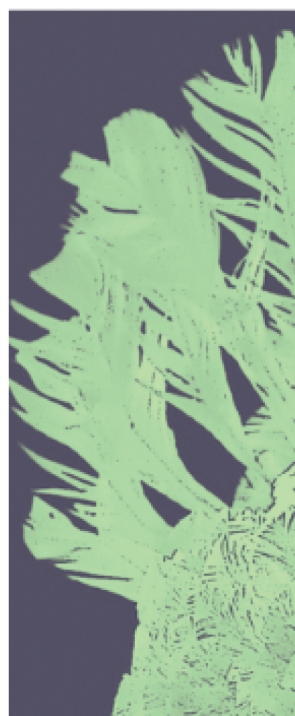
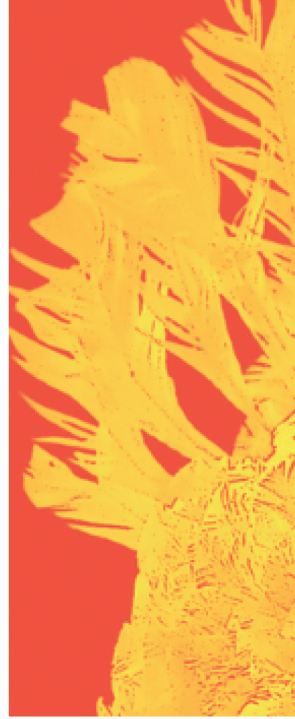
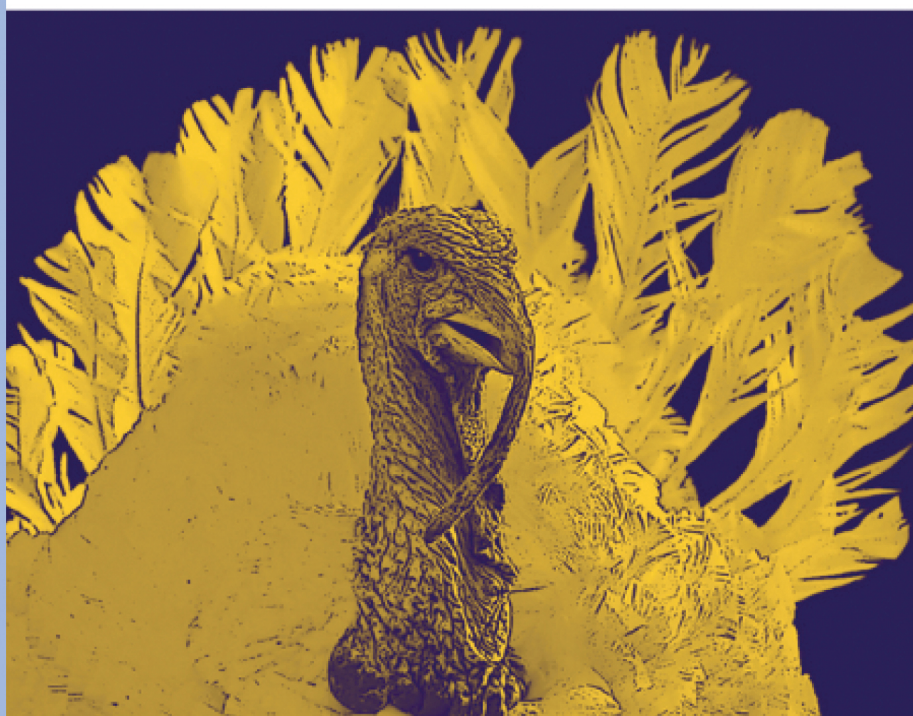


Edmondo Mostacci
Alessandro Somma

Gli Stati Uniti e il loro diritto



Giappichelli



PREMESSA

Il volume che vi accingete a consultare propone un'analisi dell'esperienza giuridica statunitense dai suoi esordi ai giorni nostri, ricostruita dal punto di vista diacronico e con una particolare attenzione alle dimensioni economica e politica. L'opera è pertanto concepita, oltre che per stimolare il dialogo tra studiosi delle discipline coinvolte, come ausilio didattico nei relativi corsi di studio.

Come si intuisce, la scrittura del testo si è dovuta confrontare con molteplici difficoltà, e non solo con quelle comportate dall'approccio interdisciplinare, peraltro usuale nella ricerca comparatistica. Non alludiamo all'approccio valoriale quale apparato di conoscenze e metri di valutazione che presiedono alla ricerca, almeno di quella che rifugge dai paradigmi tecnocratici così diffusi tra i cultori del diritto, che gli autori di questo volume hanno messo alla prova e affinato in altre opere monografiche (in particolare *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano 2016) e curatele (*Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma 2021). In questo lavoro ci siamo dovuti misurare con una particolare declinazione di quella tensione tra *straniamento* e *adomesticamento* che si incontra sempre quando si vuole offrire una lettura di esperienze straniere (non solo giuridiche). In questo caso, si è specificamente trattato dell'alternativa tra operare una ricostruzione del diritto statunitense ricalcata sullo stile della manualistica tipica di quell'ordinamento o al contrario su quella diffusa nella nostra tradizione giuridica.

Quanto abbiamo inizialmente percepito come una differenza da livellare, si è alla fine rivelata essere un elemento da valorizzare quale contributo a una più compiuta comprensione dell'esperienza statunitense. Di qui il diverso stile espositivo che caratterizza i capitoli del volume, che pure costituiscono l'esito di un dialogo serrato e risalente tra gli autori. Edmondo Mostacci, a cui si devono i capitoli 5-8 e 10, si è attenuto a uno stile espositivo più vicino agli schemi tipici della letteratura statunitense. Alessandro Somma, autore dei capitoli 1-4 e 9, ha invece confezionato le sue pagine in modo più consono a quanto ricorre nella letteratura dei sistemi di *civil law*.

Certo, queste differenze hanno potenziali ripercussioni sul modo di intendere il fenomeno diritto: come incentrato sulle scelte del circuito giudiziario, se si predilige il modo statunitense di raccontarlo, o come ricaduta delle vicende i cui protagonisti vanno individuati oltre il circuito del diritto, se si predilige invece

lo stile più usuale per i sistemi di *civil law*. In quest'opera, tali differenze non indicano però una diversa sensibilità nei confronti del nostro oggetto di studio. Al contrario, sono utili a completare lo sguardo su un ordinamento, come quello statunitense; uno sguardo che non mancherà di far emergere una consonanza di fondo sul modo di osservarlo criticamente.

Nel licenziare questo lavoro, ci preme esprimere la nostra viva gratitudine a Lorenzo Serafinelli e Paola Valerio per le loro letture critiche e appassionante delle diverse versioni del manoscritto.

Roma, 14 settembre 2023

CAPITOLO PRIMO

La formazione degli Stati Uniti Dall'indipendenza alla Guerra di secessione

SOMMARIO: 1. Al principio fu l'Impero coloniale inglese. – 2. Guerra di indipendenza o rivoluzione? – 3. Dagli Articoli della Confederazione alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. – 4. Repubblica vs democrazia. – 5. Gli emendamenti alla Costituzione: in particolare il *bill of rights* e il *second bill of rights*. – 6. L'espansione a ovest e il conflitto tra nord e sud. – 7. La Corte suprema e il *judicial review of legislation*. – Sintesi.

