

# RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



*Rivista* *Quadrimestrale*  
**1/2021**

# *Rivista di diritti comparati*

*Rivista quadrimestrale*

*Anno V – N. 1/2021*

## DIREZIONE

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

## COMITATO SCIENTIFICO

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

## REDAZIONE

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

## SOMMARIO

### Saggi

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

[pp. 1 - 94]

### Note e commenti

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

[pp. 95 - 116]

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

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

[pp. 118 - 122]

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

[pp. 123 - 143]

PAOLA PERSANO, *Thomas Jefferson: un repubblicanesimo “generazionale”*

[pp. 144 - 152]

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

[pp. 153 - 167]

CHIARA BOLOGNA, *Jefferson e la separazione del potere*

[pp. 168 - 187]

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

[pp. 188 - 207]

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

[pp. 208 - 230]

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

[pp. 231 - 242]

GIUSEPPE MARTINICO, *Il federalismo di Thomas Jefferson*

[pp. 243 - 271]

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

[pp. 272 - 296]

## Recensioni e letture critiche

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

[pp. 297 - 307]

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

[pp. 308 - 315]

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

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

**Coordinatore Editoriale:** Serenella Quari

**Sede:** Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

**ISSN:** 2532-6619

## Jefferson e la separazione del potere\*

*Chiara Bologna*

SOMMARIO: 1. Diritto e potere legislativo: i poteri bilanciati. – 2. Legislativo, esecutivo e giudiziario: i poteri separati. – 3. Separazione verticale del potere e autogoverno: dal federalismo alla *ward republic*.

### 1. *Diritto e potere legislativo: i poteri bilanciati*

La riflessione di Thomas Jefferson sulle pubbliche istituzioni è profondamente influenzata dalla centralità assunta nel suo pensiero dai diritti individuali. Autore della Dichiarazione di Indipendenza, documento solidamente radicato nella teoria giusnaturalista e in particolare nel pensiero di John Locke<sup>1</sup>, il politico della Virginia indicava in quella circostanza come «verità auto-evidenti» che «tutti gli uomini sono creati eguali [...] dotati di certi inalienabili diritti» e che «per garantire questi diritti sono istituiti [...] governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati». La tutela dei diritti è dunque il fine e il limite dei poteri conferiti ai governi ed incide profondamente, nel pensiero di Jefferson, sulla struttura che il potere stesso deve assumere. Nei suoi scritti, tuttavia, le riflessioni sui modelli di governo appaiono frammentarie forse perché, come è stato notato<sup>2</sup>, «frammentari» erano in realtà i principi offerti in materia dallo stesso giusnaturalismo che, se rispetto ai diritti «viene in evidenza anche quanto alla loro individuazione sostantiva», «soccorre» invece con principi «vaghi» circa la struttura costituzionale più idonea a garantirli.

---

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

<sup>1</sup> V. M. White, *The Philosophy of the American Revolution*, New York, 1978, p. 15 ss. e, nella letteratura italiana, L.M. Bassani, *Il pensiero politico di Thomas Jefferson*, Milano, 2002, p. 84 ss. e 94 ss.

<sup>2</sup> G. Florida, *La costituzione dei moderni*, Torino, 1991, p. 68.

Un punto, tuttavia, emerge con chiarezza dagli scritti di Jefferson: la centralità del potere legislativo il cui «vero ufficio è quello di dichiarare e far rispettare solo i nostri diritti naturali e doveri, senza privarci di alcuno di essi»<sup>3</sup>. Il popolo, rappresentato nei parlamenti, è infatti in grado più di chiunque altro di tutelare i propri diritti: «non conosco alcuna sede sicura per il potere ultimo della società se non il popolo stesso e se riteniamo che esso non sia sufficientemente illuminato per poter esercitare il proprio controllo con pieno discernimento, il rimedio non è sottrargli il potere ma renderlo consapevole con l'istruzione»<sup>4</sup>. La tutela dei diritti che è fondamento del potere legislativo è tuttavia di quest'ultimo anche limite poiché, esattamente come nel pensiero di John Locke, i diritti naturali sono indisponibili dalla maggioranza, allontanando (almeno sotto questo profilo) il pensiero jeffersoniano dall'attuale *popular constitutionalism*, che invece considera il contenuto dei diritti oggetto del dibattito politico, accettando che il disaccordo possa legittimamente investire la definizione ed interpretazione dei diritti stessi<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> *From Thomas Jefferson to Francis W. Gilmer*, 7 June 1816 (trad. nostra) (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>).

<sup>4</sup> *From Thomas Jefferson to William Charles Jarvis*, 28 September 1820 (trad. nostra) (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>). Per un altro richiamo alla centralità dell'istruzione del popolo per un buon governo vedi la lettera inviata a James Madison del 20 dicembre 1787, nella quale Jefferson auspica che nell'Unione suggellata dalla Costituzione appena approvata a Filadelfia «soprattutto venga curata l'istruzione della gente comune; convinti che sul loro buon senso si possa fare affidamento con la massima sicurezza per preservare un giusto grado di libertà»: vedi *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *Thomas Jefferson. Writings*, New York, 1984, p. 918 (trad. nostra).

<sup>5</sup> In tema vedi M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 740, il quale ricorda come tanto il *popular constitutionalism* statunitense quanto il *political constitutionalism* nel Commonwealth auspichino una reinterpretazione in chiave politica del costituzionalismo contemporaneo, reagendo a quella che viene considerata una eccessiva giuridificazione della vita costituzionale. I due filoni teorici condividono una serie di elementi comuni: «la centralità del principio dell'eguaglianza politica, l'importanza del voto e quindi quella dei partiti, la tutela del dissenso, la capacità dell'agire politico di generare cambiamento sociale a cui si collega un forte scetticismo sul ruolo delle corti» (*ivi*, p. 734). Nella letteratura statunitense cfr. L.

Coerente con tale ruolo del potere legislativo è anche l'idea di rappresentanza che sembra emergere dagli scritti jeffersoniani: non si tratta infatti del modello proposto dalla teoria liberale (tanto dal conservatore Edmund Burke quanto dal rivoluzionario Abate Sieyès), che vedeva nei rappresentanti «un corpo scelto di cittadini» interpreti, per usare le parole di James Madison, dell'«interesse reale del Paese»<sup>6</sup>, ma di una rappresentanza vicina alla teoria democratica di matrice rousseauviana<sup>7</sup>, che esclude il libero mandato e riconosce invece «il diritto di impartire un mandato ai rappresentanti e il loro dovere di rispettarlo»<sup>8</sup>: nel pensiero di Thomas Jefferson il vincolo di mandato «c'è ed è fortissimo» perché i rappresentanti del popolo «sono lì solo per una questione tecnica, la difficoltà di rappresentarsi da se medesimi, e non per decidere in luogo di coloro che li hanno eletti»<sup>9</sup>.

