunali [i tribunali ordinari] se ne creano altri più strettamente dipendenti, il cui scopo particolare è di giudicare in via eccezionale le contese che possono sorgere tra l’amministrazione pubblica e il cittadino. Si lascia all’antico potere giudiziario la sua indipendenza, ma si riduce la sua giurisdizione e si tende sempre più a farne solo un arbitro tra interessi privati. Il numero di questi tribunali è in continuo aumento e le loro funzioni crescono sempre. Il governo quindi sfugge ogni giorno di più all’obbligo di fare sanzionare da parte di un altro potere le sue volontà e i suoi diritti. Non potendo fare a meno dei giudici, vuole almeno scegliere da solo i propri giudici e tenerli sempre in pugno, il che significa che tra sé e i privati pone ancora il fantasma della giustizia piuttosto che la giustizia stessa [DA II, 803].

¹⁵² *Ivi*, p. 847.

Tale ridimensionamento era particolarmente evidente in Francia, dove la nuova scienza del diritto amministrativo, rivestendo di una forma giuridica una prassi oscura e confusa, legittimava la concentrazione dell'amministrazione e della giustizia nelle stesse mani. Inoltre, una tradizione risalente alla Rivoluzione francese, pur accettando il principio della separazione dei poteri, ne forniva un'interpretazione gerarchica che attribuiva al potere legislativo, considerato l'autentico depositario della sovranità popolare, una posizione di assoluta preminenza che rendeva difficile ipotizzare qualsiasi forma di controllo affidata a un'autorità esterna e indipendente sul modello della *judicial review*. Nel sistema politico francese il potere giudiziario tendeva quindi ad assumere una collocazione nettamente subordinata rispetto agli altri poteri dello stato. Un giudizio che sarà confermato anche da un altro liberale che aveva guardato con ammirazione alle istituzioni della repubblica americana come Laboulaye, il quale rileverà come in Francia la giustizia fosse sempre stata “una branca dell'amministrazione, una *dépendance* del potere esecutivo, una funzione di governo ma una funzione subalterna”¹⁵³.

Sottolineando l'originalità del liberalismo tocquevilliano, Pierre Manent ha osservato che per il pensatore francese “la libertà appartiene all'*arte* della democrazia mentre l'eguaglianza appartiene alla sua *natura*”: sul piano empirico, se la natura rinvia a un assetto sociale caratterizzato dall'eguaglianza delle condizioni, l'arte si traduce nella capacità di creare un complesso di “istituzioni politiche libere”¹⁵⁴. Le riflessioni di Tocqueville mostrano come la configurazione del ruolo e delle funzioni del potere giudiziario costituisca una parte essenziale dell'arte della democrazia.

¹⁵³ E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Paris, Charpentier, 1866, vol. III, p. 472.

¹⁵⁴ P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme. Dix leçons*, Paris, Calman-Lévy, 1987; trad. it. *Storia intellettuale del liberalismo. Dieci lezioni: da Machiavelli a Tocqueville*, Roma, Ideazione, 2003, pp. 269-270.