1. Al principio fu l'Impero coloniale inglese

La colonizzazione del Nuovo mondo da parte del Regno d'Inghilterra, poi Regno di Gran Bretagna (dal 1707) e infine Regno Unito (dal 1801), ebbe caratteri distinti da quelli che connotarono l'azione delle altre potenze europee. Francia e Spagna puntavano innanzi tutto a depredare il suolo americano delle sue ricchezze, mentre l'Inghilterra mirava a integrarlo in un modello economico definibile in termini di capitalismo marittimo commerciale. Inoltre i possedimenti oltreoceano venivano utilizzati come valvola di sfogo demografica, e più precisamente per destinarvi coloro i quali non trovavano un impiego nella madrepatria: erano colonie di popolamento e non di mero sfruttamento¹.

Non stupisce dunque se proprio la colonizzazione del Nuovo mondo avviò la nascita dell'Impero britannico, convenzionalmente fatta coincidere con la fondazione nel 1607 del primo insediamento stabile a Jamestown: il primo nucleo della colonia della Virginia, nome scelto per celebrare le virtù di Elisabetta I d'Inghilterra, la regina che non prese mai marito. L'insediamento deve invece il suo nome a Giacomo I d'Inghilterra, il re dal quale nel 1606 la Compagnia di Londra, poi ribattezzata Compagnia della Virginia, ricevette una concessione relativa alla costituzione di insediamenti sulle coste dell'America settentrionale².

¹ Ad es. G. BORGOGNONE, *Storia degli Stati Uniti. La democrazia americana dalla fondazione all'era globale*, Milano, 2021, p. 15 ss.

² O. BERGAMINI, *Storia degli Stati Uniti*, 7ª ed., Roma, Bari, 2021, p. 5.

Diversa la genesi del secondo insediamento stabile, che ciò nonostante contribuirà non poco a sostenere il medesimo ordine economico alimentato dal primo. Esso si sviluppa a partire dalla baia di Plymouth nel 1620, dove venne fondata l'omonima colonia dal nome del porto inglese da cui partì la nave che vi giunse (la Mayflower), i cui territori vennero poi annessi alla colonia del Massachusetts. Tra i passeggeri alcuni avevano intrapreso il viaggio per motivi religiosi, dal momento che erano perseguitati dalla Chiesa anglicana in quanto separatisti fautori del puritanesimo: un credo fondato da protestanti di orientamento calvinista³. Furono ben presto raggiunti da un nutrito numero di adepti del medesimo credo, sebbene intenzionati a riformare la Chiesa dal suo interno e dunque non perseguitati in patria. Questi erano invero più interessati a svolgere attività con cui testimoniare la loro adesione all'etica protestante, notoriamente propensa a valutare positivamente lo spirito imprenditoriale e l'arricchimento personale⁴. Consentendoci così di mettere in luce due caratteri fondativi dell'esperienza statunitense e in ultima analisi la loro stretta connessione: il capitalismo come substrato materiale della società e una certa propensione allo sviluppo di identità esclusive e al limite intransigenti come suo fondamento spirituale.

Le vicende che accompagnarono i primi mesi di vita della colonia di Plymouth evidenziano poi un'altra peculiarità costitutiva dell'esperienza statunitense, in ultima analisi concernente la relazione con le culture altre.

Il Nuovo mondo non era certo disabitato, dal momento che nell'America settentrionale vivevano, almeno secondo le stime più accreditate, circa quindici milioni di nativi divisi in numerose tribù. Queste conducevano stili di vita e si fondevano su modelli di organizzazione sociale talvolta molto diversi fra loro, e tuttavia presentavano tratti unificanti: in particolare un approccio olistico all'esistenza, per cui l'individuo era sciolto nella comunità e questa nell'ordine di natura, tanto da non conoscere e anzi rigettare il concetto di proprietà privata sulla terra e sui suoi frutti⁵. Di qui le frizioni con i coloni, i quali mostrarono fin da subito l'inequivocabile volontà di sottomettere i nativi nella misura necessaria e sufficiente a contribuire alla occidentalizzazione del Nuovo mondo, o in alternativa di sopprimerli in quanto ostacoli al raggiungimento di un simile obiettivo.

A Plymouth i primi coloni non possedevano le conoscenze indispensabili a ricavare dalla natura ciò di cui sfamarsi, motivo per cui molti di loro non sopravvissero al rigido inverno del 1620. Il tutto si sarebbe ripetuto l'anno successivo, se i nativi non avessero insegnato loro a coltivare il mais e ad allevare tac-

³ In occasione del bicentenario del viaggio, ai fondatori della colonia si sarebbe dato il nome di Padri pellegrini (*Pilgrim fathers*): ad es. M.A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d'America. Dalle prime colonie inglesi ai giorni nostri*, 2ª ed. (1995), Milano, 2011, p. 12.

⁴ D'obbligo il riferimento a M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1905), Milano, 1997.

⁵ Cfr. i materiali raccolti in K. NERBURN (a cura di), *La saggezza degli indiani d'America* (1999), Torino, 2010.

chini, cosa che inizialmente venne riconosciuta e celebrata con una cerimonia da cui si sarebbe poi ricavata una festa nazionale: il Giorno del ringraziamento (*Thanksgiving day*), il cui menu comprende come si sa ricette a base di tacchino. Ebbene, in un primo momento gli indigeni vennero coinvolti nella festa, ma ben presto questa si trasformò in una celebrazione dedicata fra l'altro ai successi nella «guerra contro i nativi pagani»⁶.

A ben vedere, l'episodio da cui prende spunto il Giorno del ringraziamento, al netto delle manipolazioni narrative funzionali a confezionare la storia nazionale, non è il primo nel suo genere. Anche i coloni di Jamestown incontrarono difficoltà a provvedere alla propria sussistenza, tanto insuperabili da indurre molti di loro a chiedere assistenza presso gli insediamenti dei nativi. Finita l'emergenza, i coloni rimasti pretesero da questi ultimi la restituzione di coloro i quali erano considerati «fuggiaschi», risolvendosi infine a compiere un massacro quando il capo dei nativi reagì con «risposte fiere e sdegnose»:

Gli inglesi mandarono perciò alcuni soldati per vendicarsi. Capitarono in un villaggio indiano, uccisero quindici o sedici abitanti, bruciarono le case, devastarono i campi di granturco, presero la regina della tribù e i suoi figli, ma finirono per gettare questi ultimi giù dalle barche dove li avevano caricati, facendogli saltare le cervella sparando in acqua. Poi anche la regina fu fatta sbarcare e uccisa a coltellate⁷.

Peraltro, costitutiva dell'esperienza statunitense non è la sottomissione e la soppressione delle sole persone che già abitavano il Nuovo mondo (Cap. 4 n. 8). Lo stesso trattamento venne riservato a coloro i quali vi furono deportati per essere impiegati come manodopera servile, il che non poteva avvenire con i nativi: questi erano in netta superiorità numerica e potevano pertanto essere soppressi grazie all'impiego delle armi da fuoco, ma non anche costretti a lavorare nei campi. Di qui la scelta di importare schiavi dal continente africano, il che avvenne fin da subito: la prima nave con un simile carico giunse a Jamestown nel 1619⁸, ovvero solo pochi anni dopo la fondazione della prima colonia. Il tutto alimentato, oltre che da un ingente apparato repressivo volto a irreggimentare i neri, anche e soprattutto da un complesso di teorie e pratiche concepite per legittimare la loro condizione, tanto radicato nell'esperienza statunitense da potersi annoverare tra i suoi fondamenti: il razzismo, come si sa tuttora identificativo di una attitudine diffusa nei confronti degli afroamericani e non solo di essi, a cui avremo modo di dedicarci diffusamente (Cap. 4 nn. 5-7).