Connessa alla centralità del potere legislativo e ancor di più alla centralità dei diritti naturali, che questo è chiamato a dichiarare e rispettare, è la preoccupazione che Thomas Jefferson esprime nei confronti di un eccessivo accentramento dei poteri negli stessi parlamenti e nella conseguente opportunità che questi si strutturino anche al loro interno in maniera tale che lo «spirito del legislatore» sia «improntato alla moderazione»<sup>10</sup>.

È in quest'ottica, dunque, che da governatore dello Stato della Virginia, nelle *Notes on the State of Virginia*<sup>11</sup>, criticò fortemente la

---

Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004, nonché M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999. In riferimento al contesto italiano v. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, p. 251 ss.

<sup>6</sup> Vedi J. Madison, *Il Federalista n. 10*, in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il Federalista*, trad. it. a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, 1997, p. 85.

<sup>7</sup> In tema vedi ad es. A. Barbera, *Rappresentanza e istituti di democrazia diretta nell'eredità della Rivoluzione francese*, in *Politica del diritto*, 1989, 4, p. 541 ss.

<sup>8</sup> *To John Taylor (The Test of Republicanism)*, May 28 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1391 (trad. nostra).

<sup>9</sup> M. Bassani, *op. cit.*, p. 181.

<sup>10</sup> C.L. Montesquieu, *Lo Spirito delle leggi*, trad. it. a cura di S. Cotta, Torino, 1965, 2 (libro XXIX, capo I), p. 289.

<sup>11</sup> Le *Notes on the State of Virginia*, l'unico volume pubblicato dal teorico e politico statunitense, furono redatte da Thomas Jefferson nel 1781: nel 1779 era

Costituzione vigente nel suo Stato, perché «tutti i poteri», «legislativo, esecutivo e giudiziario», «facevano capo al legislativo», che eleggeva il governatore (annualmente), i componenti dell'esecutivo, così come i giudici di vari gradi. La concentrazione di questi poteri «nelle stesse mani è – secondo Thomas Jefferson – precisamente la definizione del governo dispotico. E non vi sarà sollievo nel fatto che questi poteri siano esercitati da una pluralità di mani, e non da una sola. Centosettantatré despoti saranno sicuramente oppressivi come uno»<sup>12</sup>. Insieme alla concentrazione dei poteri nel legislativo, il governatore Jefferson criticava anche il bicameralismo che la Costituzione della Virginia prevedeva, bicameralismo nel quale, sottolineava, «la formazione del senato» era «troppo omogenea a quella della camera dei delegati. Essendo scelti dagli stessi elettori, nello stesso momento e in riferimento agli stessi temi, la scelta cadrà per forza su uomini dello stesso tipo»<sup>13</sup>. Se poi a ciò si aggiunge che nel disegno costituzionale virginiano la procedura di revisione della costituzione è affidata non a un apposito organo, una «convenzione», ma all'*ordinary legislature*, al parlamento ordinario, il rischio di un *elective despotism*, di un dispotismo elettivo, è, a parere di Thomas Jefferson, concreto<sup>14</sup>.

In queste idee del teorico statunitense, ancor prima del principio montesquieviano della separazione dei poteri, si scorge l'influenza della dottrina del *bilanciamento dei poteri* che aveva interessato molti scrittori politici del XVIII secolo, a partire dallo stesso John Locke alle cui idee Jefferson aderisce incondizionatamente. Tale teoria, come è stato notato, «è completamente fondata sul riconoscimento della supremazia della funzione legislativa» e sul connesso problema che affidare l'intero potere legislativo ad un'unica autorità significherebbe renderla «sovrano assoluto»: ma per evitare questo non è sufficiente ripartire il potere legislativo in più organi; l'«equilibrio permanente» può essere infatti ottenuto solo se gli organi che partecipano alla

---

stato eletto governatore (incarico annuale rinnovabile per un massimo di tre mandati) e in questa veste gli fu chiesto dal Congresso continentale di rispondere a un questionario sul proprio Stato. Il frutto del meticoloso lavoro svolto furono appunto le *Notes*.

<sup>12</sup> Vedi *Notes on the State of Virginia*, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 245 (trad. nostra).

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 244 ss. (trad. nostra).

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 245 ss.



funzione legislativa siano espressione di diverse istanze o di diversi gruppi sociali, e tra questi vi sia una «stabile contrapposizione di interessi»<sup>15</sup>. La teoria del bilanciamento dei poteri, dunque, seppur complementare al principio della separazione dei poteri<sup>16</sup>, si distingue chiaramente da quest'ultimo: nel secondo caso i poteri sono le tre funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria, mentre nel primo l'equilibrio è perseguito all'interno della sola funzione legislativa e i «poteri» sono gli organi tra i quali quest'ultima viene ripartita<sup>17</sup>.

Proprio la preferenza jeffersoniana per il bilanciamento dei poteri determinerà, forse, nel suo giudizio sulla Costituzione approvata a Filadelfia, ricco di critiche al documento, una valutazione sostanzialmente positiva<sup>18</sup> del bicameralismo lì proposto. Questo, infatti, era caratterizzato non solo da due Camere espressione di istanze differenti, la totalità del popolo da un lato e i vari stati membri paritariamente rappresentati dall'altro, ma anche da una seconda Camera che era essa stessa, al suo interno, animata da interessi dialettici, «dalle opposte rivendicazioni dei grandi e dei piccoli stati»<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> M. Troper, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Napoli, 2005, p. 133 ss.

<sup>16</sup> Lo stesso Montesquieu suggeriva che il legislativo fosse diviso in due Camere, così che «l'una terrà a freno l'altra grazie alla reciproca facoltà di impedire»: C.L. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, trad it a cura di S. Cotta, Torino, 1965, 1 (Libro XI, capo VI), p. 282 ss.

<sup>17</sup> M. Troper, *op. cit.*, p. 137.

