

Capitolo 1

La democrazia costituzionale americana

SOMMARIO: 1. La Costituzione degli USA: *rule of the people* e *rule of law*. – 2. Costituzione e diritti. – 3. Costituzione e democrazia. – 4. Garanzie costituzionali. – 5. Garantire le garanzie: il ruolo delle corti.

1. La Costituzione degli USA: *rule of the people* e *rule of law*

Nelle mani dei *Founding Fathers*, l'atto di fondazione degli USA si è materializzato nella prima costituzione scritta e rigida della storia e ha dato avvio a un'impresa ambiziosa, che punta a integrare costituzionalismo e democrazia, garanzie di libertà e istanze di autogoverno.

Questo “esperimento” costituzionale¹ è la *summa* dell'esperienza e della sensibilità politica maturate dai coloni americani lungo il cammino che li condusse dalla rivoluzione contro la corona inglese fino alla creazione di un ordinamento federale senza precedenti storici, ispirato a un variegato spettro di valori politico-filosofici.

¹ V.J.N. SHKLAR, *A New Constitution for a New Nation*, in A.E. DICK HOWARD, *The United States Constitution: Roots, Rights, and Responsibilities*, Smithsonian Institution Press, Washington, DC, 1992; G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic*, Norton, New York, NY, 1969; R.R. PALMER, *The Age of Democratic Revolution: The Challenge*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1959, p. 213 e ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano: dalla teoria alla politica*, Il Mulino, Bologna, 2003; M. JACOBS-W.J. NOVAK-J.E. ZELIZER, *The Democratic Experiment: New Directions in American Political History*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2003.

Per identificare tali valori e specificare, a partire da essi, i tratti distintivi dell'ordinamento concepito dai Padri Fondatori, bisogna leggere la Costituzione degli USA andando oltre il dato testuale e cogliere la «sostanza invisibile»² del suo sostrato concettuale e dei suoi obiettivi.

Si tratta di un'operazione teorica impegnativa³ sotto due profili: sul piano dell'analisi storiografica, essa esige il confronto con una costituzione scritta a più mani e frutto di una mediazione tra visioni diverse della politica e del diritto; sul piano dell'analisi concettuale e normativa, richiede l'inquadramento di una grammatica costituzionale “doppia”, che combina democrazia e costituzionalismo, tenendo insieme ideali potenzialmente confliggenti, cioè l'ideale democratico della sovranità popolare e l'ideale costituzionalistico del governo delle leggi.

Rule of the people e *rule of law*⁴, infatti, sono i due poli concet-

² L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

³ Data la vasta letteratura in materia, si possono indicare solo alcuni testi fondamentali: C. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Free Press, New York, NY, 1945 (trad. it. *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Feltrinelli, Milano, 1959); L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America*, Harcourt, Brace & World, New York, NY, 1955 (trad. it. *La tradizione liberale in America: interpretazione del pensiero politico americano dopo la rivoluzione*, Feltrinelli, Milano, 1960); L. ALEXANDER (a cura di), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; B. BRESLIN, *The Communitarian Constitution*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, MD, 2004; R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2003; S. HOLMES, *Passions and Constraints: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, 1995 (trad. it. *Passioni e vincoli: i fondamenti della democrazia liberale*, Edizioni di Comunità, Torino, 1998); R. DWORKIN, *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, New York, NY, 1996; C.R. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1993; B.A. ACKERMAN, *We The People, I, Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1991; P. BOBBITT, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford University Press, New York, NY, 1982.

⁴ L'autore cui si deve l'originaria elaborazione della “formula” del *rule of law* è W.E. HEARN, *The Government of England. Its Structure and Its Development*, Longmans, London, 1867. La prima trattazione approfondita del concetto di *rule of law*, invece, si deve ad A.V. DICEY, *Introduction To the Study of the Constitution*, Macmillan, London, 1892.

tuali di una costituzione che assorbe in sé le ragioni dell'uno e dell'altro, per fondare su di esse la propria supremazia e porle alla base dell'ordinamento.