Si diceva che il colonialismo inglese, diversamente da quello francese e spagnolo, ha perseguito finalità di ordine politico demografico. In effetti, se alla fi-

⁶ Così Edward Rawson nel discorso tenuto il 20 giugno 1676, riprodotto ad es. in 104 *Proceedings of the Massachusetts Historical Society*, 1894-95, p. 439.

⁷ H. ZINN, *Storia del popolo americano* (2003), Milano, 2010, p. 19 riportando un resoconto inglese dell'epoca.

⁸ O. BERGAMINI, *Storia degli Stati Uniti*, cit., p. 13.

ne del Seicento gli insediamenti oltreoceano contavano già 250mila abitanti, alla vigilia della Guerra di indipendenza, a fronte di un raddoppio della superficie occupata dagli insediamenti, il loro numero risultava quasi decuplicato⁹. E ciò mentre al principio del Settecento, quando l'immigrazione cessò di essere prevalentemente inglese, si completò l'insieme delle tredici colonie protagoniste di quella vicenda epocale: oltre alle già menzionate Virginia e Massachusetts, New Hampshire (1629), Maryland (1632), Rhode Island (1636), Connecticut (1636), New York (1664), New Jersey (1664), Delaware (1664), Pennsylvania (1682), North e South Carolina (1712).

Tra queste colonie, quelle riconducibili alla Nuova Inghilterra, ovvero il Connecticut, il Massachusetts, il New Hampshire e il Rhode Island, presentavano una certa omogeneità dal punto di vista dell'etnia e della religione di coloro i quali le abitavano: in massima parte puritani di provenienza britannica. Diversa la situazione nelle colonie del Medio Atlantico, dove si trovavano anche francesi, irlandesi, olandesi e tedeschi, tra i quali vi erano pertanto cattolici ed ebrei, e in quelle meridionali: lì era prevalente la religione anglicana¹⁰.

Da notare anche alcune differenze relative ai caratteri delle gerarchie sociali affermatesi nel corso del tempo. Al sud prevaleva la campagna sulla città e la presenza di ampie piantagioni finì per determinare la formazione di una classe dirigente fatta di latifondisti e proprietari di schiavi. Al nord la diffusione dell'etica protestante favorì invece lo sviluppo di intraprese individuali e comunque di dimensioni più ridotte, in agricoltura richieste anche dalle caratteristiche del territorio, così come di attività commerciali¹¹.

Di qui i germi di conflitti che, sullo sfondo delle sensibilità religiose e delle appartenenze etniche, oltre che delle posizioni sulla schiavitù, si svilupperanno a causa delle evoluzioni subite dall'ordine economico. Anche questi conflitti finiranno per caratterizzare l'esperienza statunitense, sebbene con tempistiche diverse rispetto a quanto avvenuto nel contesto europeo. La questione sociale si affaccerà sulla scena fin dalla prima metà dell'Ottocento¹², ma solo nella seconda metà del secolo si imporrà prepotentemente: quando all'ordine proprietario giungeranno le sollecitazioni derivanti dal passaggio dalla società borghese alla società industriale (Cap. 2 n. 1).

2. Guerra di indipendenza o rivoluzione?

Detto questo, tutte le tredici colonie erano saldamente inserite nel sistema di

⁹ M.A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 23 ss.

¹⁰ *Ivi*, p. 23 ss.

¹¹ A. TESTI, *La formazione degli Stati Uniti*, Bologna, 2003, p. 22 ss.

¹² O. BERGAMINI, *Storia degli Stati Uniti*, cit., p. 83 ss.

relazioni alla base dell'ordine economico di cui erano espressione: il menzionato capitalismo marittimo commerciale. In particolare, avevano in comune il ruolo a esse riservato nell'ambito di quell'ordine e più precisamente di una sua declinazione in senso mercantilista¹³: la madrepatria le utilizzava come esportatrici di materie prime (soprattutto tabacco, zucchero, riso e granaglie) e di semilavorati (come alimenti conservati e pellicce), e al contempo come mercato di sbocco per prodotti finiti, oltre che di schiavi. Il tutto presidiato da provvedimenti in tema di navigazione emanati a partire dal 1651 (Navigation Acts), con i quali per un verso si imponeva alle colonie di esportare determinati prodotti unicamente verso l'Inghilterra o altre parti dell'Impero inglese, e per un altro si disponeva che i prodotti destinati alle colonie dovessero necessariamente provenire dal porto di Londra ed essere trasportati su navi inglesi¹⁴.

Proprio la volontà della madrepatria di mantenere in vita un simile schema finì per determinare crescenti frizioni con le colonie, oltretutto intente a sviluppare il proprio sistema di autogoverno e dunque ad acquisire crescente consapevolezza circa i propri interessi¹⁵.

Cominciamo dal primo aspetto, ovvero dal sistema di autogoverno delle colonie, che possiamo grosso modo ricondurre a uno schema comune in massima parte ricalcato sul modello della madrepatria. Gli interessi di quest'ultima erano curati da un Governatore (*Governor*), che veniva di norma nominato: dalla Corona se la colonia era ad essa direttamente riconducibile o dal proprietario nel caso in cui fosse stata fondata per concessione. Il Governatore, a capo del potere esecutivo, era assistito da un Consiglio di sua nomina (*Governor's council*), il quale svolgeva le funzioni di camera alta del potere legislativo¹⁶.

Dal canto loro i coloni, o meglio coloro i quali appartenevano alle *élite*, esprimevano assemblee elettive a cui furono dati nomi diversi: Camera dei delegati (*House of delegates*), o Camera degli eletti della municipalità (*House of burgesses*) o ancora Assemblea degli uomini liberi (*Assembly of freemen*). Avevano il compito di riunirsi di norma una volta all'anno per approvare il bilancio pubblico, e con ciò il sostentamento e l'equipaggiamento delle milizie, e soprattutto i tributi: questa almeno era la funzione che rivendicavano in attuazione del celebre motto per cui «non vi può essere tassazione senza rappresentanza» (*no taxation without representation*). Potevano anche riunirsi con altre finalità su convocazione del Governatore e inoltre proporre leggi, che dovevano però essere approvate dal Consiglio nella menzionata funzione di camera alta¹⁷.

¹³ Già G. FRISELLA VELLA, *Indipendenza economica nell'interdipendenza del sistema economico*, in *Giornale degli economisti e annali di economia*, 1966, p. 1145 s.

¹⁴ Ad es. O.M. DICKERSON, *The Navigation Acts and the American Revolution*, Philadelphia PA, 1951.

¹⁵ Ad es. O. BERGAMINI, *Storia degli Stati Uniti*, cit., p. 16 s.

¹⁶ Cfr. A.B. KEITH, *Constitutional History of the First British Empire*, Oxford, 1930, p. 187 ss.

¹⁷ M.A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 17 s.

La funzione giurisdizionale non era chiaramente distinta da quelle legislativa o esecutiva, con le quali era spesso confusa¹⁸. Il tutto nell'ambito di un sistema nel quale la figura del giurista tecnocrate detentore di un sapere specialistico, caratteristica dell'esperienza giuridica occidentale e dunque comune agli ordinamenti di *common law* e *civil law*, si trovava ancora allo stato embrionale¹⁹.

