

LE POLITICHE STATUNITENSI DI RICOSTRUZIONE
DELLA GIURISDIZIONE IN GERMANIA E GIAPPONE,
TRA «OCCUPAZIONE TRASFORMATIVA» E «*NATIONAL
SECURITY LIBERALISM*».

ALCUNI SPUNTI A PARTIRE DALL'OPERA DI R.W.
KOSTAL

Marco Marazzini

Dottorando in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Genova

Abstract

[Ita.]

L'articolo indaga, dal punto di vista del diritto, la politica degli Stati Uniti verso i due grandi Stati sconfitti della Seconda Guerra Mondiale, la Germania e il Giappone. Partendo dalle ricerche dello storico del diritto Rande Kostal e dagli scritti dei giuristi Karl Loewenstein ed Helmut Quaritsch, il tema viene sviluppato in rapporto al tentativo statunitense di creare nei due Paesi occupati quelle istituzioni legali in grado di assicurare la transizione a un regime liberal-democratico, in particolare una magistratura indipendente. Come si cercherà di dimostrare, il progetto andò incontro a un sostanziale insuccesso, non solo per la resistenza delle élite giuridico-amministrative degli Stati sconfitti, ma anche per l'oscillare della stessa politica statunitense tra le opposte esigenze dettate dai propositi di una «occupazione trasformativa», da un lato, e di un «national security liberalism», o di una politica di potenza, dall'altro. Lo studio delle ragioni del fallimento americano nel Secondo dopoguerra si potrebbe rivelare, in questa prospettiva, ancora oggi utile per comprendere i limiti che ha incontrato il trapianto delle istituzioni tipiche del liberalismo, politico e giuridico, in contesti diversi da quello d'origine.

[En.]

The article investigates United States legal policy towards the two major defeated states of the Second World War, Germany and Japan. Starting from the research of the legal historian Rande Kostal and the writings of the jurists Karl Loewenstein and Helmut Quaritsch, the theme is developed in relation to the United States attempt to create in the two occupied countries those legal institutions capable of ensuring the transition to a liberal-democratic regime, in

particular an independent judiciary. As will be shown, the project met with substantial failure, not only because of the resistance of the legal-administrative elites of the defeated states, but also because of the oscillation of United States policy itself between the opposing demands dictated by the intentions of a «transformative occupation», on the one hand, and a «national security liberalism», or power politics, on the other. In this perspective, the study of the reasons for American failure in the post-World War II period could prove still useful today to understand the limits encountered in transplanting the typical institutions of liberalism, both political and legal, into contexts other than the original one.

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE; 2. I PRESUPPOSTI DELLA RIVOLUZIONE LEGALE AMERICANA IN GERMANIA E GIAPPONE; 3. PROPOSITI DI EPURAZIONE E PRATICHE DI OBLIO IN GERMANIA; 4. LA NUOVA MAGISTRATURA GIAPPONESE: DALLA CREAZIONE ALLA REAZIONE; 5. «THE TWILIGHT OF THE GODS».

1. Introduzione

Nel presente articolo, si prenderà spunto dal lavoro dello storico del diritto Rande Kostal, e in particolare dalla sua monografia più recente, dal titolo *Laying Down the Law: The American Legal Revolutions in Occupied Germany and Japan*¹.

Se la ricerca dell'autore canadese presenta di per sé numerosi punti d'interesse, pare a chi scrive che un ulteriore stimolo possa provenire dall'analisi del rapporto ambivalente tra i due concetti, ricorrenti nel libro, di «occupazione trasformativa» e «*national security liberalism*»; entrambi usati per indicare due distinti aspetti delle politiche americane verso le istituzioni e gli ordinamenti giuridici dei due principali paesi sconfitti nella Seconda Guerra Mondiale, Germania e Giappone. Non è escluso, del resto, che i due concetti possano tutt'ora essere utili per spiegare le difficoltà incontrate dagli Stati Uniti (e dall'Occidente in generale) nel tentativo di trapiantare un ordinamento liberal-democratico in contesti da esso assai lontani, tramite politiche di vera e propria “rivoluzione tramite il diritto”, nelle quali il ruolo assegnato al diritto costituzionale, in particolare, occupa una posizione di grande rilievo².

Tornando allo studio di Kostal, l'autore analizza la politica statunitense tramite un approfondito lavoro di ricerca d'archivio e sulle fonti storiche del tempo, che vanno dalle disposizioni legali emanate dalle

¹ R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law: The American Legal Revolutions in Occupied Germany and Japan*, Cambridge (Massachusetts), 2019. Il professor Kostal è titolare della cattedra di *Legal History and Torts* alla Western University dell'Ontario, Canada, dove ha conseguito il proprio *Bachelor of Laws* nel 1981. In seguito, ha compiuto i propri studi di dottorato all'Università di Oxford. Proprio presso la Oxford University Press sono state pubblicate le sue prime due monografie, R.W. KOSTAL *Law and English Railway Capitalism 1825-1875*, New York, 1994 e ID., *A Jurisprudence of Power: Victorian Empire and the Rule of Law*, New York, 2005.

² Il termine «occupazione trasformativa» è usato da Kostal in ID., *Laying Down the Law*, cit., p. 5 e ricorre poi per tutto il testo (traduzione dall'inglese mia). Per l'uso dell'espressione «*national security liberalism*», si veda ivi, p. 346.

forze d'occupazione, alla corrispondenza ufficiale e privata intercorsa tra i diretti protagonisti di quegli anni, fino alla memorialistica e ai diari personali. Se il metodo storico assicura una solida base scientifica al lavoro, indagando l'evoluzione della politica estera americana del secondo dopoguerra da una prospettiva, quella giuridica, forse ancora poco studiata, ciò che arricchisce ulteriormente l'opera di Kostal sono però le questioni teoriche che essa solleva.