Questo “doppio” registro costituzionale, e il suo *background* filosofico, sono contraddistinti da un eccezionalismo che non può essere colto solo con strumenti o categorie concettuali mutuati da altri contesti: «né Aristotele né Cicerone, né Montesquieu né Locke, né Harrington né Hume, Kant o Weber possono fornirci la chiave di lettura che cerchiamo. Gli americani hanno preso in prestito molto da questi pensatori, ma hanno costruito un modello costituzionalistico assolutamente peculiare»⁵. Tale modello, infatti, si ispira a diversi paradigmi filosofici e ce ne offre una sintesi originale ed unica, che può essere compresa solo tenendo conto del suo carattere eclettico e del contesto culturale e storico nel quale essa è maturata.

Per tali ragioni, gli studi storiografici sulla Costituzione americana e sulle sue radici ideologiche offrono, da sempre, spunti importanti al dibattito teorico che, da essi, attinge argomenti a sostegno delle diverse tesi, per legittimarle in chiave di coerenza e continuità con lo spirito del costituzionalismo USA e le ragioni “storiche” del suo eccezionalismo. Analisi storiografica e costituzionalistica, così, definiscono dimensioni interconnesse di una riflessione teorica ampia, che si misura con il tessuto ideologico della Costituzione americana per ricostruire le sue origini, decifrarlo e prospettare i possibili sviluppi.

1.1. Dalla *Ancient Constitution* alla Costituzione federale

Alle origini del “doppio” registro della Costituzione americana, vi è l'aspirazione dei *Founding Fathers*⁶ a realizzare, congiunta-

⁵ B.A. ACKERMAN, *We The People, Foundations*, cit., p. 3.

⁶ D.G. SMITH, *The Convention and the Constitution: The Political Ideas of the Founding Fathers*, University Press of America, Lanham, MD, 1987; G. WOOD, *The Creation of the American Republic*, cit.; ID., *The Radicalism of the American Revolution*, A.A. Knopf, New York, NY, 1992; T. ANDERSON, *Creating the Constitution: The Convention of 1787 and the First Congress*, Pennsylvania State University Press, University Park, PA, 1993.

mente, due obiettivi: la protezione dei diritti, delle libertà e delle proprietà dei singoli e il rafforzamento della cornice politico-democratica entro cui si svolgeva la vita dell'Unione, data l'insoddisfazione rispetto al sistema di governo creato con gli Articoli della Confederazione⁷ dopo la conquista dell'Indipendenza.

Con la Costituzione federale, i Fondatori hanno inteso soddisfare, per un verso, l'esigenza di garantire ai singoli cittadini un ampio grado di protezione e autonomia rispetto al nuovo governo e, per altro verso, il bisogno concreto di un governo democratico centrale più forte di quello preesistente.

A tal fine, i costituenti americani hanno fondato un ordinamento democratico-costituzionale, cioè hanno combinato il principio della garanzia costituzionale con il principio della sovranità popolare per legittimare la democrazia "nel" diritto e, quindi, creare un sistema di governo rappresentativo della volontà politica dei cittadini, ma anche soggetto a limiti posti, in via originaria, dal patto costituente.

In quest'ottica, i *Founding Fathers* hanno compiuto scelte radicali⁸ e hanno rifondato la logica della sovranità e la visione del diritto assimilate dalla tradizione costituzionale britannica⁹.

L'esperienza politica maturata nel periodo coloniale e post-coloniale, infatti, aveva messo in luce le debolezze dell'assetto monarchico-costituzionale del *Commonwealth* che, tradizionalmente, assegnava la sovranità al *King in Parliament*, ossia alla corona come "istituzione rappresentata in Parlamento" e non come persona. L'ente sovrano, quindi, era un corpo politico "sdoppiato", che rappresentava sia il monarca sia il parlamento e, insieme con essi, i valori, le regole e i costumi che costituivano il nucleo dell'*Ancient Constitution*¹⁰.

Non vi erano, tuttavia, formali vincoli esterni o freni istituzionali alla volontà politica e normativa del *King in Parliament* che po-

⁷ Gli *Articles of Confederation and Perpetual Union* furono la prima Costituzione degli Stati Uniti d'America e vennero ratificati nel 1781.

⁸ G.S. WOOD, *Revolutionary Characters: What Made the Founders Different*, Penguin Press, New York, NY, 2006.

⁹ ID., *The Creation of the American Republic*, cit.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 24 e ss.

teva emanare o modificare qualunque tipo di legge, non soltanto le leggi ordinarie, ma anche quelle “fondamentali” riguardanti i diritti dei sudditi.