Proprio la rivendicazione di una competenza in materia di tributi fu alla base degli eventi che portarono alla Dichiarazione di indipendenza. Il catalizzatore fu una serie di provvedimenti successivi alla conclusione della Guerra dei sette anni (1756-1763), che aveva portato la Gran Bretagna a sconfiggere la Francia e dunque a rafforzare il proprio impero, ma anche a vivere un momento di particolari ristrettezze dovute ai costi del conflitto. Con ostilità furono accolti, tra gli altri, lo Sugar Act del 1764, relativo a una tassa su prodotti quali lo zucchero, il caffè e il vino, e lo Stamp Act del 1765, con cui si imponeva un contributo per qualsiasi pubblicazione a stampa stabilendo che la carta doveva provenire dalla Gran Bretagna e recare una marca da bollo²⁰.

Particolarmente urticanti furono percepiti una serie di provvedimenti emanati a partire dal 1767 e concepiti dal Cancelliere dello Scacchiere, ovvero dal Ministro delle finanze, del quale prendono il nome: i Townshend Acts. Questi non solo mirarono a incrementare le entrate della madrepatria, ma anche e soprattutto a rafforzare l'apparato burocratico e sanzionatorio volto ad assicurare il gettito fiscale²¹.

Non comportava un incremento della pressione fiscale, e tuttavia produsse ripercussioni negative sui commercianti delle colonie, un provvedimento i cui effetti ebbero un posto di primo piano nell'iconografia della Guerra di indipendenza. Il riferimento è al Tea Act del 1773, che azzerò le imposte sul tè dovute dalla Compagnia delle Indie per la sua esportazione nelle colonie americane e le consentì inoltre di venderlo direttamente al dettaglio. Questa misura, concepita per alleviare le difficoltà finanziarie in cui versava la Compagnia, la rese particolarmente competitiva rispetto ai commercianti delle colonie, i quali erano tenuti a importare il tè dalla madrepatria e a corrispondere le relative imposte. Di qui una serie di proteste e azioni dimostrative, la più clamorosa delle quali passò alla storia con il nome di *Boston tea party*: la celeberrima azione con la quale il 16 dicembre del 1773 un gruppo di coloni travestiti da nativi si introdusse su una nave della Compagnia ancorata nel porto della cittadina del Massachusetts e gettò in mare il suo carico di tè.

¹⁸ L.W. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano* (1975), Milano, 1995, p. 35 ss.

¹⁹ L. SERAFINELLI, *U.S. Law Schools. Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti*, Milano, 2023, p. 1 ss.

²⁰ Ad es. E.S. MORGAN, H.S. MORGAN, *The Stamp Act Crisis: Prologue to Revolution*, 7^a ed., Chapel Hill NC, 1995, p. 21 ss.

²¹ Per tutti R.J. CHAFFIN, *The Townshend Acts of 1767*, in *27 William and Mary Quarterly*, 1970, p. 90 ss.

La Gran Bretagna reagì con una serie di provvedimenti, chiamati in patria «atti coercitivi» (Coercitive Acts) e nelle colonie «atti intollerabili» (Intolerable Acts). Con essi si decise innanzi tutto di chiudere il porto di Boston fino a quando la Compagnia delle Indie non fosse stata risarcita. Si sospese poi il carattere elettivo dell'assemblea coloniale del Massachusetts e si conferirono infine poteri eccezionali al Governatore²².

A loro volta i coloni diedero vita a Comitati di corrispondenza locali (*Committee of correspondence*), incaricati di diffondere le ragioni della sollevazione contro la madrepatria, di informare circa le iniziative di quest'ultima e di pianificare e propagandare azioni di resistenza. Per coordinare l'attività dei Comitati e delle assemblee elettive, tra il 5 settembre e il 26 ottobre del 1774 si riunì a Filadelfia il Primo congresso continentale con la partecipazione di rappresentanti di tutte le colonie tranne la Georgia. Questi affermarono l'autonomia amministrativa dei territori oltreoceano e inoltre chiamarono al boicottaggio di tutte le merci provenienti dalla madrepatria fino a quando le autorità britanniche non avessero rivisto le loro decisioni. Il 19 aprile 1775 vi fu una prima decisiva confrontazione militare fra le truppe della madrepatria e i coloni, che nella battaglia di Lexington prevalsero sulle prime dando formalmente avvio alla Guerra di indipendenza. Seguì la riunione del Secondo congresso continentale con la partecipazione di rappresentanti di tutte le colonie, che venne costituito il 10 maggio 1775 e operò come governo nazionale di fatto. Fu in quella sede che esse vennero invitate a dotarsi di architetture istituzionali di matrice repubblicana e dunque a costituire governi indipendenti, e che il 4 luglio 1776 venne votata la Dichiarazione di indipendenza.

Gli storici si sono interrogati a lungo sul carattere rivoluzionario di questo atto, ovvero se fosse lecito definire la Guerra di indipendenza come Rivoluzione americana. A ben vedere il confronto su questi temi si è sviluppato sullo sfondo di una risalente polemica attorno alla Rivoluzione francese, di cui si sono volute sottolineare le differenze rispetto alla sollevazione statunitense in chiave conservatrice e al limite reazionaria. Paradigmatico nel merito quanto osservato da Edmund Burke, che per un verso sosteneva le ragioni della sollevazione nel Nuovo mondo in quanto moto rispettoso dell'autorità, e per un altro condannava la Rivoluzione francese in quanto volta a sovvertire l'ordine costituito²³.

Evidentemente la riflessione sul senso degli eventi che hanno condotto all'indipendenza degli Stati Uniti deve essere epurata da simili incrostazioni, e in ultima analisi muovere dal significato del concetto di rivoluzione. Questo allude invero a un rovesciamento che difficilmente può essere ritenuto tale se non coinvolge in modo determinante le strutture sociali ed economiche, ovvero se non coinvolge il modo di essere dell'ordine politico e dell'ordine economico, e

²² Cfr. M.A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 44 ss.

²³ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France* (1790), New Haven CT, 2003.

come riflesso la geografia della classe dirigente²⁴.

Da un simile punto di vista non si fa fatica a riconoscere che la Guerra di indipendenza ha inteso produrre mutamenti significativi sul piano dell'ordine politico e dell'ordine economico. Del resto la Guerra dei sette anni era stata combattuta anche sul suolo americano e aveva incrementato i livelli di povertà e disoccupazione. Si erano con ciò alimentate le aspettative di misure perequative volte a redistribuire una ricchezza sempre più concentrata nelle mani di pochi, tanto che nei luoghi dove gli indipendentisti erano più riottosi si respirava un clima di «rabbia di classe»²⁵.

Queste aspettative vennero però tradite dai protagonisti della vita politica ed economica delle colonie, che avevano oramai formato una consolidata classe dirigente composta come sappiamo da mercanti al nord e possidenti terrieri al sud, determinata a impedire alla Guerra di indipendenza di trasformarsi in una occasione per ridefinire l'ordine politico e l'ordine economico di cui erano garanti. L'aristocrazia coloniale mantenne così il controllo degli eventi e poté passare indenne attraverso la Guerra di indipendenza, che da questo punto di vista non può essere accostata a una rivoluzione, se non come operazione retorica volta a occultare le reali ragioni di quel conflitto: consentire all'aristocrazia coloniale di acquisire potere²⁶.