<sup>18</sup> Critico era Jefferson rispetto all'idoneità della Camera dei rappresentanti, eletta direttamente dai cittadini, a legiferare per l'Unione o in riferimento ai rapporti con Stati stranieri, ma apprezzava che tale Camera, che partecipava alla decisione di fissare nuovi tributi, fosse applicazione del principio *no taxation without representation*: «I like the power given the Legislature to levy taxes, and for that reason solely approve of the greater house being chosen by the people directly. For tho' I think a house chosen by them will be very illy qualified to legislate for the Union, for foreign nations etc. yet this evil does not weigh against the good of preserving inviolate the fundamental principle that the people are not to be taxed but by representatives chosen immediately by themselves»: vedi T. Jefferson, *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 915.

<sup>19</sup> Con queste parole Jefferson si rivolgeva a James Madison: «I am captivated by the compromise of the opposite claims of the great and little states, of the latter to equal, and the former to proportional influences»: *ibidem*. Si ricordi

## 2. Legislativo, esecutivo e giudiziario: i poteri separati

Se negli scritti jeffersoniani è possibile scorgere la teoria del bilanciamento dei poteri, ancor più evidente nella sua elaborazione dottrinale è l'influenza del principio della separazione dei poteri così come elaborato dal barone di Montesquieu nell'*Esprit de Loi*. Il legame tra quest'ultima teoria e quella dell'equilibrio dei poteri compare nell'epistola che Thomas Jefferson scrive a John Adams, affermando che «il primo principio di un buon governo è certamente una distribuzione dei suoi poteri in esecutivo, giudiziario e legislativo insieme ad una suddivisione dell'ultimo in due o tre rami»<sup>20</sup>.

Il modello del *governo moderato* proposto da Montesquieu, basato sulla «dissociazione del potere sovrano» e sulla «sua partizione in base alle tre funzioni fondamentali dello stato»<sup>21</sup>, trova anzi -come è stato notato<sup>22</sup> - la sua prima solenne enunciazione proprio nella

---

che la struttura bicamerale emersa dai lavori della Convenzione fu il frutto del celebre *great compromise*. I delegati, dopo lunghi dibattiti, non avevano accolto l'idea di fondo del c.d. piano del New Jersey, una delle bozze della nuova Costituzione che con alcune varianti riproponeva la struttura confederale. La base della nuova Costituzione fu invece, seppur con notevoli modifiche, il piano della Virginia redatto da James Madison, del quale tuttavia non fu accolta l'opzione più radicale, quella di assegnare ai vari stati membri un numero di rappresentanti, nell'Assemblea legislativa federale, proporzionale alle rispettive popolazioni, come sarebbe avvenuto in uno stato unitario. La soluzione scelta fu appunto un compromesso, in base al quale una delle Camere sarebbe stata composta in modo da rispecchiare il numero degli abitanti di ciascuno stato, come Madison proponeva, mentre la seconda, il Senato, avrebbe avuto un numero fisso di due rappresentanti per ciascuno degli stati, assegnando così ad ognuno di essi, indipendentemente dall'estensione, il medesimo peso nelle votazioni: v. C. Bologna, *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010, p. 46. Sul carattere compromissorio della scelta costituente in riferimento al principio federale vedi R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1983, p. 13 ss.

<sup>20</sup> *From Thomas Jefferson to John Adams*, 28 September 1787 (trad. nostra) (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>).

<sup>21</sup> N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976, p. 148.

<sup>22</sup> G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984, p. 1.

Costituzione della Virginia del 1776, nella quale si leggeva: «il Legislativo, l'Esecutivo e il Giudiziario saranno separati e distinti, in maniera che nessuno di essi eserciti i poteri legittimamente appartenenti agli altri». Jefferson non aveva potuto contribuire come avrebbe voluto alla redazione di quel documento costituzionale, perché impegnato come delegato della Virginia nel secondo Congresso continentale, ma redasse comunque una (anzi più di una) bozza di costituzione per il suo Stato, scrivendo chiaramente e radicalmente che «l'ufficio legislativo, esecutivo e giudiziario devono essere mantenuti per sempre separati, e nessuna persona che ricopra uno di essi deve essere in grado di nominare uno o entrambi gli altri»<sup>23</sup>. La Costituzione della Virginia, come abbiamo visto, sceglierà una versione più attenuata della separazione dei poteri, accogliendo però nettamente il principio della tripartizione delle funzioni dello stato<sup>24</sup>.

La separazione tra legislativo ed esecutivo, così come l'autonomia del potere giudiziario, erano d'altro canto non estranee alla stessa esperienza coloniale<sup>25</sup>: la distinzione di competenze tra le assemblee elettive e il governatore scelto dal governo inglese (affiancato da un consiglio che fungeva spesso anche da camera alta) e l'esercizio della funzione giurisdizionale, affidato a un sistema di corti indipendenti<sup>26</sup> salvo il ruolo di massima istanza giurisdizionale riconosciuto allo stesso governatore e al suo consiglio, avevano mostrato negli anni i benefici della separazione dei poteri e contemporaneamente i limiti di un'incompleta realizzazione di questo principio.

---

<sup>23</sup> Vedi T. Jefferson, *Draft Constitution for Virginia*, June 1776, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 338 (trad. nostra).

<sup>24</sup> Quello che è stato efficacemente definito principio della *distinzione dei poteri*: così M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci e R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005, p. 2, pubblicato anche in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Annuario 2004, Padova, 2008, p. 9 ss.

<sup>25</sup> Vedi G. Silvestri, *op. cit.*, p. 2.

<sup>26</sup> Coerentemente, d'altronde, alla tradizione inglese che, pur considerando il potere giudiziario parte di quello esecutivo, distingueva sin dal XIII secolo, con la teorizzazione di Henry de Bracton, tra *gubernaculum* e *jurisdictio*, tra la sfera del potere governativo vero e proprio e l'esercizio della funzione giudiziaria (per osservazioni sull'importanza delle teorizzazioni di Bracton v C. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Indianapolis, 2008, p. 72 ss.)