Di fatto, la tutela di tali diritti passava attraverso i rimedi giudiziali messi in atto dalle corti di *common law*, tenute all’applicazione della volontà normativa del *King in Parliament* senza contravvenire, però, alla tradizione normativa di matrice giurisprudenziale, secondo quanto prescritto dal principio dello *stare decisis*.

Le decisioni giudiziali, così, integravano o modificavano il sistema di norme riguardanti i diritti, per arricchirlo o correggerlo in chiave di garanzia.

Per quanto efficiente, questa interazione normativa tra corti e sovrano restava esposta al pericolo che le sue dinamiche venissero forzate, aprendo la strada a una supremazia assoluta del *King in Parliament* rispetto alla quale, del resto, i coloni americani ebbero modo di sperimentare la vulnerabilità delle proprie ragioni politiche e delle proprie libertà fondamentali.

Su questo terreno, pesavano soprattutto due “debolezze” del sistema giuridico e politico¹¹ del *Commonwealth*.

In primo luogo, un deficit democratico, che creava un’incoltabile distanza tra la volontà politica dei coloni americani e quella espressa dal Parlamento e dalla corona inglesi.

In secondo luogo, le insufficienti garanzie per i diritti fondamentali: queste erano affidate a un *corpus* di leggi, decisioni giudiziali e costumi che non connotava in termini formali e “certi” l’in-

¹¹ Tra i più autorevoli esponenti della concezione costituzionalistica del potere sovrano, che si contrapponeva a quella assolutistica nell’Inghilterra del ’600, si devono ricordare, oltre Locke, anche R. Hooker e E. Coke. In merito, si vedano, tra gli altri, J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Yale University Press, New Haven, CT, 2003; R. HOOKER, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, The Clarendon Press, Oxford, 1868; S. SHEPPARD (a cura di), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, Indianapolis, IN, 2003. Anche il costituzionalismo inglese di epoca più tarda ha esercitato una notevole influenza sul dibattito costituzionalistico negli USA. In particolare, le idee di Burke hanno ispirato il costituzionalismo americano più “conservatore”. Su Edmund Burke, si veda P. LANGFORD (a cura di), *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

violabilità dei diritti, ma l'assumeva come intrinseca a un "ordine" giuridico connaturato al *common law*¹².

Nel complesso, quindi, il governo dell'ordinamento britannico era rimesso a un sistema di poteri autoreferenziale, privo di freni o regole esterni ad esso: su questo terreno, si è prodotta la profonda frattura, storica e teorica, tra il costituzionalismo anglosassone e quello americano, in una temperie culturale ricca di spinte all'assimilazione e al superamento della cultura politica e giuridica del *Commonwealth*.

In quest'ottica, il costituzionalismo americano ha mutuato da quello britannico la visione della sovranità come potere istituzionale e non "personale" e del potere giudiziario come potere indipendente di garanzia.

I *Founding Fathers*, però, hanno preso le distanze dal vero punto debole del *common law* inglese, ossia la flessibilità delle leggi fondamentali e dei diritti¹³, per fondare un sistema giuridico che stabilisce un ordine gerarchico tra le norme e, al suo vertice, colloca una costituzione, non modificabile con gli strumenti della legislazione ordinaria, che afferma il primato dei diritti individuali e, allo stesso tempo, definisce la struttura e le modalità d'azione del sistema di governo.

La dottrina dell'*Ancient Constitution*, così, ha lasciato il posto a una nuova concezione del rapporto tra potere e costituzione¹⁴, fon-

¹² Le norme, nel sistema giuridico inglese, erano prodotte sia dagli organi giurisdizionali sia dal Parlamento, che a ciò provvedeva con procedure "dialettiche" assimilabili a quelle processuali. La produzione del diritto, quindi, si svolgeva secondo dinamiche che, per larga parte, facevano coincidere il momento della formulazione dei precetti normativi, e degli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, con quello della loro applicazione: in un certo senso, i diritti nascevano nella stessa sede in cui venivano protetti, e questa appariva una garanzia sufficiente della loro tutela. Tuttavia, non vi erano limiti effettivi alla possibilità che le garanzie dei diritti e le leggi costituzionali vigenti venissero modificate attraverso *révirement* giurisprudenziali o atti normativi ordinari del *King in Parliament*.

¹³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 64 e ss.