Più precisamente, non di rivoluzione si può parlare con riferimento a un atto volto a elevare la libertà a carattere fondativo dell'esistenza umana, identificandola però con la titolarità di diritti proprietari: una costruzione alla base della questione sociale pronta a scoppiare nel passaggio dal XIX al XX secolo (Cap. 2 n. 1). Il tutto senza nulla togliere a un rilevante prodotto della Guerra di indipendenza come il riconoscimento della sovranità popolare quale fondamento di una comunità politica²⁷, messo in luce nell'incipit della Dichiarazione:

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

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, – That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its

²⁴ Per tutti E. HOBSBAWM, *La rivoluzione*, in *Studi storici*, 1976, p. 5 ss.

²⁵ Soprattutto H. ZINN, *Storia del popolo americano*, cit., p. 47 ss.

²⁶ F. JENNINGS, *The Creation of America: Through Revolution to Empire*, 2^a ed., New York NY, 2012, p. 193.

²⁷ Ad es. O. BERGAMINI, *Storia degli Stati Uniti*, cit., p. 29 ss.

foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.

Certo, la sovranità popolare di cui si parlava doveva combinarsi con il tipo di suffragio ammesso, che per molto tempo sarebbe stato solo quello maschile censitario e soprattutto bianco: non solo i nativi e i neri erano esclusi dalla comunità politica, ma questa sorte toccava anche alle donne. A queste ultime il diritto di voto verrà concesso solamente con il 19° emendamento (1920), mentre un contributo alla causa dei primi deriverà dall'approvazione del 24° emendamento (1964), con il quale si impedisce di subordinare il diritto di voto al «pagamento di una tassa elettorale o altra tassa».

3. Dagli Articoli della Confederazione alla Costituzione degli Stati Uniti d'America

Nella Guerra di indipendenza l'esercito dei coloni, comandato dal futuro primo presidente degli Stati Uniti George Washington, mostrava una netta inferiorità rispetto a quello britannico. Se risultò infine vittorioso, fu solo per gli errori accumulati dal secondo esercito e per le difficoltà legate alla gestione di un conflitto condotto su un territorio decisamente vasto e molto lontano dalla madrepatria. Decisiva fu anche la notevole estensione del conflitto, che finì per trasformarsi in una guerra di quasi tutta l'Europa contro la Gran Bretagna, sebbene condotta per indebolire quest'ultima e non certo per simpatie nei confronti degli indipendentisti. Comunque sia, la pace venne raggiunta in prima battuta attraverso un accordo separato tra Gran Bretagna e Stati Uniti il 30 novembre 1782, che dunque vennero formalmente riconosciuti dalla madrepatria. Seguì il trattato di pace vero e proprio, sottoscritto a Parigi il 3 settembre 1783, oltre che da Gran Bretagna e Stati Uniti, anche da Francia, Olanda e Spagna. In esso venivano stabiliti i confini del nuovo Stato, che si estendeva a nord fino ai Grandi laghi, a sud fino alla Florida ceduta agli spagnoli e a ovest sino al Mississippi²⁸.

Come abbiamo detto, nel corso della Guerra, il Secondo congresso assolve di fatto alle funzioni di governo degli Stati Uniti, e lo fece, oltre che per tutte le questioni legate alle operazioni militari, anche per la costruzione dell'architettura istituzionale della nuova entità politica. Di qui, anche al fine di impedire che il conflitto si trasformasse in un atto rivoluzionario volto a rovesciare l'aristocrazia coloniale, l'invito a emanare costituzioni statali allo scopo di riconoscere, ma anche disciplinare la sovranità popolare: invito che tra il 1776 e il 1780 venne raccolto da tutte le nuove entità statuali tranne Connecticut e Rhode Island. Il risultato furono costituzioni che, «lungi dall'essere democratiche», intendevano innanzi tutto codificare il principio per cui «i diritti politici dovevano essere li-

²⁸ Per tutti A. TESTI, *La formazione degli Stati Uniti*, cit., p. 81 ss.

mitati ai soli proprietari». E che in tale prospettiva vennero in massima parte confezionate in assenza di uno specifico mandato da parte dell'elettorato, il quale neppure ebbe voce in capitolo nella loro approvazione²⁹.

Come la futura Costituzione degli Stati Uniti, anche quelle statali si occupavano della sola architettura istituzionale e non anche di diritti fondamentali. Diversamente dalla prima, le seconde, che pure ricalcavano in buona sostanza i modelli coloniali, miravano se non altro a presidiare la centralità del potere legislativo e con ciò a interpretare la tripartizione dei poteri così come sarà concepita nell'Europa continentale. Qui la tripartizione non verrà realizzata in forme tali da consentire un reciproco bilanciamento dei poteri, quindi valorizzando il noto schema prefigurato da Montesquieu, bensì ricorrendo a una sua combinazione con le teorie di Jean-Jacques Rousseau. Quest'ultimo riteneva che il potere legislativo, in quanto più vicino alla sovranità popolare, fosse superiore agli altri poteri, considerati in qualche modo delegati³⁰. Per questo nei sistemi di *civil law*, diversamente dai sistemi di *common law*, si rifiuta l'idea che i poteri siano collocati sullo stesso piano e siano chiamati a limitarsi a vicenda. Per questo i primi sistemi, diversamente dai secondi, attenuano la contrapposizione tra potere legislativo e potere esecutivo, entrambi considerati articolazioni di un meccanismo volto a consentire alla volontà popolare di esprimersi³¹.

Mentre invitava gli Stati ad attivarsi nel senso indicato, il Secondo congresso si dedicò alla redazione di una costituzione per la nuova comunità politica, e a tal fine il 12 giugno 1776 nominò una commissione composta da un membro per ciascuno Stato, il cui protagonista fu il delegato della Pennsylvania John Dickinson: avvocato, ma soprattutto possidente terriero e proprietario di schiavi. Il risultato fu un testo, denominato Articoli della Confederazione e dell'Unione perpetua (*Articles of Confederation and perpetual Union*), approvato dal Congresso il 15 novembre 1776 e volto appunto a istituire tra i nuovi Stati una confederazione: una entità politica il cui baricentro era chiaramente sbilanciato a favore dei primi, tanto che la seconda non avrebbe avuto fondamentali attributi della sovranità come il potere di imporre tributi o di battere moneta. Il tutto sintetizzato in una formula concepita per degradare la menzionata unione a mera «stabile lega di amicizia» tra gli Stati fondatori, e comunque a edificarla come entità priva di una autonoma identità (art. 3):

The said states hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defence, the security of their Liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretence whatever.

²⁹ Cfr. M.A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 61.

³⁰ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Milano, 1965, pp. 29 ss. e 40 s.

³¹ Ad es. P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma, Bari, 2005, p. 41 ss.

Pur connotati nel senso indicato, gli Articoli della Confederazione ebbero problemi a essere ratificati dai diversi Stati gelosi della loro indipendenza, tanto che poterono entrare in vigore solo il 1° marzo 1781. Come organo confederale il testo indicava il Congresso, o più precisamente «gli Stati Uniti riuniti in Congresso», attribuendogli tuttavia poteri estremamente limitati, tra i quali spiccava quello di dichiarare la guerra e di concludere accordi di pace (art. 9). Nessuno stupore dunque se gli anni successivi, caratterizzati dall'espansione verso ovest e dunque dalle dinamiche relative alla fondazione di nuovi Stati (Cap. 1 n. 6), furono segnati dalla netta percezione circa l'inadeguatezza di una architettura istituzionale ampiamente deficitaria quanto a compiti attribuiti al suo centro. Di qui la scelta di realizzare una unione più stretta, programma al quale si dedicò una Convenzione riunitasi a Filadelfia tra il 25 maggio e il 17 settembre 1787, a cui vennero inviati rappresentanti da tutti gli Stati tranne il Rhode Island.

