

Il Federalista n. 78

28 maggio 1788

(HAMILTON)

Al popolo dello Stato di New York

Mi accingo ora a tracciare le caratteristiche del giudiziario, così come sono formulate nella Costituzione proposta.

In un precedente saggio, nell'elencare i difetti dell'attuale Confederazione, si è messo in evidenza quanto sia utile e necessario avere un'amministrazione federale della giustizia. Poiché, sul piano teorico, la sua opportunità non viene messa in discussione, non serve ricapitolare qui le considerazioni fatte in quella sede. Le sole obiezioni sollevate sono quelle relative alle modalità secondo cui il giudiziario verrà organizzato e all'estensione dei suoi poteri. Le nostre osservazioni, pertanto, si limiteranno a questi punti.

La sua organizzazione abbraccia i seguenti aspetti: 1) modalità di nomina dei giudici; 2) loro permanenza in carica; 3) riparto di competenze tra i diversi tribunali e loro rapporti reciproci.

1) Modalità di nomina dei giudici: si riconducono alle modalità di nomina dei titolari di cariche pubbliche dell'Unione e ne abbiamo così ampiamente parlato nel corso degli ultimi due saggi che qualunque cosa aggiungessimo ora sarebbe un'inutile ripetizione.

2) Permanenza in carica dei giudici: riguarda la durata del mandato, gli stanziamenti per le loro indennità e le precauzioni da adottare per garantirci che siano persone responsabili.

Secondo il progetto della Convenzione, tutti i giudici che saranno nominati dagli Stati Uniti «conserveranno la loro carica finché terranno buona condotta», il che è conforme a molte delle costituzioni statuali più lodate, tra cui quella del nostro stesso Stato. E il fatto che anche questa clausola sia stata posta in discussione dagli avversari del progetto rappresenta un sintomo, non lieve, del gusto della polemica fine a se stessa, che sconvolge la loro immaginazione e il loro senno.

«Conserveranno la loro carica finché terranno buona condotta»: questo è un criterio prezioso, che ha portato miglioramenti nella gestione della cosa pubblica. In una monarchia, è una barriera ottima contro il dispotismo del principe; in una repubblica, è una barriera, non meno efficace, contro abusi e sopraffazioni dell'organo rappresentativo. Ed è la miglior soluzione che possa essere individuata da un governo per garantire l'applicazione costante, onesta e imparziale delle leggi.

Chiunque consideri attentamente i diversi organi di potere si accorgerà che, in un governo in cui essi siano separati l'uno dall'altro, il meno pericoloso per i diritti sanciti dalla costituzione sarà sempre quello giudiziario perché – data la sua natura – sarà quello che meno potrà lederli o pregiudicarli. L'esecutivo, infatti, non dispensa solamente onori, ma tiene la 'spada' della comunità. Il legislativo non

tiene soltanto i 'cordoni della borsa', ma stabilisce le norme relative ai diritti e ai doveri di ogni cittadino. Il giudiziario, invece, non può influire né sulla 'spada' né sulla 'borsa', non può guidare le forze della comunità né indirizzarne le ricchezze e non può prendere nessuna delibera propositiva. Si può affermare, a ragione, che non ha né FORZA né VOLONTÀ, ma soltanto giudizio e, in definitiva, dovrà ricorrere all'aiuto dell'esecutivo perché i suoi giudizi abbiano efficacia. Questa semplice sintesi dell'argomento suggerisce parecchie conseguenze importanti. Dimostra, infatti, in modo incontestabile, che il giudiziario è, al di là di ogni raffronto, il più debole dei tre poteri¹; che non può mai attaccare con qualche prospettiva di successo uno degli altri due; che occorre ogni attenzione possibile per metterlo in grado di difendersi contro i loro attacchi. Dimostra inoltre che, anche se ogni tanto le corti di giustizia possono fare delle angherie nei confronti di singoli cittadini, non potranno mai mettere in pericolo la libertà generale – intendo dire finché il potere giudiziario rimarrà veramente distinto sia dal legislativo, sia dall'esecutivo. E sono d'accordo con chi sostiene che "non esiste libertà se il potere giudiziario non sarà separato dai poteri legislativo ed esecutivo"². Dimostra, infine, che poiché la libertà non ha nulla da temere dal solo potere giudiziario, ma avrebbe tutto da temere se si unisse con uno degli altri due organi, poiché gli effetti di una tale unione sarebbero quelli di una soggezione del primo ai secondi (nonostante la separazione, puramente nominale e apparente), poiché il potere giudiziario per la sua intrinseca debolezza corre continuamente il pericolo di venire dominato, intimorito o influenzato dagli altri due poteri uniti, e poiché nulla, più del mandato a vita, può contribuire a garantirne la fermezza e l'indipendenza, questo aspetto dovrà essere considerato un elemento indispensabile del giudiziario, una sorta di cittadella della giustizia e della sicurezza comuni.