¹⁴ G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic*, cit.; J.G.A. Pocock, *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence, KS, 1988.

data sul principio dell'indisponibilità della seconda rispetto al primo¹⁵. In questo passaggio, varie tradizioni del pensiero filosofico-politico e filosofico-giuridico hanno giocato un ruolo cruciale, diversamente apprezzato dalla storiografia e dall'analisi teorica contemporanea.

In particolare, repubblicanesimo, liberalismo e storicismo (*burkeanism*) rappresentano le tradizioni del pensiero politico e giuridico che si sono dimostrate più feconde di spunti per l'analisi delle origini e della natura dell'ordinamento USA e costituiscono, oggi, i punti di riferimento teorici più importanti per il dibattito sul rapporto tra democrazia e costituzionalismo negli USA.

1.2. Le basi filosofiche: repubblicanesimo, liberalismo, *burkeanism*

Il costituzionalismo "di rottura" dei *Founding Fathers* ha uno sfondo ideologico complesso, che combina il pensiero di Locke e Montesquieu con quello di Sidney ed Harrington, il liberalismo e il repubblicanesimo civico con l'utilitarismo e lo storicismo¹⁶.

La ricostruzione del processo di assimilazione e rielaborazione di modelli teorici così diversi è estremamente controversa ed è al centro di un dibattito molto ampio, caratterizzato, negli ultimi decenni,

¹⁵ Sulla concezione del costituzionalismo come limitazione dei poteri di governo, si vedano C.H. McILWAIN, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1940 (trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990); S.L. ELKIN, *Constitutionalism: Old and New*, in S.L. ELKIN-K.E. SOLTAN (a cura di), *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*, University of Chicago Press, Chicago, IL, 1993.

¹⁶ M. DOWNS, *James Harrington*, Twayne Publishers, Boston, MA, 1977; R.J. ELLIS, *American Political Cultures*, Oxford University Press, New York, NY, 1993; J. HUYLER, *Locke in America: The Moral Philosophy of the Founding Era*, University Press of Kansas, Lawrence, KS, 1995; J.G.A. POCOCK, *The Machiavellian Moment, the Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, voll. I e II, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1975 (trad. it. *Il momento machiavelliano: il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, voll. I e II, Il Mulino, Bologna, 1980); ID. (a cura di), *The Political Works of J. Harrington*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 1977.

dalla contrapposizione tra tesi di stampo liberale, storicamente prevalenti, e tesi di stampo repubblicano¹⁷.

Tradizionalmente, infatti, la storiografia dominante riconosce nel costituzionalismo statunitense un'ideologia politica e giuridica ispirata al liberalismo classico nella versione proposta da John Locke, soprattutto per la concezione dei diritti e del sistema di governo. Questa lettura storiografica, canonizzata in *"The Liberal Tradition in America"* di Louis Hartz¹⁸, si è imposta sulle letture alternative, fino a renderle marginali. In particolare, si è affermata sulla cosiddetta interpretazione "economica" delle origini della costituzione proposta da Charles Beard¹⁹, secondo cui questa sarebbe stata concepita come strumento per la composizione di interessi prevalentemente patrimoniali, primo fra tutti quello alla difesa degli assetti proprietari.

La teoria costituzionale americana si è avvalsa di questa egemone tendenza storiografica per offuscare le alternative teoriche più importanti e significative al paradigma liberale²⁰ finché i movimenti critici di questo paradigma hanno iniziato a mostrare un crescente interesse per le «anime perdute»²¹ della tradizione costitu-

¹⁷ Sul repubblicanesimo "americano" esiste un'ampia letteratura. Per una ricostruzione in senso storiografico, si vedano J.G.A. POCOCK, *The Machiavellian Moment, The Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, cit.; Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, voll. I e II, Cambridge University Press, Cambridge, MA, 1984 (trad. it. *Le origini del pensiero politico moderno*, voll. I e II, Il Mulino, Bologna, 1989). Per quanto riguarda la riflessione contemporanea sul repubblicanesimo, si vedano C.R. SUNSTEIN, *Beyond The Republican Revival*, in "Yale Law Journal", 8, 1988; F.I. MICHELMAN, *Law's Republic*, in "Yale Law Journal", 8, 1988, pp. 1493-1537; P. PETTIT, *Il repubblicanesimo, una teoria della libertà e del governo*, Feltrinelli, Milano, 2000; L. BACCCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, Laterza, Bari, 2003; B. CASALINI, *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America*, in P. COSTA-D. ZOLO, *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano, 2002.