Washington fu scelto all'unanimità come presidente della Convenzione, a cui presero parte altre personalità di spicco della vita politica statunitense. Il loro profilo testimoniava la permanente volontà di sviluppare la Rivoluzione americana nel senso cui abbiamo fatto riferimento riflettendo sul significato di una simile scelta lessicale: come vicenda in ultima analisi allineata ai desiderata dell'aristocrazia coloniale. Resistente era anche la volontà di attuare la tripartizione dei poteri nell'ambito di un articolato meccanismo di pesi e contrappesi (*checks and balances*), nel solco di quanto abbiamo visto essere il modo di concepire la tripartizione dei poteri nel mondo di *common law*. Invero, se per un verso si voleva estendere il raggio di azione del livello centrale, per un altro occorreva evitare di renderlo una eccessiva minaccia per le prerogative statali³²; occorreva impedire che il legislatore nazionale venisse percepito come un potere tendenzialmente privo di limitazioni. Di qui l'accusa al risultato finale dei lavori della Convenzione di costituire in ultima analisi un testo «contro-rivoluzionario»³³.

Controversie si registrarono invero attorno ad aspetti rilevanti per la qualificazione del modello di federalismo da adottare. Qui era in gioco l'equilibrio tra Federazione e Stati federati, o più precisamente tra governo nazionale e Stati federati, che si è voluto risolvere assecondando le necessità della prima senza tuttavia mortificare le prerogative dei secondi: con un federalismo duale e non anche cooperativo³⁴, che nel corso del tempo sarà al centro di aspri conflitti risolti ora facendo prevalere le regioni dell'accentramento, ora quelle del decentramento dei poteri (Cap. 5 n. 1).

Le soluzioni individuate condussero non alla revisione degli Articoli della Confederazione, come previsto dal mandato conferito alla Convenzione, bensì a

³² Già C.A. BEARD, *The Economic Basis of Politics* (1922), New York NY, 1957, p. 135 ss.

³³ M.J. KLARMAN, *The Framers' Coup: The Making of the United States Constitution*, New York NY, Oxford, 2016, p. x.

³⁴ Da ultimo C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America. Una introduzione*, Torino, 2022, p. 119 ss.

un nuovo testo che segnò l'abbandono di una architettura istituzionale di tipo confederale e l'approdo a una di matrice federale: la Costituzione degli Stati Uniti d'America. Questa entrò in vigore il 21 giugno 1788, quando si realizzò la condizione esplicitata nel testo, ovvero la ratifica da parte di almeno nove dei tredici Stati (art. vii). Tra gli Stati più in bilico si segnala New York, che in effetti fu l'undicesimo a ratificare, anche grazie all'opera di persuasione rappresentata da una serie di articoli pubblicati sotto lo pseudonimo di Publius, in verità dovuti ad Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Questi articoli vennero poi raccolti e ripubblicati in un volume considerato «una incomparabile esposizione della Costituzione»³⁵, per il quale venne scelto un titolo evocativo della architettura istituzionale che i tre autori volevano per la nuova comunità politica: «il federalista»³⁶.

La Costituzione si apre con un articolo dedicato al Congresso, titolare del potere legislativo federale, nel quale si identifica tra l'altro il nucleo delle competenze sottratte agli Stati (art. i). Spiccano tra queste il potere tributario e di bilancio, il potere di contrarre debiti per la federazione, il potere di battere moneta e il potere di dichiarare guerra. Tra le competenze rientra anche quella in materia di commercio estero e infrastatale (*commerce clause*), nel tempo utilizzata per estendere il raggio di azione del livello federale in vicende sovente esorbitanti rispetto all'ambito identificato dalla disposizione costituzionale: avremo modo di verificarlo in più occasioni. Da sottolineare anche le prerogative del Congresso relative alla messa in stato di accusa, deliberata dalla Camera dei rappresentanti, e alla rimozione del Presidente, del Vicepresidente e di «tutti i funzionari civili degli Stati Uniti», pronunciata dal Senato nei casi di «tradimento, corruzione e altri gravi crimini e misfatti» (*impeachment*).

Lo stesso articolo precisa poi che il Congresso si compone del Senato, dove siedono due senatori per ciascuno Stato a prescindere dalla consistenza della sua popolazione³⁷, e della Camera dei rappresentanti, i quali sono invece eletti in rapporto al numero degli abitanti. Fu la soluzione di compromesso elaborata per mediare tra il piano federalista della Virginia e quello statalista del New Jersey: il primo volto a istituire un parlamento bicamerale il cui numero dei membri era proporzionale al numero degli abitanti, e il secondo un parlamento monocamerale nel quale riconoscere il medesimo peso a ciascuno Stato federato. Il tutto completato da un ulteriore compromesso relativo al peso da attribuire agli schiavi, che non possedevano lo status di cittadini e dunque a rigore non avrebbero dovuto pesare nel calcolo della popolazione, e che tuttavia si decise di considerare nella misura di tre quinti di una persona libera (Cap. 4 n. 5).

³⁵ R.B. MORRIS, *The Forging of the Union 1781-1789*, New York NY, 1987, p. 309.

³⁶ *The Federalist: A Collection of Essays, Written in Favour of the New Constitution, as Agreed upon by the Federal Convention, September 17, 1787*, New York, 1788.

³⁷ I senatori, inizialmente designati dai parlamenti statali, sono eletti direttamente dal 1912 (17° emendamento).

Segue un articolo dedicato al potere esecutivo federale, e quindi innanzi tutto al Presidente degli Stati Uniti: capo dello Stato, direttamente investito della funzione esecutiva, in carica per quattro anni (art. ii)³⁸. Viene indicato con una elezione di secondo grado da un collegio di grandi elettori individuati a livello statale, in un numero pari alla somma dei rappresentanti e dei senatori. Tra le prerogative presidenziali contemplate dalla Costituzione si segnalano quelle relative alla sua collocazione al vertice dell'esercito e della marina, il potere di concludere trattati internazionali e di nominare i membri del Giudiziario, gli ambasciatori, i diplomatici e gli altri titolari di cariche pubbliche la cui nomina non sia altrimenti disciplinata. Da sottolineare anche la «informativa sullo stato dell'Unione», con la quale il Presidente esercita una sorta di potere legislativo indiretto: individua fra l'altro i provvedimenti di cui solleciterà l'adozione e che saranno formalmente presentati dai parlamentari della sua maggioranza³⁹. Il tutto mentre è altresì titolare di un potere di veto, che discende dalla previsione per cui «ogni progetto di legge che sia stato approvato dalla Camera dei Rappresentanti e dal Senato dovrà, prima di diventare legge, essere presentato al Presidente degli Stati Uniti». Questi potrà infatti decidere di non approvarlo e di rinviarlo al Congresso, che a sua volta potrà tuttavia superare il veto riapprovando il progetto di legge con una maggioranza dei due terzi (art. i).

Nulla viene invece previsto dalla Costituzione in ordine al governo, oltre la mera previsione che il Presidente «può chiedere l'opinione scritta del principale funzionario in ciascuno dei dipartimenti esecutivi su qualsiasi oggetto che attenga ai doveri dei rispettivi uffici». L'assetto attuale è dunque il frutto di una prassi consolidata per cui a capo dei vari dipartimenti, ovvero ministeri, sono collocati dei segretari, ovvero ministri, la cui sorte è in tutto e per tutto legata alle determinazioni del Presidente, che li nomina e li allontana a sua discrezione. Lo stesso non vale tuttavia per il complesso delle autorità amministrative indipendenti, che negli Stati Uniti ha assunto dimensioni particolarmente ragguardevoli soprattutto nel governo dell'economia, le quali hanno nel tempo costituito un vero e proprio potere a sé stante⁴⁰.