Proprio la tripartizione delle funzioni fondamentali dello Stato è uno degli elementi che Thomas Jefferson sembra condividere nel testo costituzionale licenziato dalla Convenzione di Filadelfia nel 1787. Testimone non attivo dei lavori dei delegati perché a Parigi come ambasciatore dal 1784, Jefferson esprimerà sia prima dell'avvio dei lavori della Convenzione<sup>27</sup>, sia dopo la conclusione di questi<sup>28</sup>, il suo apprezzamento per l'organizzazione del governo federale in tre poteri distinti. Questo, tuttavia, non si tradurrà in un giudizio complessivamente positivo sulla forma di governo e sul modello dei *checks and balances*<sup>29</sup>, verso i quali invece Jefferson e gli antifederalisti nutrivano una certa sfiducia<sup>30</sup>. Il sistema dei pesi e contrappesi, «la prima di una lunga serie di smentite storiche alla interpretazione rigida e astratta della dottrina di Montesquieu»<sup>31</sup>, rischiava di essere compromesso in particolare, secondo il politico della Virginia, dalla figura del Presidente, dalla sua titolarità monocratica del potere esecutivo e dalla rieleggibilità a tale carica senza alcun limite di mandati. Il Presidente, infatti, scrive Jefferson a John Adams, «potrà essere riletto di quattro anni in quattro anni per la vita»: «la ragione e

---

<sup>27</sup> Nel 1786 Thomas Jefferson scriveva che per consentire al governo della futura federazione «di esercitare i poteri che gli sono stati conferiti con il massimo vantaggio, [esso] dovrebbe essere organizzato come i governi dei singoli [stati], in legislativo, esecutivo e giudiziario»: *From Thomas Jefferson to James Madison*, 16 December 1786 (trad. nostra) (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>). Ribadirà il suo punto di vista a John Blair, delegato della Virginia alla Convenzione di Filadelfia, mentre questa svolgeva i suoi lavori: vedi *From Thomas Jefferson to John Blair*, 13 August 1787 (*ivi*).

<sup>28</sup> Cfr. T. Jefferson, *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 915 («I like the organization of the government into Legislative, Judiciary and Executive»)

<sup>29</sup> Con tale espressione come noto ci si riferisce agli istituti quali il veto presidenziale, l'*impeachment* e l'*advice and consent* del Senato, che, «temperando il principio di separazione dei poteri che informa l'assetto di governo, garantiscono l'equilibrio tra legislativo ed esecutivo attraverso forme di reciproco controllo, interdizione e cooperazione»: così A. Buratti, *Disegno, evoluzione ed interpretazione dei checks and balances nella Costituzione americana*, in G. D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 2020, p. 52, al quale si rinvia per una ricca trattazione di tale modello sia nel disegno costituzionale originario sia nell'esperienza costituzionale.

<sup>30</sup> M. Bassani, *op. cit.*, p. 229.

<sup>31</sup> G. Silvestri, *op. cit.*, p. 17.

l'esperienza» dimostrano che «quando questi ruoli di vertice possono essere continuativi» il titolare diventa *an officer for life*, ricoprendo tali funzioni a vita<sup>32</sup>. L'accentramento dei poteri in un organo monocratico era stato inopportuno influenzato, secondo Thomas Jefferson, dalla rivolta dei contadini in Massachusetts scoppiata nel 1786<sup>33</sup>, rivolta che aveva creato all'interno della Convenzione di Filadelfia un clima favorevole all'accentramento dei poteri: scrivendo a William Smith, Jefferson affermerà che il governo inglese ha tanto a lungo ripetuto «il fatto che noi fossimo nell'anarchia [...] che noi stessi abbiamo finito col crederci» e, conseguentemente, «la nostra Convenzione è stata troppo impressionata dall'insurrezione in Massachusetts» così che, «nell'impulso del momento, ha messo un rapace a guardia del pollaio»<sup>34</sup>.

Gli eventi successivi all'entrata in vigore della Costituzione, a parere di Jefferson, sembrano da subito confermare i suoi timori; nel 1792, da Segretario di Stato del Presidente Washington, affermerà di aver detto a quest'ultimo: «se l'equilibrio dei tre grandi corpi, Legislativo, Esecutivo e Giudiziario, possono essere preservati, io non avrò mai timore di questo modello di governo; ma non posso non essere a disagio quando vedo che l'Esecutivo ha ingoiato il ramo legislativo»<sup>35</sup>. Il rifiuto di Thomas Jefferson e del costituendo *Democratic-Republican Party*, destinato a dare voce alle posizioni antifederaliste, era verso l'*energetic government* e la connessa costruzione di un forte esecutivo

---

<sup>32</sup> Cfr. T. Jefferson, *To John Adams (More on the Constitution)*, November 13, 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 913. «E quando per una o due generazioni avranno dimostrato che questo è un ufficio per la vita, diventerà in ogni successione meritevole di intrighi, corruzione, forza e perfino di interferenze straniere [...] Vorrei che alla fine dei quattro anni avessero reso il Presidente per sempre non più eleggibile» (*ibidem*: traduzione nostra).

<sup>33</sup> In tema vedi D. Szatmary, *Shays' Rebellion: the making of an agrarian insurrection*, Amherst, 1980.

<sup>34</sup> Cfr. T. Jefferson, *To William S. Smith (The New Constitution)*, November 13, 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 911.

<sup>35</sup> Vedi T. Jefferson, *The Anas*, October 1, 1792, in H.A. Washington (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*. New York, 2011, vol. 9, p. 122. Sulla fedeltà di Jefferson a queste posizioni una volta eletto egli stesso Presidente, vedi G. Casper, *Executive-Congressional Separation of Power during the Presidency of Thomas Jefferson*, in *Stanford Law Review*, vol. 47, 3, 1995, p. 473 ss.

sostenuta invece dai federalisti. Alexander Hamilton, invocando esplicitamente la figura del *dictator* romano, scriveva chiaramente nel *Federalist* che: «esiste un'opinione - che ha i suoi sostenitori – secondo cui un esecutivo forte è incompatibile con lo spirito di un governo repubblicano», mentre «l'energia dell'esecutivo rappresenta una caratteristica fondamentale di ciò che si definisce “buon governo”. È essenziale per proteggere la comunità da attacchi esterni; è altrettanto essenziale per la ferma applicazione delle leggi, [...] per salvaguardare le libertà contro le manovre e gli attacchi dell'ambizione, della fazione e dell'anarchia»<sup>36</sup>. Thomas Jefferson da parte sua, nel 1787<sup>37</sup>, si descriveva invece «non amico del governo forte» perché, a suo parere, «esso è sempre oppressivo».