Una Costituzione 'che pone dei limiti' richiede, in particolare, che le corti di giustizia siano assolutamente indipendenti. Quando dico che 'pone dei limiti', intendo che prevede limiti specifici al potere legislativo: ad esempio, che esso non approvi mai *bills of attainder*, né leggi che abbiano valore retroattivo, né altre consimili. Limiti del genere possono essere rispettati, in pratica, grazie alle corti di giustizia, le quali hanno il dovere di dichiarare nulle tutte le leggi manifestamente in contrasto con la Costituzione. Senza l'intervento degli organi giudiziari tutte le riserve di particolari diritti o privilegi non avrebbero più alcun valore.

A questo proposito si è mostrata una qualche perplessità che nasce da un'interpretazione fantasiosa: attribuire alle corti il ruolo di dichiarare nulli gli atti legislativi contrari alla Costituzione implica – si è detto – una superiorità del potere giudiziario su quello legislativo. Si sostiene che un potere in grado di dichiarare nulli i deliberati di un altro potere dovrà essere necessariamente superiore al secondo

¹ Il celebre Montesquieu, parlandone, afferma: «Dei tre poteri sopra menzionati, il giudiziario è pressoché inesistente», *Lo spirito delle leggi*, vol. I, p. 186.

² *Ivi*, p. 181.

se le decisioni di quest'ultimo possono venire così infirmate. Poiché questa interpretazione è di particolare importanza in merito a tutte le costituzioni americane, non sarà del tutto inutile discutere brevemente dei suoi motivi informativi.

Non esiste affermazione più chiara e più fondata di quella che sostiene che deve considerarsi nullo ogni atto di un organo rappresentativo, che sia contrario allo spirito del mandato, in virtù del quale il potere di quell'organo viene esercitato. Pertanto, nessun atto legislativo contrario alla Costituzione può essere valido. Il negarlo equivarrebbe ad affermare: un vice è più importante del suo capo, un servitore è al disopra del padrone, i rappresentanti del popolo sono superiori al popolo stesso; e, ancora, coloro che deliberano in virtù delle attribuzioni loro conferite non solo possono fare ciò che non è loro consentito in base ai poteri che hanno, ma anche ciò che, in base agli stessi poteri, è loro vietato.

Qualcuno potrebbe sostenere che i membri del legislativo sono essi stessi giudici costituzionali dei propri poteri e che l'interpretazione che essi ne danno è definitiva per gli altri organi; si potrà rispondere che tutto ciò non si evince da alcuna clausola specifica della Costituzione. Né si può supporre che la Costituzione intendesse mettere i rappresentanti del popolo in condizione di sostituire la loro *volontà* a quella dei propri elettori. È molto più ragionevole supporre che le corti siano state designate a essere un organo intermedio tra il popolo e il legislativo al fine, tra l'altro, di contenere quest'ultimo entro i limiti delle sue attribuzioni. L'interpretazione delle leggi è compito precipuo delle corti. Una costituzione è, in effetti, una legge fondamentale e come tale deve essere considerata dai giudici. Spetta pertanto a loro precisarne il significato, come quello di ogni singolo atto che provenga dal legislativo. Qualora ci fosse una antinomia insanabile fra la legge costituzionale e la legge ordinaria, si dovrà, naturalmente, dare la preferenza a quella verso cui siamo legati da obblighi maggiori o, in altri termini, alla legge ordinaria si dovrà preferire la Costituzione, alla volontà dei rappresentanti del popolo la volontà del popolo stesso.

Né, d'altronde, tale conclusione implica una superiorità del potere giudiziario rispetto a quello legislativo. Significa soltanto che il potere del popolo è superiore ad ambedue; e che laddove la volontà del legislativo, che si esprime attraverso le leggi, è in conflitto con quella del popolo, che si esprime nella Costituzione, i giudici dovranno attenersi a quest'ultima piuttosto che alla prima. Vale a dire che, per le loro decisioni, dovranno uniformarsi alle leggi fondamentali e non a quelle che fondamentali non sono.