La disposizione dedicata al potere giudiziario federale si apre con l'indicazione della sua articolazione, comprendente la Corte suprema e «quelle corti di grado inferiore che il Congresso potrà di quando in quando istituire e organizzare»: per il primo grado le corti distrettuali (*district court*) e per il secondo inizialmente le corti di circuito (*circuit court*) e successivamente le corti d'appello (*court of appeal*)⁴¹. Si precisa poi che i giudici federali rimarranno in carica a vita

³⁸ Dal 1951 è ammessa una sola rielezione (22° emendamento).

³⁹ Per tutti L. STROPPIANA, *Stati Uniti*, 2ª ed., Bologna, 2013, p. 45 s.

⁴⁰ Ad es. M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma, Bari, 2009, pp. 142 e 146 ss.

⁴¹ Per tutti J. BUCHMAN, *Judicial Lobbying and the Politics of Judicial Structure: An Examination of the Judiciary Act of 1925*, in *24 Justice System Journal*, 2003, p. 1 ss.

«fino a quando terranno una buona condotta» (*during good behaviour*), e che riceveranno un compenso non passibile di essere ridotto durante quel periodo: due espedienti con cui promuovere la loro indipendenza, ovvero bilanciare il peso del Presidente e del Senato, incaricati rispettivamente di nominarli e di confermarli⁴².

Segue l'indicazione delle competenze della Corte suprema, e innanzi tutto delle controversie per le quali «giudicherà in primo e unico grado» (*original jurisdiction*): tutte quelle «che riguardino ambasciatori, altri rappresentanti diplomatici e consoli, e in quelli in cui uno Stato sia parte in causa». La Corte ha invece competenza in appello (*appellate jurisdiction*) in particolare nelle controversie in cui si applica la Costituzione o una legge federale (*federal question jurisdiction*) e in quelle sorte tra cittadini di Stati diversi dell'Unione (*diversity jurisdiction*) (art. iii). Detto questo, ci troviamo di fronte a un attore istituzionale di primo piano, sul cui funzionamento e il cui ruolo avremo modo di tornare diffusamente (Cap. 1 n. 7).

4. Repubblica vs democrazia

Si è detto che gli autori della Costituzione hanno inteso preservare l'assetto di potere rappresentato dall'aristocrazia coloniale, e comunque concepire la propria opera in linea con quanto abbiamo precisato a proposito della Guerra di indipendenza. Si tratta in effetti di personalità con un profilo del tutto assimilabile: quasi tutti avevano fatto parte del governo delle colonie o degli Stati, non di rado nel ruolo di Governatori. Circa la metà di loro aveva inoltre ricevuto una educazione da giuristi o svolto professioni legali, mentre diversi tra loro erano mercanti, armatori, avvocati, banchieri e soprattutto possidenti terrieri e proprietari di schiavi⁴³.

Sappiamo che proprio su questo aspetto si fonda la conclusione per cui le colonie un tempo appartenute all'Impero inglese hanno preso parte a una Guerra di indipendenza, e questa non può essere descritta in termini di rivoluzione. Di più: secondo alcuni quella Guerra non ha mirato ad altro che riprodurre le stesse dinamiche di quell'impero, ovvero a edificare un nuovo sistema di potere e oltretutto a farlo fondandolo sull'annientamento dei nativi e lo sfruttamento dei neri. Precisamente:

As a federal republic, the United States was formed by partnership of thirteen colonies cloned from the British empire. All of them had been founded as enterprises to

⁴² L'opportunità del primo espediente è da tempo messa in discussione: ad es. R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, in 95 *California Law Review*, 2007, p. 1313 ss.

⁴³ Per tutti R. BEEMAN, *Plain, Honest Man. The Making of the American Constitution*, New York NY, 2009, p. 65 ss.

conquer the peoples previously occupying North American land, and all were intended to size and repopulate the land. Part of the new population was brought in duress as slaves from Africa.

At a given point in growth, the most powerful colonials chafed against ultimate rule from Britain and determined to break free from the British empire in order to establish their own empire. They proclaimed much war propaganda about resisting slavery and demanding liberty, but the issue was power – whether ultimate power should rest in Britain or among the ruling classes in the colonies⁴⁴.

Stando così le cose, non stupisce se quanto i più considerano una rivoluzione non viene ritenuta tale da chi sottolinea come i combattenti per l'indipendenza fossero ostili nei confronti della partecipazione democratica, o similmente mossi da una «profonda sfiducia verso il popolo»⁴⁵. Questo è invero capace di determinare mutamenti radicali nell'assetto di potere, ovvero esattamente ciò che quei combattenti, interessati innanzi tutto alla libertà⁴⁶, intendevano evitare. O che erano eventualmente disposti a riconoscere unicamente sotto forma di «democrazia del popolo egemone» (*Herrenvolk democracy*)⁴⁷, ovvero di autogoverno rivendicato da una classe dirigente indisponibile a mettersi in discussione, anche al prezzo di fondare la propria posizione sul razzismo: sia quello volto a segregare il diverso, sia quello teso ad annientarlo. Il tutto nel segno di una sostanziale sfiducia nella partecipazione democratica, ovvero nella capacità della maggioranza di provvedere alla cosa pubblica⁴⁸.

A ben vedere l'avversione verso la partecipazione democratica emerge anche dalla riflessione sul federalismo come fondamento dell'architettura istituzionale statunitense, o almeno questo si ricava dalla pubblicazione che sappiamo essere ritenuta la più autorevole esposizione del testo costituzionale. Lì si tracciava una distinzione tra democrazia e repubblica e si considerava la prima come il sistema attraverso il quale si alimentava lo scontro tra fazioni, tanto che i «governi popolari» finivano per ridursi a «forme corrotte del vivere politico» nelle quali imperavano «la mancanza di stabilità, l'ingiustizia, e la confusione». Al contrario, la repubblica consisteva nella «mediazione di un corpo scelto di cittadini la cui provata saggezza può meglio discernere l'interesse effettivo del proprio paese», e costituiva così lo strumento con cui «affinare e allargare la visione dell'opinione pubblica»:

Among the numerous advantages promised by a well-constructed Union, none deserves to be more accurately developed than its tendency to break and control the vio-

⁴⁴ F. JENNINGS, *The Creation of America*, cit., p. 315.

⁴⁵ M.J. KLARMAN, *The Framers' Coup*, cit., p. 599 ss.

⁴⁶ Ad es. O. BERGAMINI, *Storia degli Stati Uniti*, cit., p. 30.

⁴⁷ F. JENNINGS, *The Creation of America*, cit., p. 194.

⁴⁸ M.A. HAMILTON, *Republican Democracy Is Not Democracy*, in 26 *Cardozo Law Review*, 2005, p. 2529 ss.

lence of faction. The friend of popular governments never finds himself so much alarmed for their character and fate, as when he contemplates their propensity to this dangerous vice... The instability, injustice, and confusion introduced into the public councils, have, in truth, been the mortal diseases under which popular governments have everywhere perished... Hence it is that such democracies have ever been spectacles of turbulence and contention; have ever been found incompatible with personal security or the rights of property; and have in general been as short in their lives as they have been violent in their deaths. Theoretic politicians, who have patronized this species of government, have erroneously supposed that by reducing mankind to a perfect equality in their political rights, they would, at the same time, be perfectly equalized and assimilated in their possessions, their opinions, and their passions ...