¹⁸ L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution*, cit.

¹⁹ C. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, cit.

²⁰ J.D. GREENSTONE, *Against Simplicity: The Cultural Dimensions of the Constitution*, in "University of Chicago Law Review", 2, 1988, pp. 428-449.

²¹ B. CASALINI, *American Citizenship Between Past and Present*, in R. BEL-

zionalistica americana e hanno riscoperto, con intensità e diffusione crescenti, il comunitarismo, il populismo²² e, soprattutto, il repubblicanesimo.

Negli anni '80 del secolo scorso, infatti, alcune opere storiografiche di fondamentale importanza, in particolare quelle di Pocock, Skinner e Wood²³, hanno fatto emergere le componenti repubblicane dell'ideologia dei *Founding Fathers* che la storiografia liberale aveva oscurato, per imporre il motto del «*Locke et praterea nihil*»²⁴.

Questa svolta storiografica ha ispirato un movimento teorico che interpreta e risolve le questioni al centro della riflessione costituzionalistica facendo leva sui valori repubblicani che i Fondatori avrebbero posto alla base dell'ordinamento e che esso vuole far rivivere contro le tesi costituzionalistiche liberali.

Grazie a questa "rivoluzione", storiografica e teorica, quello repubblicano non rappresenta più un paradigma "rifiutato", utile solo per chiarire le dinamiche e lo sviluppo degli schemi ideologici invece prevalenti, ma offre un'alternativa teorica feconda²⁵ sia di nuovi argomenti per l'interpretazione della Costituzione sia di idee intorno alle quali costruire un "nuovo" modello costituzionalistico.

Su questo terreno, *liberals* e *republicans* si scontrano in una disputa ormai estremamente ampia, che tocca tre livelli problematici: in primo luogo, la ricostruzione del *background* politico-filosofico

LAMY-D. CASTIGLIONE-E. SANTORO (a cura di), *Lineages of European Citizenship: National and Historical Perspectives*, Palgrave, Houndmills Basingstoke, 2004, pp. 186-207.

²² B.A. ACKERMAN, *We The People, Foundations*, cit.; L.D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, NY, 2004; M. SANDEL, *Democracy's Discontent*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996; C. TAYLOR, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1989 (trad. it. *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Feltrinelli, Milano, 1993).

²³ J.G.A. POCOCK, *The Machiavellian Moment, The Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, cit.; Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. I, cit.; G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic*, cit.

²⁴ B. CASALINI, *Nei limiti del compasso: Locke e le origini della cultura politica e costituzionale americana*, Mimesis, Milano, 2002, p. 19.

²⁵ F.I. MICHELMAN, *Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*, in "Harvard Law Review", 1, 1986, pp. 4-77.

dei Fondatori; in secondo luogo, e sulla scorta di tale ricostruzione, l'inquadramento teorico del costituzionalismo americano e dei suoi fondamenti filosofici; in terzo luogo, l'identificazione del sistema di valori che tale costituzionalismo pone alla base dell'ordinamento e alla luce dei quali la Costituzione degli USA deve essere letta ed applicata.

Si tratta, cioè, di un dibattito che attinge dall'analisi storiografica chiavi di lettura usate, poi, per sviluppare tesi normative sulla natura dell'ordinamento americano e sui valori che sono alla sua base.

In questo dibattito, polarizzato intorno a tesi liberali e controtesi repubblicane, si inseriscono anche proposte costituzionalistiche che guardano alla storia dell'ordinamento americano "dal basso", per sottolineare il ruolo svolto dalle "azioni" politiche popolari e dalle concrete iniziative istituzionali, piuttosto che da idee di cui avvalersi per inquadrare il costituzionalismo americano "dall'alto".

Per un verso, si tratta di proposte che fanno leva sulle origini "popolari" della costituzione per sostenere, in chiave normativa, l'esigenza di un ruolo politico-costituzionale di primo piano per i cittadini²⁶.

Per altro verso, si tratta di proposte che pongono l'accento sulle peculiarità della tradizione costituzionale statunitense e ne propugnano la difesa, in un'ottica conservatrice che affida alle decisioni giudiziali e alle azioni politiche il compito di guidare l'evoluzione dell'ordinamento nel segno della continuità con il passato.