Il timore nei confronti del Presidente dell'Unione espresso da Jefferson è tuttavia parte di un più ampio timore nei confronti dei neonati Stati Uniti. Egli, da Segretario di Stato, si batterà infatti parimenti contro quello che considererà un abuso del potere legislativo federale dando vita a una *querelle* con Alexander Hamilton, a capo del dipartimento del Tesoro nella stessa amministrazione Washington, circa la costituzionalità della legge che nel 1791 istituì la prima Banca degli Stati Uniti d'America<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> A. Hamilton, *Il Federalista n. 70*, in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *op. cit.*, p. 358.

<sup>37</sup> Vedi *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 917.

<sup>38</sup> Lo scontro riguardava in particolare l'interpretazione della *necessary and proper* (art. I, sez. VIII, clausola 18) che riconosce al Congresso il potere di porre in essere tutte le leggi «necessarie e opportune» per l'esercizio dei poteri enumerati. Secondo Thomas Jefferson, in particolare, la disposizione degli *implied powers* riconosce al Congresso solo quei poteri che siano genuinamente necessari per l'esercizio delle competenze affidategli; qualora gli si riconoscessero anche i poteri semplicemente adatti all'esercizio di quelli enumerati il quadro costituzionale ne sarebbe stravolto: sono necessari, per Jefferson, solo i poteri in assenza dei quali le competenze enumerate sarebbero vane ed inefficaci. Al contrario Alexander Hamilton afferma che l'unica condizione di legittimità di un potere implicito è la sua «relazione naturale» con uno degli obiettivi riconosciuti al governo federale. A dirimere la questione sarà la Corte suprema nel 1819 quando, interrogata sulla legittimità del provvedimento istitutivo della seconda Banca degli Stati Uniti d'America, sosterrà, nel noto caso *McCulloch vs. Maryland*, un'interpretazione

Gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione furono in realtà dedicati «all'esplorazione del significato delle premesse costituzionali»<sup>39</sup>: molte erano le questioni ancora aperte nella definizione dei rapporti tra federazione e stati. Sintomo di questa incertezza, circa la natura del neonato stato federale, era proprio la coesistenza sulla scena politica nazionale di due posizioni opposte: quella hamiltoniana, che aspirava alla costruzione di un forte governo centrale, e quella jeffersoniana che, al contrario, perseguiva la limitazione dei poteri federali. Per Thomas Jefferson d'altro canto, come vedremo, come per gli antifederalisti, erano le piccole repubbliche a poter meglio garantire governi democratici e diritti<sup>40</sup>; certamente non la nascente federazione.

---

estensiva dei poteri impliciti. Per la *querelle* tra Jefferson e Hamilton vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, New York, 2000, p. 798 ss. e per una ricostruzione meticolosa delle problematiche legate all'istituzione della Banca degli Stati Uniti v. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, p. 81, nt. 2.

<sup>39</sup> M. Grodzins, *The American System*, Chicago, 1966, p. 18.

<sup>40</sup> Cfr. in proposito le parole di Brutus, pseudonimo di uno degli antifederalisti (forse Robert Yates) che pubblicarono, parallelamente al *Federalist*, scritti che incoraggiavano i cittadini a non ratificare la nuova costituzione: «History furnishes no example of a free republic, any thing like the extent of the United States. The Grecian republics were of small extent; so also was that of the Romans. Both of these, it is true, in process of time, extended their conquests over large territories of country; and the consequence was, that their governments were changed from that of free governments to those of the most tyrannical that ever existed in the world. Not only the opinion of the greatest men, and the experience of mankind, are against the idea of an extensive republic, but a variety of reasons may be drawn from the reason and nature of things, against it. In every government, the will of the sovereign is the law. In despotic governments, the supreme authority being lodged in one, his will is law, and can be as easily expressed to a large extensive territory as to a small one. In a pure democracy the people are the sovereign, and their will is declared by themselves; for this purpose they must all come together to deliberate, and decide. This kind of government cannot be exercised, therefore, over a country of any considerable extent; it must be confined to a single city, or at least limited to such bounds as that the people can conveniently assemble, be able to debate, understand the subject submitted to them, and declare their opinion concerning it» (*Essays of Brutus*, 18 October 1787, in H.J. Storing (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, vol. 2, *New York and Conclusion*, Chicago, 1981, p. 368 ss.

Il tema della separazione dei poteri emerge, negli scritti jeffersoniani, anche in riferimento al potere giudiziario, rispetto al quale sembrano evidenziarsi, nella riflessione del politico della Virginia, vari principi: la necessaria autonomia dei giudici dagli organi di indirizzo politico, l'opportunità che essi vengano selezionati tramite elezioni popolari e, non ultimo, la necessità che i giudici stessi non violino le attribuzioni costituzionali degli altri poteri.

Nella Dichiarazione di indipendenza Thomas Jefferson aveva denunciato la mancanza di autonomia dei giudici rispetto al re di Gran Bretagna, che li aveva resi «dipendenti solo dal suo arbitrio per il conseguimento e la conservazione della carica»; nelle *Notes on the State of Virginia*, commentando la Costituzione di quello Stato del 1776, aveva denunciato la mancanza di autonomia del potere giudiziario da quello legislativo sottolineando come «the judiciary members were left dependant on the legislative»<sup>41</sup>, ed auspicando invece una dipendenza dei giudici dal giudizio popolare. Nel 1816, ricordando che la Costituzione della Virginia non aveva ancora pienamente accolto «il principio-madre secondo cui un governo è repubblicano solo nella proporzione in cui dà corpo alla volontà del popolo»<sup>42</sup>, aveva ribadito non solo la necessità dell'elezione diretta del governatore, ma anche dell'introduzione dell'elezione popolare dei giudici, poi effettivamente prevista nella Costituzione della Virginia così come modificata nel 1851<sup>43</sup>.

Lo stesso Jefferson, tuttavia, nelle sue riflessioni, come si diceva, affiancò sempre il tema dell'autonomia *dei* giudici a quello dell'autonomia *dai* giudici, scrivendo ad esempio nella Petizione alla

---

<sup>41</sup> Vedi *Notes on the State of Virginia*, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 245 (trad. nostra).

<sup>42</sup> Vedi T. Jefferson, *To Samuel Kercheval (Reform of the Virginia Constitution)*, July 12, 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1396.