Alcune di esse sono esplicitate dall'autore fin dalle prime pagine, e accompagnano il lettore per tutto il libro. In particolare, Kostal si chiede in che modo l'amministrazione americana si rappresentasse i sistemi di diritto pubblico autoritario del "nemico" e quali fossero i suoi progetti per sostituirli con un ordinamento liberale. Di conseguenza, indaga anche quali fossero i criteri per affrontare quella che l'autore definisce un'«occupazione trasformativa», che mirava a cambiare la mentalità d'interi popoli, ma che inevitabilmente si trovava a operare con metodi autoritari, messi in atto da un'amministrazione militare. Ancora, Kostal fa luce sul rapporto tra l'autopercezione degli americani e il loro modo di porsi, rispettivamente, con una popolazione europea "bianca", i tedeschi, e una asiatica, come i giapponesi, e quali differenze o somiglianze siano rinvenibili nella politica legale americana nei due contesti. Un altro punto rilevante della ricerca è poi in che misura gli intellettuali presenti sul campo abbiano influito sull'implementazione di misure spesso portate avanti da burocrati, fossero civili o militari, e se le élite amministrative e giuridiche tedesche e giapponesi abbiano resistito o meno alle riforme imposte dagli americani, e con quale esito. Infine, si pone la questione decisiva sul grado di successo ottenuto dagli Stati Uniti nel forgiare istituzioni e pratiche liberali negli ordinamenti conquistati e in che modo le riforme intraprese abbiano risentito dei mutamenti della politica interna ed estera americana davanti alle prime avvisaglie della Guerra Fredda.

Quelli sopra riassunti sono tutti temi centrali, espressi come ipotesi di ricerca e poi sviluppati nel corso di vari capitoli del libro, ciascuno dei quali si divide in una parte incentrata sulla Germania e una sul Giappone, con una conclusione che mette in luce le similitudini e le differenze delle politiche statunitensi nei due paesi occupati³.

Nel corso dell'articolo, verranno però richiamati anche altri profili e punti di vista teorici, in qualche misura liminari con la ricerca dello storico canadese. In particolare, si fa riferimento al tema dell'amnistia politica a seguito di un cambio di regime provocato dall'esterno e, più in generale, al problema dell'epurazione e della ricostruzione degli apparati amministrativi.

Ancora, altre suggestioni provengono dalla tema della "giustizia politica", un termine a cui si possono ricondurre diversi significati, ma che rimanda comunque a un determinato ordine di problemi, ossia quelli collegati al difficile rapporto tra la sfera normativa del diritto e le costrizioni imposte dalla politica (si potrebbe al riguardo parlare di

³ Brevemente, il libro *Laying Down the Law* si struttura in sei capitoli principali, a quali si aggiungono un capitolo introduttivo e uno conclusivo. Ogni capitolo prende in considerazione sia la Germania che il Giappone sotto occupazione americana. Tra di essi i primi due – «*The 'Destruction of Philosophies'*» e «*Occupying the Legal Other*» – sono dedicati alla preparazione teorica dell'occupazione dell'«Altro giuridico», come lo definisce Kostal, ivi a p. 67, e dalla fase di "epurazione" degli elementi illiberali dei passati regimi. I capitoli seguenti – «*Captive Constitutions, Crafting Liberal Courts*» e «*Clearing the Spiritual Rubble*» – esaminano il tentativo americano di ricostruire su basi liberal-democratiche gli ordinamenti dei paesi sconfitti, mentre il sesto capitolo, intitolato evocativamente «*Twilight of the Gods*», esamina il cambiamento della politica statunitense in seguito alle prime avvisaglie della Guerra Fredda.

un'inevitabile *politicalità della giustizia*, in certi contesti). Pare a chi scrive che il rapporto sopra indicato diventi particolarmente rilevante proprio nel momento della ricostruzione di un ordine giuridico, soprattutto quando tale operazione viene intrapresa da una potenza esterna, e, a un livello più concreto, nel momento in cui si passa a esaminare il comportamento tenuto dagli organi di giustizia davanti a casi definibili come “politici”⁴.

Dopo aver introdotto i presupposti dell'«occupazione trasformativa» americana nel secondo paragrafo, nel corso del presente lavoro si andranno a toccare i temi del rapporto con il passato, dell'epurazione e dell'amnistia nel paragrafo terzo, proprio in relazione a quello che per Kostal è stato l'esito fallimentare della denazificazione degli apparati giudiziari e amministrativi tedeschi ad opera degli statunitensi.

Il paragrafo quarto sarà invece dedicato all'esame di alcuni casi di giustizia politica, esemplificativi di come la stessa amministrazione alleata, dopo essersi seriamente impegnata nella costruzione di istituzioni e nell'adozione di disposizioni giuridiche liberali nei paesi occupati, abbia, nella descrizione di Kostal, contribuito al loro forte ridimensionamento, se non alla loro messa da parte nella prassi.

Proprio per la volontà di mantenere un collegamento tra la ricerca storica e la dimensione teorica, sia giuridica che politica, non sulla lettura del solo Kostal sono basate le seguenti pagine. Tra gli studiosi i cui nomi ricorreranno nel corso dei prossimi paragrafi, vi sono anche Jon Elster, Otto Kirchheimer, Helmut Quaritsch e, tra gli studiosi italiani, Pier Paolo Portinaro, verso i cui studi sui temi e sugli autori sopra citati sono debitore. Attenzione a parte merita poi la figura del giuspubblicista tedesco-americano Karl Loewenstein, uno dei protagonisti delle vicende raccontate da Kostal ma anche una figura oltremodo esemplificativa di un intero orizzonte culturale (giuridico-culturale, più esattamente), al quale credo si possa dire sia vicino lo stesso Rande Kostal.

Da ultimo, sono necessarie due precisazioni metodologiche, collegate ad alcune scelte compiute da Kostal. Quest'ultimo, infatti, ha circoscritto la propria analisi delle politiche di epurazione e ricostruzione americane specificamente al mondo del diritto (e del diritto pubblico in particolare), seppure inteso in senso ampio, a ricomprendere non solo gli operatori professionali, ma anche la mentalità giuridica diffusa tra la popolazione dei due paesi oggetto dell'“esperimento” di ricostruzione legale americano, specialmente per quanto riguarda l'educazione all'esercizio dei nuovi diritti civili portati dai “vincitori”.