Con un esempio molto semplice, cioè nel caso di due leggi in conflitto, si può spiegare che cosa significhi l'esercizio del potere discrezionale dei giudici. Accade molto comunemente che, in un determinato momento, due leggi vengano a trovarsi in conflitto, in parte o totalmente, e che nessuna delle due contenga una clausola o un formula di abrogazione espressa. In tal caso, è compito delle corti chiarirne e definirne l'interpretazione e l'applicazione. Se, dando una corretta interpretazione dei due testi, sarà possibile conciliarli, in questo caso diritto e

buon senso, insieme, ci insegnano che così bisogna fare. Quando questo è impossibile, diviene allora indispensabile dichiarare applicabile una legge invece dell'altra. In tali casi un criterio generalmente adottato dalle corti, per decidere in merito, è quello di accordare preferenza all'ultima legge in ordine di tempo. Questa è una mera soluzione interpretativa, che non deriva dal diritto positivo, ma dalla ragione e dalla natura stessa delle cose. È una regola non imposta alle corti da provvedimenti legislativi, ma liberamente adottata, perché consona all'onestà e alla correttezza che guidano la loro opera di interpreti della legge. Le corti hanno ritenuto ragionevole che, tra due atti contrastanti di una *medesima* autorità, si dovesse dare la preferenza a quello che esprimeva la più recente manifestazione della sua volontà.

Per quanto invece riguarda i possibili conflitti tra gli atti di un'autorità superiore e gli atti di un'autorità inferiore, di un potere originario e di uno derivato, la ragione e la natura stessa delle cose indicano che è più corretto seguire la regola opposta. L'atto antecedente di un'autorità superiore deve essere preferito a quello successivo di un'autorità inferiore: quindi, quando una legge è in contrasto con la Costituzione, è dovere delle corti uniformarsi a quest'ultima, trascurando la prima.

Non ha senso sostenere che le corti, con la pretesa di tale conflitto, sostituiscano la propria volontà a quella del legislativo. Questo può ben accadere anche nel caso di due provvedimenti legislativi in conflitto, ovvero nell'applicazione di un singolo provvedimento legislativo. Le corti devono interpretare la legge e, qualora volessero esercitare la loro VOLONTÀ invece del GIUDIZIO, la conseguenza sarebbe, appunto, che la loro volontà si sostituirebbe a quella del legislativo. L'osservazione dimostrerebbe – ammesso che dimostri qualcosa – che non avrebbe senso tenere i giudici distinti dagli organi legislativi.

Se, dunque, le corti di giustizia devono essere considerate come i baluardi di una Costituzione 'che pone dei limiti' contro i possibili soprusi legislativi, questa affermazione rappresenta un validissimo argomento a favore della nomina vitalizia per i giudici della Corte Suprema, poiché nient'altro potrà maggiormente contribuire a salvaguardare quella loro indipendenza che è condizione essenziale perché possano adempiere fedelmente a un così arduo compito.

L'indipendenza dei giudici è parimenti necessaria a salvaguardare la Costituzione e i diritti dei singoli dalle conseguenze di quei 'malumori' che talvolta le arti di uomini intriganti, o l'influsso di particolari congiunture, potrebbero disseminare fra lo stesso popolo e che – anche se cedono rapidamente il passo a riflessioni più prudenti e ponderate – nell'immediato, tendono a determinare pericolose innovazioni nel governo, nonché a opprimere la minoranza della comunità. Io mi auguro che i sostenitori della Costituzione che ci viene proposta non si troveranno mai d'accordo con gli avversari³ nel mettere in discussione quel princi-

³ Vedi la "Protesta della minoranza alla convenzione della Pennsylvania", il discorso di Martin, ecc.

pio fondamentale di ogni governo repubblicano, secondo cui il popolo ha il diritto di modificare o abolire la costituzione vigente, quando la ritenga contraria alla sua felicità; tuttavia da quel principio non si evince che i rappresentanti del popolo possano violare quelle clausole costituzionali che una maggioranza di elettori manifesti momentaneamente di non gradire; né si evince che le corti debbano essere maggiormente obbligate a rispettare violazioni del genere, di quanto non lo siano se le stesse infrazioni traessero origine dagli intrighi degli organi rappresentativi. Fino a che il popolo, con atto solenne e legittimo, non avrà annullato o mutato la Costituzione esistente, essa sarà vincolante per il popolo stesso, sia come singoli individui, sia come collettività; né i rappresentanti potranno essere giustificati se, prima di tale atto, si discosteranno dalla Costituzione, anche se la loro condotta fosse dettata dall'intuizione o dalla reale conoscenza di quelli che sono i sentimenti del popolo. Ma è chiaro che ai giudici si richiederebbe una non comune forza d'animo per adempiere al loro dovere di guardiani fedeli della Costituzione, se le violazioni della medesima da parte del legislativo fossero istigate dalla maggioranza della comunità.