<sup>43</sup> Sarà solo a partire dagli anni Quaranta dell'Ottocento che verrà introdotta in maniera generalizzata l'elezione diretta dei giudici nei vari Stati dell'Unione, frutto proprio dell'influenza delle teorie jeffersoniane (in tema vedi K.L. Hall, *The Judiciary on Trial: State Constitutional Reform and the Rise of an Elected Judiciary, 1846-1860*, in *The Historian*, vol. 45, n. 3, 1983, p. 337 ss., nonché L.J. Scalia, *America's Jeffersonian Experiment. Remaking State Constitutions 1820-1850*, Dekalb, 1999). Sull'influenza dei questi temi jeffersoniani nell'età jacksoniana vedi A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, 2016, Verona, p. 108 ss.



Camera dei delegati della Virginia, nel 1797, che quando il potere giudiziario «si interpone nel dipartimento del legislativo», quest'ultimo è posto «sotto i piedi del giudiziario» e lascia al popolo solo «l'ombra della rappresentanza, sottraendogliene la sostanza»<sup>44</sup>. I fatti avrebbero amplificato i suoi timori. Alcuni anni dopo, da Presidente degli Stati Uniti, Jefferson «subì» nel 1803 la sentenza *Marbury v. Madison*, con la quale la Corte suprema riconobbe ai giudici la funzione del controllo di costituzionalità delle leggi<sup>45</sup>, e, da strenuo sostenitore dei diritti degli stati federati, nel 1819, assistette alla decisione del caso *McCulloch vs. Maryland*, con la quale la Corte suprema confermò la legittimità del provvedimento istitutivo della seconda Banca degli Stati Uniti d'America, accogliendo una lettura estensiva della clausola dei poteri impliciti federali e segnando una vittoria storica per la lettura federalista dei poteri dell'Unione<sup>46</sup>. L'anno successivo, nel 1820, scriverà preoccupato che «la massima [dei giudici] è *Boni iudicis est ampliare jurisdictionem*» e che «il loro potere è tanto più pericoloso quando restano in carica per la vita, non responsabili, come sono invece gli altri titolari di pubbliche funzioni, tramite il controllo elettorale»<sup>47</sup>.

Riferendosi in particolare all'interpretazione e applicazione della costituzione, Jefferson aggiunge che «considerare i giudici come gli arbitri ultimi delle questioni costituzionali» è «una dottrina molto pericolosa», che espone «al dispotismo di una oligarchia»<sup>48</sup>. Pur non disconoscendo il ruolo di garanti dei diritti che i giudici potevano avere «se indipendenti e mantenuti nel loro campo»<sup>49</sup>, scriverà chiaramente che «ogni dipartimento è genuinamente indipendente dagli altri, e ha pari diritto di decidere autonomamente quale sia il significato della costituzione nei casi sottoposti alla sua azione; e specialmente quando

---

<sup>44</sup> *Petition to the Virginia House of Delegates*, [on or before 3 August 1797] (trad. nostra) (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>).

<sup>45</sup> V. B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008.

<sup>46</sup> Vedi *supra* nota 38.

<sup>47</sup> *From Thomas Jefferson to William Charles Jarvis*, 28 n September 1820, (trad. nostra) (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>).

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Lo affermava perorando da Parigi la causa della necessaria approvazione di un *Bill of Rights*: vedi *From Thomas Jefferson to James Madison*, 15 March 1789 (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>).

deve agire in maniera definitiva e senza appello»<sup>50</sup>. Jefferson appare dunque un sostenitore (*ante litteram*) del *departmentalism*, una delle tesi centrali del *popular constitutionalism*, che oggi sostiene appunto il rifiuto della supremazia della Corte Suprema nell'interpretazione della costituzione, ritenendo invece che ognuna delle tre branche del governo federale abbia un'autorità indipendente nell'interpretare la carta fondamentale<sup>51</sup>.

### *3. Separazione verticale del potere e autogoverno: dal federalismo alla ward republic*

Le premesse cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti, ossia la centralità dei diritti individuali nel pensiero di Thomas Jefferson e le perplessità di quest'ultimo nei confronti di un *energetic government* federale, trovano una coerente connessione con le sue elaborazioni dottrinali sulla natura dell'Unione e, più in generale, con le sue idee circa la distribuzione del potere tra i vari livelli territoriali. Nelle opere e nell'azione politica di Jefferson è infatti evidente che, a suo parere, più della *separazione orizzontale tra i poteri* dell'Unione, i diritti individuali potessero essere tutelati da una *separazione verticale dei poteri*<sup>52</sup>, che preservasse i diritti degli stati federati e con essi quelli dei loro cittadini. Il federalismo jeffersoniano è, come è stato scritto, un «federalismo libertario»<sup>53</sup>, nel quale la separazione verticale dei poteri ha come fine ultimo la tutela dei diritti.

---

<sup>50</sup> *From Thomas Jefferson to Spencer Roane*, 6 September 1819 (trad. nostra) (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>). Su questi profili vedi le osservazioni di C. Perry Patterson, *Thomas Jefferson and the Constitution*, in *Minnesota Law Review*, vol. 29, 1945, p. 277 ss.

<sup>51</sup> In tema vedi R. Post, E. Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1027 ss. i quali commentano le fondamentali opere di riferimento sul tema di L. Kramer, *We the Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, p. 4 ss., nonché *Popular Constitutionalism*, in *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 959 ss.

<sup>52</sup> Sulla «divisione territoriale del potere» v. le riflessioni di C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Boston, 1950, p. 189 ss.

<sup>53</sup> M. Bassani, *op. cit.*, p. 329.

Rievocando quello che sembra essere il «potere federativo» di John Locke<sup>54</sup>, il potere cioè di stipulare trattati, stringere alleanze e condurre eventuali guerre, Thomas Jefferson scrive nel 1786 a James Madison che la sua idea di «una appropriata divisione dei poteri tra il governo generale e quelli particolari» è «di renderci una nazione per quanto concerne gli affari esteri e mantenerci distinti in quelli interni»<sup>55</sup>. Anche da candidato alla Presidenza nel 1800 ribadirà che «lo spirito più autentico della Costituzione» consiste nel fatto che «gli Stati siano indipendenti per tutto ciò che li concerne direttamente e uniti per tutto ciò che riguarda i rapporti con gli stati stranieri»<sup>56</sup>. È questa idea di un governo federale «minimo»<sup>57</sup> a motivare realmente le perplessità di Jefferson sulla Costituzione di Filadelfia, perplessità che lo conducono a esprimere, da Parigi, sostanziale condivisione rispetto ai superati *Articles of Confederation*<sup>58</sup>.