Per quanto riguarda il campo dei popoli “vinti”, magistrati, avvocati e funzionari dell'amministrazione della giustizia rappresentano sicuramente un importante oggetto di studio per Kostal. Tuttavia, l'altra premessa di metodo è che il vero *soggetto* protagonista dell'intera narrazione dello storico sono invece proprio i “vincitori”, ossia i funzionari, giuristi e militari incaricati di pianificare ed eseguire sul campo la ricostruzione legale degli ordinamenti tedesco e giapponese. Come dichiara l'autore stesso, *Laying Down the Law* è principalmente uno studio sugli Stati Uniti d'America, sulla loro mentalità giuridico-politica e sulle contraddizioni di quest'ultima in un momento storico decisivo, ed è

⁴ Scrive di un'obiettiva politicalità dell'agire delle corti, laddove il loro operato eserciti un'influenza sulla distribuzione del potere politico, O. KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of Political Procedure for Political Ends*, Princeton, 1961; un libro ancora oggi notevole per la sua ricchezza di esempi storici e profondità di analisi. Al riguardo anche P.P. PORTINARO, *Il problema della giustizia politica. A partire da Otto Kirchheimer*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2013, pp. 225 ss.

peraltro in quest'accezione che il libro ci sembra particolarmente fecondo.

È dunque sembrato necessario a chi scrive seguire Kostal nel circoscrivere il più possibile la trattazione alle sole istituzioni giuridiche e agli uomini coinvolti, talvolta loro malgrado, nei loro ingranaggi, e di cercare di farlo anche quando ci si discosti dall'Autore per approfondire altri profili teorici. Allo stesso modo, di norma si presterà particolare attenzione al punto di vista americano, anche se con alcune deroghe.

Questi accorgimenti, pur costituendo un limite del presente lavoro, sono però un limite necessario, davanti a una materia potenzialmente così vasta e magmatica come quella della transizione a un nuovo regime.

2. I presupposti della rivoluzione legale americana in Germania e Giappone⁶

La radicale distruzione e ricostruzione degli ordinamenti e degli apparati di giustizia di Germania e Giappone rappresentava una parte non secondaria della strategia americana nei confronti dei due paesi belligeranti. Si tratta di un aspetto che emerge con chiarezza dallo studio effettuato da Kostal sulla quantità di piani e strategie elaborati già prima della fine della guerra da parte degli apparati americani⁵. Dalla ricerca storica si ricava come nessuna delle altre potenze vincitrici si pose il problema della rivoluzione legale da operare in quelli che erano due stati totalitari con altrettanta determinazione degli Stati Uniti, e nessuna assegnò al diritto un ruolo altrettanto cruciale. Capire le motivazioni di questa condotta appare particolarmente importante per comprendere l'autorappresentazione che gli americani avevano di sé e della propria missione e, insieme, la spiegazione che essi davano dell'avvento del fascismo e del totalitarismo in Germania e Giappone⁶.

Da questo punto di vista, i nuovi ordinamenti dovevano essere adeguati al paradigma liberale, di cui gli Stati Uniti emersi dal periodo del *New Deal* rooseveltiano apparivano i principali rappresentanti a livello globale. L'idea di una costituzione scritta che assicurasse un governo

⁵ R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., pp. 25 e ss.

⁶ Kostal dimostra in maniera soddisfacente come né i britannici né i francesi condivisero alla stessa maniera gli intenti a loro modo rivoluzionari dell'amministrazione Roosevelt. Seppur semplificando, sembra potersi ricavare abbastanza correttamente che i britannici, nella prassi, si adeguarono di volta in volta alle scelte compiute dall'amministrazione americana in Germania, emulandole nei *Länder* da essi controllati e talvolta riducendone la portata innovatrice. Dal momento che, come vedremo, le scelte in questione andarono via via sempre più attenuando gli iniziali propositi rivoluzionari, non si verificò comunque uno scontro tra i rispettivi piani (maggiori tensioni si ebbero coi francesi, ma solo in una fase successiva e in merito alla ricentralizzazione del nuovo Stato tedesco). Per quanto riguarda l'Unione Sovietica, le epurazioni messe in atto nei *Länder* orientali furono senz'altro radicali, tuttavia, due differenze importanti rispetto alla condotta degli Stati Uniti furono, inevitabilmente, il ruolo secondario e strumentale rivestito dal diritto (peraltro senz'altro un diritto molto lontano dal paradigma liberale) e la costante subordinazione degli obiettivi di epurazione e ricostruzione agli interessi interni ed esterni dell'URSS. Quest'ultimo è peraltro un punto che, anche se in modo più ambiguo, non fu alla fine estraneo neanche alla politica americana in Germania. Circa il carattere specificamente americano dei piani di rivoluzione legale-liberale, si veda R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, pp. 3 e ss.

In merito all'epurazione, una nota interessante è che, inizialmente, l'approccio britannico fosse più vicino ai propositi di giustizia sommaria di Stalin che al legalismo americano. Peraltro, Jon Elster, nella sua ricerca sulla giustizia nelle transizioni politiche, illustra bene come anche in seno all'amministrazione Roosevelt non mancassero posizioni simili a quelle britanniche, sebbene alla fine perdenti, come nel caso dei propositi del Segretario del Tesoro Henry Morgenthau. J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, (2004), trad. it. di P. Palmiello, Bologna, 2008, pp. 279 e ss.

responsabile verso i cittadini e, al contempo, un elenco di diritti individuali, concepiti come idealmente universali e inviolabili da parte dello stesso potere della maggioranza, appaiono come gli elementi fondamentali di questo paradigma. Al contempo, nessuna concezione politica ha probabilmente assegnato al diritto un ruolo altrettanto importante del liberalismo, dal momento che proprio al diritto, alle sue procedure formali e alla sostanza dei diritti individuali positivi, è assegnato il compito di giuridificare la sfera politica stessa, a garanzia del singolo individuo⁷.

Il ruolo cruciale dell'elemento giuridico, nell'assicurare insieme il governo della maggioranza e la protezione dei diritti dell'individuo da quest'ultima, spiegano la peculiare importanza assunta dal diritto nei piani americani, allo scopo di costruire due nuove «*liberal polity in which individual rights were secured by law and, crucially, autonomous legal institutions*»⁸. Soprattutto, si comprende l'importanza assegnata alla creazione delle suddette *legal institutions*, ossia di un potere giudiziario indipendente, capace di effettuare una forma efficace di *judicial review* sulla base dei diritti costituzionali, così come di una avvocatura libera da condizionamenti esterni e dedita alla protezione di quei medesimi diritti di libertà. Essenziale diventava anche la modifica o la ricostruzione radicale degli ordinamenti giuridici illiberali, in specie dei loro codici penali e di procedura, in modo da garantirvi i principi del giusto processo.