Su questo fronte, il rinvio alla tradizione costituzionale, in un'ottica storicista, ha dato un importante contributo al dibattito sulle origini e sulla natura dell'ordinamento statunitense, per ispirare, soprattutto, approcci di stampo "conservatore" che rinviano al costituzionalismo di Edmund Burke.

1.2.1. *Burkeanism*: costituzionalismo e tradizione costituzionale

L'approccio "storicista" trova il proprio punto di riferimento teorico principale nel pensiero di Edmund Burke e da esso attinge, in modi diversi, per fondare una visione del diritto e della giustizia co-

²⁶ B.A. ACKERMAN, *We The People. Foundations*, cit.

stituzionale che ha incontrato molti favori in ambito teorico, ma, soprattutto, ha avuto un notevole impatto sulla giurisprudenza.

Il modello costituzionalistico che esso propone, infatti, rifugge dall'astrazione concettuale per privilegiare la dimensione concreta del diritto, della politica e della vita istituzionale, in cui riconosce il motore della storia costituzionale degli USA nonché l'ambito entro il quale devono prender forma, e trovare giustificazione, le trasformazioni dell'ordinamento.

Il *burkeanism* premia i meccanismi che hanno contribuito, nei secoli, a definire la realtà costituzionale americana e a connotarla in senso peculiare. In quest'ottica, l'ordinamento USA è il prodotto di una prassi che si è definita grazie alla progressiva stratificazione e al costante arricchimento di un patrimonio di tradizioni e "pratiche" che sono la linfa vitale del *common law* americano.

Rispetto a tale patrimonio, dunque, l'evoluzione costituzionale si pone come un processo "di arricchimento", che deve svolgersi secondo la logica del «mutare per preservare»²⁷.

Senza produrre brusche deviazioni dai percorsi già intrapresi, il diritto e la politica costituzionale devono sviluppare e consolidare il nucleo di pratiche che regolano la vita dell'ordinamento secondo i valori condivisi che le ispirano e le fondano.

Questi, infatti, sono il riflesso di uno "spirito" dell'ordinamento che resta assorbito nelle pratiche istituzionali, sia sul terreno giurisprudenziale, secondo i meccanismi del *common law*, sia, più in generale e a vario titolo, attraverso l'attività dei «practical decision-makers»²⁸.

Il *burkean constitutionalism*, quindi, premia l'attenzione verso la tradizione e il "precedente" e la declina, poi, tanto in chiave (mo-

²⁷ Nelle parole di Burke: «Non escluderei del tutto le alterazioni, ma anche se dovessi mutare, muterei per preservare, grave dovrebbe esser l'oppressione per spingermi al mutamento. E nell'innovare, seguirei l'esempio dei nostri avi, farei la riparazione attenendomi il più possibile allo stile dell'edificio. La prudenza politica, un'attenta circospezione, una timidezza di fondo morale più che dovuta a necessità, furono tra i primi principi normativi dei nostri antenati nella loro condotta più risoluta», in E. BURKE, *Riflessioni sulla rivoluzione francese*, in A. MARTELLONI (a cura di), *Scritti politici*, UTET, Torino, 1963, pp. 269 e 442.

²⁸ B.A. ACKERMAN, *We The People. Foundations*, vol. I, cit., p. 17.

deratamente) riformista²⁹ quanto in chiave conservatrice.

Vi è, infatti, un *burkeanism* che riconosce nel “precedente” radicato nella tradizione giuridica, politica, istituzionale, il nucleo di una prassi che deve auto-rigenerarsi, per assecondare l’evolversi dello spirito del *common law* americano e dei costumi sociali. Diversamente, il *burkeanism* più conservatore, vede nel “precedente” il prodotto di una prassi che deve auto-preservarsi, per mantenere integri e stabili i valori condivisi che essa esprime.

La tradizione, così, diventa la leva teorica di un progetto costituzionalistico che punta a uno sviluppo lineare, per escludere o limitare le soluzioni di continuità rispetto al passato.

Tradizionalmente, il *burkeanism* esercita un’influenza notevole soprattutto sugli orientamenti conservatori della giurisprudenza costituzionale e, più in generale, sui giuristi positivi, ma gioca un ruolo importante anche nel dibattito teorico.