Ed è proprio la sua concezione libertaria del federalismo a giustificare l'enfasi con la quale sosterrà la necessità di allegare alla Costituzione di Filadelfia un *Bill of Rights*, poi approvato nel 1791. Durante i lavori della Convenzione era infatti prevalsa la posizione dei federalisti contrari all'inclusione di una carta dei diritti. Scrivendo a James Madison nel dicembre 1787, Jefferson sottolinea quanto sia fallace l'idea sostenuta da James Wilson, delegato della Pennsylvania, secondo la quale nel disegno costituzionale dell'Unione «una carta dei diritti non è necessaria perché resta agli stati tutto ciò che non è

---

<sup>54</sup> V. J. Locke, *Il secondo trattato sul governo* (traduzione a cura di A. Gialluca), cap. XII, Milano, 1998, p. 261.

<sup>55</sup> *From Thomas Jefferson to James Madison*, 16 December 1786, cit. (trad. nostra).

<sup>56</sup> *From Thomas Jefferson to Gideon Granger*, 13 August 1800, (in *Founders Online*, <https://founders.archives.gov/>).

<sup>57</sup> Parafrasando lo «Stato minimo» teorizzato da Robert Nozick, Stato le cui funzioni sono ridotte alla protezione contro la forza, il furto, la frode, nonché all'esecuzione dei contratti. Dell'autore vedi *Anarchia, Stato e Utopia*, Milano, 2000.

<sup>58</sup> «Indeed, I think all the good of this new constitution might have been couched in three or four new articles to be added to the good, old, and venerable fabrick, which should have been preserved even as a religious relique»: T. Jefferson, *To John Adams (More on the Constitution)*, November 13, 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 914.

esplicitamente affidato al governo generale»<sup>59</sup>. James Wilson, in effetti, in un discorso all'assemblea legislativa del suo Stato, motivando l'assenza di un *Bill of Rights* nella Costituzione appena licenziata, aveva spiegato che l'inclusione di una carta dei diritti era superflua: essa avrebbe dovuto rappresentare uno strumento di garanzia nei confronti del governo federale che invece era, per le sue stesse caratteristiche, ontologicamente privo del potere di violare alcun diritto. Le dichiarazioni dei diritti erano necessarie invece, a parere del deputato, nei governi a competenza generale, in cui i rappresentanti del popolo sono investiti di tutti i poteri tranne quelli che gli sono esplicitamente negati. In tali ordinamenti ha senso un'esplicita individuazione e definizione delle situazioni soggettive sottratte alla disponibilità del potere legislativo; in un assetto come quello federale, invece, nel quale il governo centrale ha solo le competenze che gli Stati esplicitamente decidono di conferirgli, è implicito, secondo Wilson, che questo non possa privare gli Stati stessi e i loro cittadini di posizioni di garanzia delle quali esso non può disporre<sup>60</sup>.

L'illusorietà di questa ricostruzione sarà evidente (non solo per Thomas Jefferson) pochi anni dopo, nel 1798, quando, su pressioni di Hamilton, il Congresso approverà gli *Alien and Sedition Acts* con cui verrà colpita la propaganda jeffersoniana favorevole alla Rivoluzione francese: le leggi, illiberali e *ultra vires* rispetto ai poteri enumerati della federazione, dimostreranno che quest'ultima poteva violare i diritti

---

<sup>59</sup> Vedi *To James Madison (Objections to the Constitution)*, December 20 1787, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 916. Lo ribadirà, con toni più cauti, anche scrivendo a George Washington: «I have seen, with infinite pleasure, our new constitution accepted by 11. states, not rejected by the 12th. and that the 13th. happens to be a state of the least importance. It is true that the minorities in most of the accepting states have been very respectable, so much so as to render it prudent, were it not otherwise reasonable, to make some sacrifices to them. I am in hopes that the annexation of a bill of rights to the constitution will alone draw over so great a proportion of the minorities, as to leave little danger in the opposition of the residue; and that this annexation may be made by Congress and the assemblies, without calling a convention which might endanger the most valuable parts of the system». v. T. Jefferson, *To George Washington (Commerce, War, and Revolution)*, December 4, 1788, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 930.

<sup>60</sup> Vedi *James Wilson's State House Speech*, 6 ottobre 1787, in G. Lloyd, M. Lloyd, *The essential Bill of Rights. Original arguments and fundamental documents*, Lanham-Oxford, 1998, p. 283 ss

tanto degli stranieri quanto dei cittadini e renderanno «gli stati, e non i tribunali» (che nel frattempo applicavano la legge sulla sedizione a giornalisti e politici) «i difensori delle libertà individuali, completando la trasformazione del dogma dei diritti naturali nella dottrina, ben più potente ed efficace, dei diritti degli Stati»<sup>61</sup>. Sarà proprio in reazione a tali leggi che Thomas Jefferson elaborerà la sua teoria sul federalismo nella bozza di Risoluzione del Kentucky<sup>62</sup>, dove comparirà l'idea della natura contrattuale del vincolo federale e la rivendicazione del *diritto naturale degli stati* di dichiarare nulli gli atti dell'Unione che eccedano le competenze delegate a quest'ultima<sup>63</sup>.

Le riflessioni di Jefferson sui rapporti tra tutela dei diritti e distribuzione territoriale del potere non possono tuttavia essere ricondotte solo al legame tra federalismo e libertà, legame di cui gli stessi autori del *Federalist* furono sostenitori affermando che «nella repubblica “composita” d'America il potere, cui il popolo rinuncia, viene prima diviso tra due governi distinti, e poi, nell'ambito di ciascuno, nuovamente ripartito tra organi distinti e separati. Di qui risulta una doppia garanzia per i diritti del popolo»<sup>64</sup>. Il modello di governo cui Jefferson aspira è il governo limitato; è una piena applicazione del principio di sussidiarietà; è - ancor meglio - il principio dell'autogoverno. Nel 1816, allontanatosi ormai dalla politica attiva, scrivendo a Joseph Cabell, prospetterà la sua idea di *ward-republic*, una repubblica di «rioni». La via per avere un governo buono e sicuro, scriverà Jefferson, non è affidarsi ad un solo governo ma dividere il potere fra più livelli, «distribuendo ad ognuno esattamente le funzioni che è in grado di svolgere»: al governo nazionale siano affidate la difesa

---

<sup>61</sup> C.M. Wiltse, *From Compact to National State in American Political Thought*, in M.R. Konvitz, A.E. Murphy (eds.), *Essays in Political Theory. Presented to George H. Sabine*, Ithaca, 1948, p. 156.