Tutte queste misure vennero elaborate entro all'amministrazione Roosevelt, dominata da un tipo umano che Kostal descrive molto bene: l'avvocato (spesso un «*Wall Street lawyer*» democratico) prestato all'amministrazione e permeato dall'atmosfera del *New Deal*. Certo, non tutti i «*legal revolutionaries*» americani erano dei *liberal*; la cosa per certi versi sorprendente, però, è proprio che anche un repubblicano di ferro e un militare come MacArthur condividesse appieno i propositi, e soprattutto lo spirito, dell'amministrazione democratica, spesso rivelandosi anche più radicale, ad esempio nel creare una Costituzione tipicamente liberale per il Giappone imperiale. Pare dunque corretto individuare nella mentalità con cui gli americani si accinsero al loro compito nel 1945 un carattere che va al di là della sola contingenza del *New Deal* roosveltiano e che

⁷ Naturalmente, è possibile dare in queste poche righe solo una definizione quantomai schematica del paradigma politico-giuridico liberale, si è inoltre consapevoli che la visione riportata rappresenta l'ideale tipicamente americano, con sostanziali differenze rispetto a quello continentale francese e tedesco, ma anche rispetto alla costituzione non scritta inglese. Per un'introduzione a queste ripartizioni proprie del costituzionalismo moderno, M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994. Peraltro, trattando la ricerca del punto di vista americano, la definizione esposta in testo sembra comunque corretta e, del resto, non si può tacere che i tratti fondamentali del modello americano paiono avere avuto ampio successo, proprio a seguito della vittoria del 1945, sulle versioni concorrenti entro il paradigma liberale.

Per alcune definizioni critiche del liberalismo come giuridificazione della politica, classico è C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico': testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, (3^a ed., 1932) trad. it. nella raccolta a cura di G. MIGLIO, *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972, pp. 89 ss., ma si veda anche il più recente A. CARRINO, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano-Udine, 2019, p. 95. Purtroppo, un approfondimento in tal senso, anche solo in forma bibliografica, sarebbe troppo lungo per trovare spazio in queste pagine.

⁸ R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 3, si veda anche la citazione di George Marshall, che nel 1947 affermava, proprio nell'ambito della ricostruzione: «*I realize that the word democracy is given many interpretations. To the American Government and citizen it has a basic meaning. We believe that human beings have certain inalienable rights, that is, rights which may not be given or taken away*». G. MARSHALL, *Reconstruction of Germany on a Democratic Basis*, Dipartimento di Stato, Bollettino n. 16, Marzo 14, 1947, 524, citato in R. W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 4.

contiene in sé un nucleo storico-concettuale connaturato all'idea di liberalismo propria degli Stati Uniti⁹.

Ma come si ponevano gli stessi americani rispetto al “nemico” sconfitto? Seguendo Kostal, si può dire che essi spiegavano quello che l'autore chiama «*The Legal Others*» più nei termini di una “caduta” che di una radicale differenza¹⁰.

Rispetto all'ideale di modernità giuridica liberale rappresentata dagli USA, il regime di Hitler era visto come una perversione di un sistema, quello della Repubblica di Weimar, altrimenti avviato verso un destino pienamente liberal-democratico, come testimoniava il grado avanzato raggiunto dalla civiltà giuridica tedesca.

Al contrario della Germania pre-hitleriana, il Giappone imperiale e militarista non godeva della stessa stima, agli occhi degli occidentali americani, che lo consideravano posto ad uno stadio di evoluzione inferiore rispetto agli standard della propria civiltà giuridico-politica. Se in Germania si era verificata una ‘caduta’ e una perversione del sistema liberal-democratico a opera della modernità fascista, in Giappone i principi del liberalismo erano sì già stati importati, ma non avevano fatto in tempo ad attecchire e svilupparsi, a causa del carattere dirigista della “rivoluzione dall'alto” iniziata nel 1868 e consolidata dalla Costituzione Meiji del 1889, che aveva dato origine a un autoritarismo ancora “semi-feudale”¹¹. Anche per il Giappone, comunque, nonostante un indubbio grado di paternalismo presente negli occupanti americani, la ricerca di Kostal mette in luce come l’“antropologia giuridica” alla base del progetto di ricostruzione rappresentasse i giapponesi come pienamente in grado di aderire e far propri i valori liberali, appunto in quanto universali.

Un carattere ulteriore messo in luce da Kostal, tuttavia, è anche il preciso progetto di sicurezza nazionale posto alle spalle del progetto di ricostruzione americano. Quest'ultimo si reggeva sull'assioma che gli stati autenticamente liberal-democratici non avrebbero posto un rischio per la pace mondiale e, di conseguenza, per la sicurezza degli Stati Uniti. Eradicare il militarismo e il totalitarismo diventava prodromico a una determinata declinazione dell'interesse nazionale, che Kostal definisce

⁹ Si veda ivi, p. 30, sia per le citazioni del paragrafo che per la descrizione del tipo umano corrispondente al funzionario della Divisione Legale americana in Germania. Il caso del burocrate professionale era anch'esso presente, ma si trattava in ogni caso di uomini organici al partito democratico, spesso comunque giuristi di formazione, in un contesto in cui i confini tra politica, amministrazione e professioni legali erano più labili che sul Continente.

Sul processo di redazione della nuova Costituzione giapponese da parte degli americani, si veda ivi, 120 e ss. Quella che era di fatto una Costituzione di totale rottura con l'ordine previgente venne approvata dalla Dieta e dalla Camera dei Pari giapponesi nella forma di un emendamento alla Costituzione imperiale del 1889.

¹⁰ Per la definizione di «*Legal Others*» si veda ivi, p. 67.

¹¹ La descrizione dell'ordinamento giapponese qua rappresentata è semplicistica, così come è del resto forse troppo facile ridurre alle capacità di ‘perversione’ dei nazisti alcune delle tendenze autoritarie già presenti in una parte della società tedesca negli anni complessi della Repubblica di Weimar. Tuttavia, quello che si è rappresentato è il punto di vista americano, così come descritto da Kostal. Le definizioni schematiche di una perversa “modernità fascista” e di un Giappone militarista ancora “feudale” rispecchiano le idee che operavano entro l'amministrazione americana. Si veda quanto riportato da Kostal, ivi, pp. 24-25, 33, per la Germania, e ivi, pp. 25, 55 e 124, per il Giappone. Sempre sul Giappone e sulla negazione di un vero e proprio razzismo di tipo biologico dietro al senso di superiorità culturale americana, ivi, p. 103. Per uno studio introduttivo alla storia costituzionale giapponese del XIX secolo, si rinvia ai saggi contenuti in AA.VV., *Études de droit japonais*, Paris, 1989, in particolare si veda la parte II. *Le droit constitutionnel*, pp. 105 e ss.

come «*national security liberalism*»¹². Proprio tale calcolo politico, fin dall'inizio sotteso all'occupazione trasformativa americana, rivelava la possibilità di un cambio di strategia, qualora si fosse ritenuto che nuove minacce alla sicurezza degli Stati Uniti provenissero da altri e più pericolosi attori dei militaristi e nazionalisti giapponesi e tedeschi. Così infatti avvenne, e, dopo il biennio 1946-47, anche la strategia americana cambiò¹³.