Qui, il richiamo allo storicismo di Burke non ispira una prospettiva organica, ma un’attitudine costituzionalistica “retrospettiva” che si traduce in un “tradizionalismo” trasversale a proposte che, in ottiche diverse, fanno leva sulle virtù della stabilità costituzionale. L’idea di un’evoluzione dell’ordinamento nel solco della continuità con la tradizione, declinata in chiave più o meno conservatrice, infatti, è “diffusa” nella teoria costituzionale e, in modo più o meno incisivo, è presente nelle tesi che la dominano, d’ispirazione liberale come repubblicana.

Sono queste, infatti, le posizioni che negli ultimi trent’anni si sono imposte nel dibattito storiografico e teorico sull’ideologia dei Fondatori e sullo spirito della Costituzione federale: sulla scorta dell’alternativa tra liberalismo e repubblicanesimo, si è costruito l’acceso confronto tra i modelli teorici e di giustizia costituzionale che anima la scena del costituzionalismo americano contemporaneo.

²⁹ In quest’ottica, C.R. SUNSTEIN, *A Constitution of Many Minds, Why the Founding Document Doesn’t Mean What It Meant Before*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2009, rinvia al *burkeanism* e inquadra le trasformazioni costituzionali come un «continuum di piccoli cambiamenti» (*Ibidem*, p. 5), da compiersi nel rispetto delle pratiche giuridiche consolidate (guardando, in chiave pragmatica, alle conseguenze che potrebbero derivare dall’abbandono di esse; sul punto, si veda il cap. 5, § 4.4.1).

1.2.2. Liberalismo e repubblicanesimo

Liberalismo e repubblicanesimo avanzano tesi, storiografiche e costituzionalistiche, che rinviano a «due diverse tendenze interne alla realtà costituzionale e tra loro concorrenti»³⁰: se nella prospettiva liberale l'ordinamento USA tende alla tutela dell'autonomia individuale, in quella repubblicana, invece, esso promuove innanzitutto la virtù civica e, con essa, le libertà strumentali alla sua espressione.

In quest'ottica, i *liberals* propugnano un paradigma costituzionalistico costruito intorno al primato dei diritti individuali e i *republicans*, invece, promuovono un paradigma fondato sull'ideale del *self-government* inteso come cittadinanza "attiva".

Nell'articolato confronto tra questi modelli teorici, che muove dal livello dell'analisi storiografica a quello dell'analisi normativa, gli argomenti repubblicani e liberali rinviano a visioni diverse, talora opposte, del sistema democratico-costituzionale e del rapporto che questo stabilisce tra politica e diritto.

Secondo una lettura convincente³¹, però, né il liberalismo né il repubblicanesimo possono dirsi tendenze del tutto esclusive nella realtà costituzionale americana, in cui, piuttosto, convivono, per completarsi a vicenda e connotare l'ordinamento nel segno di un'irriducibile ambivalenza ideologica.

Il dibattito costituente e gli scritti dei *Founding Fathers*, infatti, rivelano che sia il pensiero liberale sia quello repubblicano hanno esercitato una notevole influenza sulle diverse correnti politiche della *Philadelphia Convention*, finendo per ispirare aspetti differenti dell'accordo tra la corrente federalista e quella anti-federalista.

Queste, infatti, portavano avanti idee diverse sulle libertà individuali e il loro statuto costituzionale, sulla politica democratica e il suo ruolo nell'ordinamento, sulla costituzione e i limiti che questa pone al potere.

Il programma politico dei Federalisti³² era fortemente influenza-

³⁰ J. HABERMAS, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996, p. 319.

³¹ F.I. MICHELMAN, *Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*, cit.; C.R. SUNSTEIN, *Beyond The Republican Revival*, cit.

³² Al movimento politico federalista aderivano, all'epoca della Fondazione e

to dalla tradizione del repubblicanesimo civico, soprattutto per quanto riguarda la concezione della politica democratica come strumento di autodeterminazione individuale e promozione della virtù civica; il programma anti-federalista³³, invece, era d'ispirazione prevalentemente liberale e poneva l'accento sull'assoluta priorità dei diritti e dell'autonomia dei privati rispetto all'interesse pubblico³⁴.

Il divario tra queste due visioni ha segnato l'acceso confronto politico nell'assemblea costituente per ricomporsi, poi, entro una costituzione che, "mediando" tra istanze federaliste ed anti-federaliste, ha fondato un sistema politico e giuridico ispirato a valori liberali, per quanto concerne lo *status* normativo riconosciuto ai diritti fondamentali dell'individuo, ma anche a valori repubblicani, per quanto riguarda l'organizzazione del sistema politico e lo status di cittadinanza.