The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and greater sphere of country, over which the latter may be extended. The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country, and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations⁴⁹.

Il buon funzionamento della repubblica richiedeva tuttavia un contesto federale, tanto più efficace quanto più vasto sarebbe stato il suo territorio di riferimento⁵⁰. Il federalismo era insomma valorizzato nella sua essenza di vincolo esterno, tale in quanto capace di prevenire i conflitti tra Stati ma anche e soprattutto il conflitto sociale: di neutralizzare il conflitto redistributivo o se si preferisce di pacificare l'arena economica.

Da un simile punto di vista, è significativo che nel medesimo testo in cui si traccia la distinzione tra democrazia e repubblica si indichi come «prima cura di ogni governo» la salvaguardia delle «qualità intrinseche di ciascun uomo» e con esse della «fonte dei diritti di proprietà». Abbiamo con ciò una ulteriore conferma che per i rivoluzionari americani il fine ultimo delle comunità politiche non era la promozione della partecipazione democratica, e neppure dei diritti in genere⁵¹, bensì la salvaguardia delle libertà fondative dell'ordine proprietario (Cap. 1 n. 2). Una libertà da preservare attraverso la spoliticizzazione dell'ordine economico, risultato cui in ultima analisi mira l'esaltazione della libertà, o meglio la volontà di metterla al riparo dall'esito del conflitto redistributivo.

⁴⁹ *Federalist Papers*, n. 10 (J. MADISON, *The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*).

⁵⁰ Ad es. F. MIONI, *James Madison tra federalismo e repubblicanesimo*, in *Il Politico*, 1991, p. 669 s.

⁵¹ S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica* (1996), Bologna, 2003, p. 127.

5. Gli emendamenti alla Costituzione: in particolare il *bill of rights* e il *second bill of rights*

Un articolo della Costituzione degli Stati Uniti d'America prevede la possibilità che essa sia emendata sulla base di due distinte procedure aggravate. La prima viene iniziata dal Congresso il quale formula la proposta di emendamento su richiesta di almeno due terzi di ciascuna camera, approvata qualora sia ratificata da almeno tre quarti dei parlamenti statali. La seconda procedura si avvia invece su stimolo di almeno due terzi dei parlamenti statali, i quali chiedono al Congresso di convocare una apposita convenzione a livello federale, le cui deliberazioni devono poi essere approvate da convenzioni statali, anche qui nella misura di almeno tre quarti di esse (art. v).

I primi emendamenti seguirono di poco l'entrata in vigore della Costituzione e vollero porre rimedio a una sua evidente lacuna: essa si occupa dell'architettura istituzionale della federazione, ma non dice nulla sui diritti fondamentali dei suoi cittadini. In effetti, all'epoca in cui la Convenzione era impegnata nella redazione del testo, si pensava non fosse necessario: si riteneva che le carte dei diritti fossero il risultato di una negoziazione con un sovrano, in questo caso superflua alla luce della circostanza che sovrano era il popolo, e che questo non avrebbe avuto bisogno di delimitare un proprio spazio sottratto all'arbitrio del potere politico. Una simile delimitazione avrebbe potuto anzi produrre l'effetto contrario, ovvero condurre prima o poi a sollecitare l'arbitrio del potere politico:

It has been several times truly remarked that bills of rights are, in their origin, stipulations between kings and their subjects, abridgements of prerogative in favor of privilege, reservations of rights not surrendered to the prince... It is evident, therefore, that, according to their primitive signification, they have no application to constitutions professedly founded upon the power of the people, and executed by their immediate representatives and servants. Here, in strictness, the people surrender nothing; and as they retain every thing they have no need of particular reservations...

I go further, and affirm that bills of rights, in the sense and to the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed Constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers not granted; and, on this very account, would afford a colorable pretext to claim more than were granted. For why declare that things shall not be done which there is no power to do? Why, for instance, should it be said that the liberty of the press shall not be restrained, when no power is given by which restrictions may be imposed? I will not contend that such a provision would confer a regulating power; but it is evident that it would furnish, to men disposed to usurp, a plausible pretense for claiming that power. They might urge with a semblance of reason, that the Constitution ought not to be charged with the absurdity of providing against the abuse of an authority which was not given, and that the provision against restraining the liberty of the press afforded a clear implication, that a

power to prescribe proper regulations concerning it was intended to be vested in the national government⁵².

Se una simile impostazione venne presto abbandonata, fu per rispondere alle obiezioni dei critici del federalismo, preoccupati delle violazioni della sfera individuale che potevano derivare dall'azione del governo federale. È questa l'origine dei primi dodici emendamenti alla Costituzione, che il Congresso approvò il 25 settembre 1789 e inviò agli Stati per la loro ratifica.

Il primo, contenente una formula con cui determinare il numero dei membri della Camera dei rappresentanti, non fu mai ratificato da un numero sufficiente di Stati⁵³. Il secondo venne ratificato solo nel 1992 come 27° emendamento, per il quale le leggi modificative del compenso dei membri del Congresso possono avere effetto solo in seguito alla successiva elezione della Camera dei rappresentanti. Furono invece ratificati il 15 dicembre 1791 gli emendamenti dal terzo al dodicesimo, che divennero i primi dieci emendamenti alla Costituzione, noti come *bill of rights*: carta dei diritti.

Della maggior parte di essi parleremo diffusamente e in più occasioni nel corso del volume. Qui forniremo solo una prima panoramica volta in ultima analisi a evidenziare il loro significato complessivo, come abbiamo detto relativo alla volontà di presidiare una sfera individuale che si riteneva potesse essere insidiata dal potere federale. Madison, autore degli emendamenti, avrebbe voluto che la protezione assicurata dalla carta dei diritti fosse invocabile anche contro l'esercizio dei poteri statuali, ma il Congresso rigettò questa opzione e con essa l'ispirazione giusnaturalistica di cui era espressione⁵⁴.

Il *bill of rights* si apre con la solenne proclamazione della libertà religiosa, e in particolare con la sua difesa da possibili azioni del legislatore federale, il quale «non potrà fare alcuna legge che stabilisca una religione di Stato o che proibisca il libero esercizio di una religione». Segue analogo divieto con riferimento alle leggi passibili di limitare la libertà di parola o di stampa, o il diritto di riunione e «di rivolgere petizioni al governo per la riparazione di torti» (1° emendamento) (Cap. 6 n. 1). Proprio in materia di libertà religiosa, all'epoca le maggiori minacce derivavano però dal livello statale, in particolare nelle ex colonie a maggioranza puritana: il Connecticut, il Massachusetts e il New Hampshire si distinsero per l'intolleranza verso i credi minoritari⁵⁵, e sino ai primi decenni dell'Ottocento si caratterizzarono per una notevole confusione tra sfera pubblica e sfera religiosa. Tanto da identificare una Chiesa di Stato, anche e soprattutto per le-

⁵² *Federalist Papers*, n. 84 (A. HAMILTON, *Certain General and Miscellaneous Objections to the Constitution Considered and Answered*).

⁵³ A.R. AMAR, *The Bill of Rights as a Constitution*, in 100 *Yale Law Journal*, 1991, p. 1137 ss.

⁵⁴ Per tutti U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di common law*, 5ª ed., Torino, 2018, p. 123 s.

⁵⁵ A. TESTI, *La formazione degli Stati Uniti*, cit., p. 24.