Durante la fase di pianificazione dell'occupazione, iniziata già nel 1943, questo cambio di strategia era però ancora lontano. Una radicale epurazione degli Stati sconfitti era invece considerata necessaria e gli apparati americani iniziarono a elaborare analisi e progetti al riguardo, così come in merito al livello di penetrazione raggiunto dai principi nazisti entro l'ordinamento tedesco e allo studio della condotta da tenere davanti agli apparati statali giapponesi dopo la vittoria¹⁴.

Qui l'analisi andrebbe diversificata rispetto ai due paesi, in primo luogo per l'atteggiamento americano: rispetto alla Germania, presupposta come necessaria la totale distruzione degli apparati centrali dello Stato nazista, ci si poneva il problema del grado di compromissione dei giuristi e dei tribunali ordinari tedeschi. Al riguardo, è interessante notare come nel susseguirsi di rapporti e analisi sul tema, finisse da ultimo per

¹² L'espressione «*national security liberalism*» veniva già utilizzata da T. SMITH, *Making the World Safe for Democracy in the American Century*, in *Diplomatic History*, n. 2/1999, pp. 174-175. Riguardo al termine citato, Kostal scrive di una forma di realismo politico sottesa ai propositi di democratizzazione, ossia di un calcolo spassionato del proprio interesse alla sicurezza, R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 346.

La concezione riassumibile nel binomio democrazie liberali-pace, opposto a quello autocratie-guerra è comunque antica e presente in numerosi autori liberali, a partire dall'Illuminismo e sebbene non sempre declinata nei termini di una necessaria imposizione di un ordinamento liberal-democratico dall'esterno. La versione invece più radicale di quello che è forse definibile nei termini di un "moralismo pragmatico", quantomai viva ancora oggi, può ben essere esemplificata da un libro scritto alla fine della Guerra da K. LOEWENSTEIN, *Political reconstruction*, New York, 1946. Una critica a Loewenstein, molto lucida e proveniente anch'essa da parte liberale, è la recensione scritta da C. J. FRIEDRICH, in *The Journal of Modern History*, n. 3/1948, pp. 251-252.

¹³ In merito al citato mutamento della strategia americana, R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 5, dove è riportato anche un discorso in tal senso del Segretario di Stato Dean Acheson.

¹⁴ Preliminarmente, conviene offrire un rapido schema degli organi amministrativi Alleati operanti in Germania e Giappone. Per la Germania, nella fase tattica delle operazioni già operava da Londra (in seguito e fino all'estate del 1945, da Francoforte) la *Special Legal Unit, Germany and Austria* (SLU), col compito di studiare l'influsso del nazismo sul diritto tedesco e provvedere soluzioni per la fase d'occupazione, circa la condotta da tenere verso il sistema giuridico del nemico. La SLU era posta alle dipendenze del *Supreme Headquarters of the Allied Expeditionary Force* (SHAEPF), la cui componente americana era l'*United States Forces European Theater* (USFET). Durante la fase dell'occupazione, nei tre Stati tedeschi sotto controllo USA (Baviera, Baden-Württemberg, Assia), gli sforzi di ricostruire il sistema legale erano guidati dalla *Legal Division*, con base a Berlino, cioè da una delle dodici divisioni operative dell'*United States Group Control Council* (USGCC) (in seguito rinominato *Office of Military Government, United States* o OMGUS). A capo della Divisione Legale vi era nelle prime fasi il giurista e funzionario americano, vicino al partito democratico, Charles Fahy. Oltre al comando americano, vi era anche un *Directorate-Legal* (DLeg) che riuniva tutte le quattro potenze Alleate contro la Germania (USA, UK, URSS e Francia) e che dipendeva dunque dall'*Allied Control Council* (ACC) e dalla sua complicata dialettica interna, di fatto paralizzata già dal 1946 (R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., pp. 82-83).

Per il Giappone, la *Far Eastern Commission* (FEC) riuniva dodici Stati, tra i quali USA e URSS, nel sovrintendere da Washington la politica alleata verso il Giappone sconfitto. Tuttavia, il carattere di fatto esclusivo dell'occupazione americana del suolo giapponese si rifletteva nella libertà di iniziativa data al *Supreme Commander Allied Powers, Japan* (SCAP), ossia al Comandante Supremo MacArthur. Fu MacArthur a occuparsi delle riforme dell'ordinamento giapponese, tra le quali quella costituzionale e quelle dei codici penale e di procedura penale, oltre che della riorganizzazione del sistema giudiziario e dell'avvocatura giapponesi.

afferinarsi una visione tutto sommato accomodante dei rapporti intercorsi tra la scienza giuridica e i giuristi con il nazismo¹⁵.

Per il Giappone, posto che l'interesse per lo studio dell'ordinamento locale era molto inferiore e complicato dalla scarsa conoscenza linguistica e dall'idea (poi stravolta dalla bomba atomica) che la guerra sarebbe continuata ancora a lungo, si riteneva di potersi ancora servire dell'imperatore e degli apparati statali esistenti, una volta epurati gli ultranazionalisti. Non era invece inizialmente previsto che il governo americano intraprendesse riforme decisive, anche se il generale MacArthur si sarebbe in seguito distanziato parecchio dai piani originari¹⁶.

¹⁵ Un primo rapporto circa la penetrazione del nazismo tra i giuristi e giudici tedeschi venne preparato dall'OSS statunitense (*Offices of Overseas Services*, antesignano della CIA) nel 1942. Il documento, pur opera in larga parte di emigrati tedeschi di origine ebraica, definiva i giudici tedeschi come dei conservatori maggiormente legati alla tradizione tedesca dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) che al culto di Hitler. R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 36.