Tuttavia non è solo in relazione alle possibili violazioni della Costituzione che l'indipendenza dei giudici può rappresentare una garanzia essenziale contro i possibili effetti di eventuali 'malumori' della comunità. Talvolta questi vanno a colpire i diritti individuali di determinate classi di cittadini con leggi ingiuste e parziali. Anche qui la fermezza dei giudici è di enorme importanza per mitigare la severità e delimitare la sfera di azione di tali leggi. Serve non solo a moderare i danni immediati di quelle già approvate, ma rappresenta anche un controllo sul legislativo per impedirgli di votarne altre simili; il legislativo, consapevole che lo scrupoloso controllo delle corti può far sorgere ostacoli al successo dei suoi iniqui progetti, è costretto, in un certo senso, a limitare i propri tentativi. E questo influirà, più di quanto molti non si aspettino, sul carattere dei nostri governi. I benefici che derivano dall'integrità e dalla moderazione dei giudici sono stati riscontrati in più di uno Stato; anche se non graditi a chi si è visto vanificare le proprie sinistre manovre, essi si sono imposti alla stima e al plauso di tutte le persone virtuose e disinteressate. Ogni individuo ragionevole deve lodare tutto ciò che tenderà a generare o a fortificare tale atteggiamento nelle corti, poiché nessuno può avere la certezza di non essere, domani, la vittima di un'ingiustizia che oggi potrebbe forse tornargli di vantaggio. Ogni individuo deve essere consapevole, a questo punto, che l'inevitabile tendenza dell'ingiustizia è quella di minare le fondamenta della fiducia pubblica e privata, per introdurre, in sua vece, sfiducia e angoscia diffuse.

Non ci si può certo aspettare da giudici, che rimangono in carica temporaneamente, quell'atteggiamento inflessibile e costante di fronte alla Costituzione e ai diritti dei singoli - che, a nostro avviso, è indispensabile nelle corti di giustizia. Gli incarichi temporanei - chiunque sia responsabile delle nomine e comunque siano disciplinate - risulterebbero, in un modo o nell'altro, fatali alla indi-

spensabile indipendenza dei giudici. Se la nomina dei giudici spettasse all'esecutivo o al legislativo, allora esisterebbe il pericolo di una inopportuna deferenza dei giudici nei confronti del ramo investito di tale potere; se spettasse ad ambedue, essi cercherebbero di non perdere il favore dell'uno e dell'altro; se spettasse al popolo o a persone da esso scelte all'uopo, sarebbero guidati dalla ricerca del favore popolare più che guidati dalla Costituzione e dalle leggi.

Esiste un altro e più importante motivo per il mandato a vita dei giudici, che deriva dalla natura stessa dei requisiti previsti per le loro funzioni. Si è spesso notato, a ragione, che un voluminoso codice di leggi è uno degli inconvenienti necessariamente connessi ai vantaggi offerti da un governo libero. Indispensabile, pertanto, a evitare giudizi arbitrari delle corti, è che esse siano vincolate da norme e precedenti precisi che servano a indicare e definire il loro dovere in ogni caso specifico sottoposto al loro giudizio. Si comprenderà, dunque, facilmente, per la varietà stessa delle controversie che nascono dalla follia e dalla malvagità del genere umano, che la mole dei precedenti diventerà un voluminoso digesto e il conoscerli tutti con competenza richiederà uno studio lungo e laborioso. Ne consegue che solo pochi individui avranno competenze tali da poter ricoprire la carica di giudici. E considerata la comune malvagità della natura umana, il numero di coloro che alla necessaria cultura uniranno la necessaria onestà sarà ancora minore. Queste considerazioni ci fanno intendere che non ci sarà una grande scelta di individui adatti e che una carica a tempo determinato – che scoraggerebbe, naturalmente, le persone idonee dall'abbandonare una professione lucrosa per accettare la scranna di giudice – porterebbe ad affidare la giustizia nelle mani di individui meno qualificati ad amministrarla in maniera utile e degna. Nell'attuale situazione del paese, che rimarrà probabilmente la stessa per molto tempo, gli svantaggi al riguardo sarebbero anche più grandi di quanto non sembri a prima vista, ma si deve ammettere che sono di gran lunga inferiori a quelli che si presentano sotto altri aspetti.

Nell'insieme, non c'è motivo per dubitare che la Convenzione non abbia agito saggiamente copiando dai modelli di quelle costituzioni che per i giudici hanno fissato la *buona condotta* come condizione della permanenza in carica; e la Convenzione non solo non può essere biasimata per questo, ma anzi il progetto avrebbe avuto dei difetti incalcolabili, se non avesse presentato questa importante clausola, che è sinonimo di buon governo. L'esperienza della Gran Bretagna ci offre un illustre commento sull'eccellente scelta.

PUBLIUS