<sup>62</sup> La Virginia e il Kentucky, su suggerimento dello stesso Jefferson, dichiararono, con due risoluzioni, nulle le leggi federali appena approvate, applicando così la teoria della *nullification* (sull'episodio e sulla teoria della nullificazione vedi K.E. Whittington, *The Political constitution of federalism in antebellum America: the nullification debate as an illustration of informal mechanism of constitutional change*, in *Publius*, 1996, XXVI, p. 1 ss.).

<sup>63</sup> In tema vedi il contributo di G. Martinico, *Il federalismo di Thomas Jefferson*.

<sup>64</sup> Con queste parole Madison nel saggio n. 51: vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *op. cit.*, p. 279.

della nazione e le relazioni estere; agli stati «i diritti civili, le leggi, la polizia e l'amministrazione di tutto ciò che riguarda genericamente uno stato»<sup>65</sup>; «alle contee gli affari locali che le riguardano» e «ad ogni rione gli interessi interni ad esso». Il *good and safe government* si persegue dunque «dividendo e suddividendo queste repubbliche da quella grande nazionale, giù attraverso tutte quelle subordinate fino ad arrivare all'amministrazione indipendente della proprietà di ogni uomo», così da attribuire «a ciascuno solo ciò che il suo occhio può vedere»<sup>66</sup>. Nella stessa lettera a Joseph Cabell, vicino all'enunciazione del «sistema federale a cerchi concentrici»<sup>67</sup> scriverà, ancor più chiaramente, che «il segreto» per preservare libertà e diritti è nel rendere l'uomo «depositario dei poteri per ciò che lo riguarda», delegando ai poteri pubblici solo ciò «che è al di là delle sue capacità»<sup>68</sup>. L'ideale jeffersoniano del buon governo, ancor prima che sulla separazione orizzontale e verticale del potere, è dunque fondato sulla separazione (liberale) tra sfera pubblica e privata, secondo un modello di autogoverno nel quale ogni uomo è il primo custode dei propri diritti. L'ideale jeffersoniano, come è stato efficacemente scritto, era «una democrazia fortemente decentralizzata, partecipativa, nella quale ogni cittadino, personalmente, fosse parte dell'amministrazione degli affari pubblici»<sup>69</sup>.

Alla centralità dell'individuo sono riconducibili, dunque, tutte le idee del politico virginiano sull'assetto dei pubblici poteri, insieme alla coerente necessità che vi sia un'investitura popolare per ognuno di essi.

---

<sup>65</sup> Agli Stati Jefferson affida, chiaramente, il complesso di competenze riconducibili alla categoria del *police power*. Con tale espressione la dottrina e la giurisprudenza statunitensi indicano la potestà generale di governo, il potere «di regolare i diritti personali e proprietari per proteggere e promuovere la salute, la moralità ed il benessere generali»: Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, New York-Westport, 1992, p. 35

<sup>66</sup> *To Joseph C. Cabell (The Ward System)*, February 2, 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1380 (trad. nostra).

<sup>67</sup> M. Bassani, *op. cit.*, p. 195.

<sup>68</sup> «The secret will be found to be in the making himself the depository of the powers respecting himself, so far as he is competent to them, and delegating only what is beyond his competence» *To Joseph C. Cabell (The Ward System)*, February 2, 1816, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 1380 (trad. nostra).

<sup>69</sup> L.K. Caldwell, *The Administrative Republic: the Contrasting Legacies of Hamilton and Jefferson*, in *Public Administration Quarterly*, vol. 13, 1990, 4, p. 482.

Alla centralità dell'individuo è riconducibile in definitiva la stessa idea di costituzione di Thomas Jefferson, il quale, come è stato notato, non nutriva piena fiducia nei confronti del potere giudiziario, del potere legislativo, né, tantomeno, verso il potere esecutivo<sup>70</sup>: egli stesso, nella bozza di risoluzione del Kentucky, ricordava invece che il libero governo si basa «sul sospetto e non sulla fiducia»<sup>71</sup>. Questa, secondo Jefferson, può essere infatti riposta solo nella costituzione, formata dalle regole che il popolo si dà da sé tramite appositi organi, le convenzioni costituzionali. E proprio alla centralità dell'individuo si lega anche il tema della “rivoluzione costituzionale permanente”, l'idea jeffersoniana che «nessuna società possa creare una costituzione perpetua», che nessun gruppo di individui possa vincolare gli individui che verranno: come la terra, anche la costituzione per Thomas Jefferson *belongs to the living generation*, appartiene a chi è vivo, ed ogni generazione, coerentemente, ha il potere di modificare la *sua* carta fondamentale<sup>72</sup>.

\*\*\*

**ABSTRACT:** Thomas Jefferson's reflection on public institutions is deeply influenced by the central role assumed in his thinking by individual rights. The protection of rights is in fact the end and limit of the powers conferred on governments and profoundly affects, in Jefferson's thought, the structure that power itself must assume. From this primacy of rights derive Jefferson's reflections on political representation, on the separation between legislative, executive and judicial powers, on the necessary popular investiture of the latter and, last but not least, on the vertical separation of power between federal, state and local governments.

---

<sup>70</sup> Lo sottolinea C. Perry Patterson, *op. cit.*, p. 267.

<sup>71</sup> T. Jefferson, *Draft of the Kentucky Resolution*, October 1798, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 454 (trad. nostra).

<sup>72</sup> Si tratta del celeberrimo passo sulla durata “generazionale” della costituzione: vedi *To James Madison (“The Earth Belongs to the Living”)*, September 6, 1789, in M.D. Peterson (ed.), *op. cit.*, p. 959 ss.

Chiara Bologna  
*Jefferson e la separazione del potere*

**KEYWORDS:** separation of powers – federalism – self-government  
– individual rights

**Chiara Bologna** – Professore associato di Diritto costituzionale  
presso l'Università degli Studi di Bologna ([chiara.bologna@unibo.it](mailto:chiara.bologna@unibo.it))