Sorprendentemente conciliante verso una magistratura in realtà largamente collusa con il nazismo, fu anche il successivo rapporto britannico, preparato dall'ex giudice e giurista tedesco Ernst Wolff nel 1943. Nel suo rapporto Wolff definiva il diritto nazista nei termini di un fattore estraneo sia al diritto che agli operatori del diritto tedeschi, da cui il corollario che una volta epurato l'ordinamento dalle leggi permeate dall'ideologia hitleriana e dai (pochi) veri nazisti tra i giudici, si sarebbe potuto «riportare l'orologio legale al 1932». Ivi, p. 43, traduzione mia. La posizione di Wolff venne ufficialmente adottata dall'emigrato ed avvocato ebreo-tedesco Fritz Oppenheimer, posto a capo della *Special Legal Unit* (SLU) interna al *Supreme Headquarters of the Allied Expeditionary Force* (SHAEF). Si veda Oppenheimer to Finlay, *Memorandum on the Denazification of the German Legal System*, Aprile 26, 1944, National Archive and Record Administration, College Park, Maryland (NARA) RG 331, SHAEF *Legal Branch*, box 235, citato in R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 44. L'indicazione di procedure alla denazificazione tramite un'abrogazione selettiva e limitata delle disposizioni di legge naziste si ritrova anche nel rapporto americano del 1944 *Elimination of Fundamental Nazi Political Laws in Germany, Civil Affairs Guide*, preparato dalla *Federal Economic Administration*, Aprile 1944. NARA RG 60, *Department of Justice, Economic Warfare*, box 61, citato ivi, p. 39. Queste indicazioni dovevano poi trovare applicazione nell'effettiva decisione di abrogazione limitata contenuta nella Legge n.1 emanata dagli Alleati anglo-americani alla cattura del suolo tedesco.

Come si vede, una posizione tutto sommato moderata verso il coinvolgimento dei giudici tedeschi nei crimini nazisti proveniva spesso proprio dai giuristi emigrati dalla Germania alla presa del potere di Hitler, nonostante fossero stati essi vittime in prima persona del nazismo.

Non mancarono peraltro alcune posizioni di dissenso tra gli stessi emigrati ed esperti legali, in particolare Karl Loewenstein, avvocato e professore di diritto costituzionale a Monaco, poi fuggito negli USA e docente all'Amherst College, nonché figura su cui si tornerà. Loewenstein, come denunciò nel proprio rapporto alla nuova *Special War Section of the Justice Department*, riteneva corresponsabili giudici e professionisti legali tedeschi della perversione del diritto sotto Hitler. Inoltre, egli riteneva che la magistratura e il ministero della Giustizia del Reich si fossero costituiti a centro della reazione contro la Repubblica già prima del 1933 e, nel suo rapporto, prevedeva che proprio i giuristi sarebbero stati i primi a cercare di giustificare le colpe collettive del popolo tedesco una volta persa la guerra, fornendo una razionalizzazione delle proprie corresponsabilità. Loewenstein to W. C. Smith, *De-contamination of German Law after the Fall of the Nazi System*, 30 Aprile, 1943, *Karl Loewenstein Papers* (d'ora in poi KLP), *Amherst College Archives and Special Collections*, box 29, citato ivi, p. 37.

La posizione di Loewenstein circa la magistratura tedesca pare potersi dire fondata, si vedano tra gli altri O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., pp. 299-303, ma anche la recente ricerca di A. CARRINO, *Weimar. Critica di una costituzione, Diritti, politica e filosofia tra individuo e comunità*, Milano-Udine, 2020. Sia consentito rinviare anche al paragrafo sulla giurisprudenza weimariana in M. MARAZZINI, *Emergenza politica e custodia della Costituzione. Il contributo di Kelsen e Schmitt nel contesto del processo 'Prussia contro Reich' del 1932* [Link](#), in *Consulta Online*, Studi, n. 2/2022, pp. 545 ss.

¹⁶ Circa i progetti americani per il Giappone, sia il Dipartimento della Guerra (tramite l'OSS, lo *State-War-Navy Coordinating Committee* (SWNCC) e l'*Operations and Planning Division* (OPD)) che il Dipartimento di Stato elaborarono delle proposte. Peraltro, i funzionari che redassero i piani di ricostruzione per il Giappone erano all'oscuro del progetto della

Quello che pare più interessante è però il giudizio secondo cui già la fase di preparazione della “rivoluzione legale” fu in realtà viziata da mancanze organizzative e teoriche gravi. Sia a Washington che nelle prime fasi sul campo vi era una forte carenza di esperti dei sistemi legali da riformare. Sorprendentemente, ciò non avveniva solo con riguardo al Giappone, ma anche rispetto all’ordinamento tedesco.

In questo secondo caso, la quasi totalità dei giuristi esperti all’interno delle forze americane erano essi stessi tedeschi emigrati negli USA negli anni ’30, a causa della loro origine ebraica¹⁷. Tuttavia, essi non occupavano comunque le posizioni direttive, saldamente in mano alle gerarchie militari (dunque, in ultima istanza, al generale e governatore Lucius Clay) e a quel tipo di *Wall Street lawyers* e amministratore civile americano a cui si è fatto cenno, caratterizzato da una grande dedizione, ma del tutto ignorante di diritto tedesco.

I giuristi di professione, nel loro complesso, rimasero comunque sempre minoranza all’interno dei vari raggruppamenti organizzativi preposti alla ricostruzione legale, sia nella fase di progettazione che di messa in opera. Inoltre, a coloro che avevano una preparazione teorica e non solo pratica del mondo legale non vennero assegnati ruoli decisivi, come dimostrerà l’esperienza del giurista e accademico tedesco-americano Karl Loewenstein. Come conseguenza, l’assenza di una riflessione sui nodi irrisolti di un’occupazione militare intesa a instaurare un ordinamento liberale risenti, secondo Kostal, anche della mancanza di una solida e diversificata teoria fatta poi propria dai decisori già a monte del progetto, oltre che dell’essere in concreto elaborata da una molteplicità di organi amministrativi diversi, con i conseguenti problemi organizzativi¹⁸.

Davanti al decisivo problema dell’abrogazione del diritto nazista, i gruppi di lavoro anglo-americani non seppero compiere un lavoro

bomba atomica, motivo per cui non pensavano che l’occupazione sarebbe iniziata prima del 1946. R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 51 e ss.