Liberalismo e repubblicanesimo, cioè, hanno fornito ai Fondatori americani gli strumenti concettuali per trasfondere nella costituzione sia l'esigenza di tutelare le libertà dei cittadini sia la volontà di renderli egualmente partecipi della vita pubblica.

Questa compresenza di elementi repubblicani e liberali nell'ideologia dei *Founding Fathers*, così come l'apertura del testo costitu-

della ratifica della Costituzione, J. Madison, J. Adams, J. Jay, A. Hamilton, J. Marshall. Il *Federalist Party* nacque, come vera e propria entità politica soltanto nel 1794 quando, dopo la sua affermazione in seno alla *Philadelphia Convention*, esso si divise, dando vita a due gruppi politici diversi: da un lato, appunto, il *Federalist Party*, guidato da Jay ed Hamilton e, dall'altro lato, il *Democratic-Republican Party* guidato da Madison e Jefferson.

³³ Sul pensiero degli Antifederalisti (oltre Thomas Jefferson, anche Richard Henry Lee, Robert Yates, George Clinton, James Winthrop, Patrick Henry, Samuel Adams), si veda C.M. DUNCAN, *The Anti-Federalists and Early American Political Thought*, Northern Illinois University Press, DeKalb, IL, 1995; per una raccolta degli scritti "antifederalisti", H.J. STORING (a cura di), *The Complete Anti-Federalist*, University of Chicago Press, Chicago, IL, 1981.

³⁴ Sulle differenze tra costituzionalismo repubblicano e costituzionalismo liberale: A. FERRARA-M. ROSATI (a cura di), *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto*, in "Filosofia e questioni pubbliche", 1, 2000; M. GEUNA, *La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali*, in "Filosofia politica", 1, 1998, pp. 101-134; J. HABERMAS, *Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions*, in "Ratio Juris", 1, 1994, pp. 1-13.

zionale da essi concepito, giocano a favore della riflessione teorica che, grazie ad essi, guadagna la possibilità di porre l'accento ora sulle garanzie costituzionali ora sull'ideale dell'autogoverno, per interpretare in modo diverso gli spazi che la Costituzione americana costruisce a beneficio di entrambi.

Il tessuto normativo della carta costituzionale, infatti, combina tecniche di limitazione del potere, a vantaggio dei diritti, con strumenti di legittimazione democratica del potere e del suo esercizio.

L'ambivalenza ideologica della Costituzione americana, così, trova riscontro nella sua ambivalenza strumentale: essa istituisce un sistema democratico, ma lo vincola al rispetto dei diritti; si tratta, cioè, di una costituzione che fonda il potere e poi lo disciplina, ne articola l'assetto e lo bilancia, lo sottopone a limiti e dà uno scopo al suo esercizio.

Sul piano concettuale, le tecniche di limitazione del potere presuppongono l'ideale costituzionalistico del *rule of law*, cioè del governo delle leggi, articolato in più principi, dal primato normativo della costituzione alla separazione dei poteri; gli strumenti di legittimazione democratica, invece, presuppongono l'ideale del *rule of the people*, cioè della sovranità popolare, declinato in una versione che "dissolve" la sovranità del popolo entro la costituzione per legittimare i poteri fondamentali dell'ordinamento e "autorizzare" il loro esercizio.

Rule of the people e *rule of law*, quindi, fondano e giustificano una trama normativa che, da una parte, vincola e, dall'altra parte, autorizza il potere; il nesso tra queste due sponde normative passa attraverso una compenetrazione tra diritto e politica che rende la costituzione strumento giuridico e politico insieme: sul piano giuridico, essa funge da norma di chiusura e da legge "suprema" dell'ordinamento mentre, sul piano politico, istituisce e regola la struttura e le dinamiche del governo democratico.

Questo doppio registro, ideologico, strumentale, normativo, è il frutto di quel compromesso costituente che ha messo d'accordo le tante anime della *Philadelphia Convention* e ne ha incanalato le tensioni ideologiche, liberali e repubblicane, verso la realizzazione di un progetto comune, a partire da una convergenza "minima" sui nodi problematici di maggior rilievo: diritti, politica democratica e garanzie costituzionali.