¹⁷ Da questo punto di vista, stupisce in effetti come dalla ricerca di Kostal emerga che le posizioni espresse dagli emigrati ebrei-tedeschi furono nel complesso molto moderate e inclini a sottolineare il carattere parzialmente autonomo che la magistratura e buona parte dell’ordinamento tedesco sarebbero riusciti a conservare sotto Hitler. L’intransigenza di un liberale radicale come Karl Loewenstein sembra piuttosto l’eccezione che la norma. Interessante poi che anche nel contesto giapponese ruolo di primo piano (e anche in questo caso funzione “moderatrice” rispetto alla volontà di riforma) svolgesse un altro emigrato tedesco di origine ebraica, Alfred C. Oppler. R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 169.

¹⁸ Il giudizio fortemente critico di Kostal è ben riassunto già ivi, p. 14: «*The American military occupations of Germany and Japan were incoherently planned, defined, and communicated by the Truman administration and its various subordinate arms. On the ground in Germany and Japan, the functional subdivisions of the occupations were often poorly led and always underresourced. The vitally important legal subdepartments of the occupations were staffed almost exclusively by American lawyers lacking specialized knowledge of German or Japanese law or legal history*».

Dal punto di vista quantitativo, nell’estate del 1945 era previsto in dotazione alla *Legal Division* in forza all’USGCC un organico di cinquanta persone, di cui meno di un terzo giuristi professionali e meno di un quinto in grado di parlare il tedesco. Solo quattro giuristi potevano poi dirsi esperti di diritto tedesco, di questi uno era Karl Loewenstein. Anche se gli organici aumentarono negli anni seguenti (tra il 1945 e il 1947 lavorarono nella Divisione un totale di 36 giuristi), rimasero comunque insufficienti per un ente che, in un contesto di totale distruzione dell’amministrazione locale, avrebbe dovuto agire come un “Ministero della Giustizia di fatto”. Il rapporto degli esperti di cose tedesche con i non esperti, rimase poi sempre molto sfavorevole. Ivi, p. 78.

In Giappone, questo secondo tratto era se possibile accentuato, mentre anche in questo contesto lo sforzo di ricostruire l’ordinamento giuridico (in questo caso addirittura costituzionale), venne portato avanti da un gruppo assai ristretto di militari americani, solo alcuni dei quali dotati di preparazione legale. In totale, si parla di ventiquattro persone che redassero materialmente la nuova Costituzione in circa una settimana, nel 1946. Ivi, p. 128.

comprensivo circa il grado di penetrazione del regime nell'ordinamento e nelle corti tedesche e circa il livello di compromissione dello stesso ceto giudiziario. Ne risultò che il lavoro condotto nei mesi precedenti alla fine della Guerra in Europa si concretizzò, al momento della conquista del suolo tedesco, nell'immediata abrogazione di sole nove leggi naziste giudicate particolarmente liberticide (sulle più di 9000 approvate dal 1933), a cui si accompagnavano, nella medesima disposizione, due clausole generali che vietavano alle corti che fossero state riaperte di decidere in base a criteri di razza, religione o opposizione politica al nazismo o, in ogni caso, sulla base delle dottrine del passato regime¹⁹.

Il problema della scarsa preparazione e del mancato coordinamento di chi elaborava i piani e chi li avrebbe dovuti mettere in campo era ancora più pronunciato in Giappone, paese rispetto al quale anche più grave era la carenza di esperti legali americani, tanto da permettere di esercitare una certa influenza anche a figure non ufficialmente coinvolte nel progetto²⁰. In ogni caso, proprio il caso giapponese resterà un esempio della mancata recezione dei pareri elaborati dagli uffici in patria da parte dell'amministrazione militare sul campo, del tutto restia, sotto la guida del Comandante Supremo Douglas MacArthur, a qualsiasi indagine o speculazione teorica sul diritto e sulla tradizione giuridica locale.

3. Propositi di epurazione e pratiche di oblio in Germania

Ultimata la fase tattica delle operazioni militari, nell'estate del 1945 lo sforzo americano in Germania si rivolse ai progetti di riorganizzazione del paese. Tra di essi, la ricostruzione del sistema legale tedesco rappresentava soltanto una delle operazioni messe in campo, ma occupava, come si è visto, un ruolo di primo piano. Prodromica alla ricostruzione appariva però una fase di vera e propria distruzione dell'edificio legale nazionalsocialista, a sua volta giunto, durante gli ultimi anni di guerra, al suo grado di massima decostruzione dei residui dello Stato di diritto in Germania, tramite lo sviluppo parossistico dei processi di centralizzazione (in opposizione al federalismo) e amministrativizzazione della giustizia, in contemporanea però a un fiorire di giurisdizioni speciali, ciascuna facente capo a un diverso centro di potere del Behemoth nazionalsocialista²¹.

Se i tribunali politici vennero smantellati definitivamente, i propositi americani per la propria zona d'occupazione erano di purgare anche le

¹⁹ Law n. 1 emanata dal *Supreme Headquarters of the Allied Expeditionary Force* (SHAEP), la decisione dell'abrogazione selettiva era conforme a quanto deciso dall'ACC e dunque comune a tutte le potenze occupanti. In seguito, furono poi abrogate un'altra ventina di leggi naziste in tutte le zone d'occupazione, ma non vi furono altri interventi legislativi comuni di rilievo. Circa gli atti con forza di legge approvati sotto il regime di Hitler, Kostal riporta un calcolo fatto dagli stessi alleati nel 1945, nel quale si arriva a un totale di 9000 atti, di cui almeno 3000 permeati dall'ideologia nazista. R. Finley to B. Marsh, *Denazification of German Law*, 12 agosto 1945, *National Archive of the United Kingdom* (NAUK) FO 1060 / 1095, citato *ivi*, p. 72. Marsh era allora il direttore della Divisione Legale dell'*United States Group Control Council* (USGCC).

²⁰ Da qui il momentaneo successo dell'idea suggerita in via semi-privata ai funzionari dell'OPD dal lettore in Storia a Yale e ufficiale d'*intelligence* DeForest Van Slynck, idea incentrata su di un'occupazione non più trasformativa ma volta a suscitare la "spontanea" imitazione del modello americano da parte giapponese. Il progetto esercitò una certa influenza sui piani originari dell'amministrazione Truman, ma non ebbe poi seguito, anche in virtù del carisma e della volontà personale di MacArthur. *Ivi*, pp. 58 e ss.

²¹ La definizione dello Stato nazista come di un «Behemoth», ossia una forma di negazione dello Stato razionale moderno, è di F. L. NEUMANN, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, New York, 1942 (3^a ed., Chicago, 2009). Neumann, come Fraenkel, Kirchheimer e i grandi nomi della Scuola di Francoforte, faceva parte di quella

corti locali (le *Amtsgerichte*) e in seguito anche quelle superiori dei vari *Länder* degli elementi vicini al partito nazista, in vista di una loro successiva riapertura. Nei mesi successivi alla resa dell'esercito tedesco, divenne del resto sempre più chiaro che, dopo il collasso completo delle strutture dello Stato centrale, era una questione essenziale riorganizzare almeno un rudimento di tutela giurisdizionale, in una situazione estremamente difficile e caratterizzata dalla mancanza di tutto e da un esodo di massa della popolazione civile tedesca verso Ovest. La denazificazione di tribunali e apparati di giustizia, oltre che dell'avvocatura, veniva dunque configurandosi come un compito da svolgere in fretta davanti alle necessità materiali dell'occupazione, alle quali furono sempre particolarmente sensibili i comandanti militari americani in Germania. D'altra parte, si è anche visto come gli apparati statunitensi si avviassero al compito di ricostruire le istituzioni legali che il nazismo aveva pervertito avendo un'idea piuttosto conciliante del grado di responsabilità dei giudici ordinari che tali istituzioni avevano occupato sotto Hitler²².

Queste idee non erano però condivise da una figura chiave per comprendere la politica legale americana in Germania, ossia il giurista e poi membro della Divisione Legale dell'*American Military Government* (AMG) Karl Loewenstein. Proveniente da una famiglia della borghesia liberale tedesca di origine ebraica, avvocato e professore di diritto pubblico a Monaco prima del 1933, Loewenstein era in seguito fuggito negli USA, dove insegnò diritto e scienze politiche all'Amherst College, servendo presso il Dipartimento di Giustizia americano durante la Guerra e fino al 1945, quando si offrì volontario come esperto in diritto tedesco per la nuova Divisione Legale. I diari personali e i rapporti riservati scritti da questo giurista sono un elemento fondamentale utilizzato da Kostal per far luce sui meccanismi interni al governo americano in Germania, non da ultimo per il loro carattere radicalmente critico della condotta degli Alleati. Interessanti sono però anche gli scritti scientifici di Loewenstein, sia quelli risalenti alla fine degli anni '40 e all'inizio degli anni '50 sulle politiche americane e il nuovo ordinamento costituzionale tedesco, sia i celebri articoli degli anni '30 sul concetto di *militant democracy*.

La "democrazia militante" che dà il titolo a un articolo scritto nel 1937 doveva diventare un concetto più volte ripreso proprio nelle costituzioni del secondo dopoguerra e soprattutto in Germania, sebbene valga la pena di notare come Loewenstein stesso adottasse poi un approccio

schiera di emigrati tedeschi i cui studi avevano in vario modo contribuito a formare l'immagine del Terzo *Reich* agli occhi dell'opinione colta americana, insieme a giuristi e politologi di fede liberale, quali Loewenstein o Carl Friedrich (il quale, però, si era trasferito negli USA ben prima del 1933). Per uno studio più recente dello Stato hitleriano, M. BROSZAT, *The Hitler state. The foundation and development of the internal structure of the Third Reich*, (1969), trad. ing. di J.W. Hiden, Boston, 1981.

²² Nel trattare della denazificazione delle varie istituzioni giuridiche tedesche, specie della magistratura, si deve tener conto che l'epurazione rappresentò comunque parte di un processo più ampio, quello delle politiche di denazificazione alleate in Germania. Un processo che coinvolse l'intera società tedesca e che non può essere trattato in maniera esauriente in queste pagine. Si riprenderanno comunque alcune posizioni espresse da autori che si sono occupati della denazificazione in via generale, pur offrendo anche spunti ai fini del nostro argomento specifico. Entro l'ampia letteratura in merito, si vedano in particolare i saggi raccolti in H. QUARITSCH, *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, trad. it. a cura di P.P. Portinaro, Milano, 1995; J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., pp. 84 ss. e 276 ss. Per un resoconto coevo sulla denazificazione, da parte di uno dei suoi protagonisti, K. LOEWENSTEIN, *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, in *Harvard Law Review*, n. 3/1948, pp. 442-454.

Sulla situazione di distruzione materiale della Germania nel 1945 e il pragmatismo del generale Clay al riguardo, R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., pp. 80-81.

quantomai critico dell'uso della sua teoria fatto nella Repubblica Federale degli anni '50²³.

Ciò che importa ai nostri fini non è però tanto la validità o l'influenza del concetto di *militant democracy* in sé – pur essendo stato esso oggetto di una “riscoperta” e di un dibattito critico negli ultimi anni – quanto piuttosto alcuni determinati presupposti dell'idea. Tra di essi, rileva innanzitutto che, nel modo in cui viene concepita da Loewenstein, la democrazia militante è ricollegata a un'analisi del diritto che pone sempre quest'ultimo in stretto collegamento con una determinata società e fase storico-ideale²⁴.

Loewenstein è un pensatore liberale (la stessa *militant democracy* da lui proposta è una costruzione tipicamente liberale), ma lontano dall'orizzonte del giuspositivismo, rispetto al quale non a caso vi sono diversi accenni polemici sia negli scritti degli anni '30 – riguardo all'incapacità formalistica di concepire la necessità di misure autoritarie e se necessario *contra legem* contro i fascisti – sia negli scritti più teorici e meno politicamente impegnati degli anni '50. In quest'ultimi il collegamento tra società di massa, partiti politici (o élite politiche) e tutela dei valori liberali è molto forte, benché venato di pessimismo rispetto alla possibilità di realizzare le promesse presenti nelle nuove costituzioni senza che quest'ultime si affermino al contempo quali «*living constitutions*» ancorate nel sentimento popolare, anziché meri strumenti tecnici per i professionisti del diritto²⁵.

L'attenzione al contesto politico, sociale e morale in cui opera il diritto è un tratto importante della sensibilità scientifica di Karl Loewenstein e

²³ Per gli scritti sul governo militare alleato in Germania, si veda in particolare il già citato K. LOEWENSTEIN, *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, cit.

Il celebre articolo in due parti sulla democrazia militante contro il fascismo (la «*militant democracy*» citata nel testo) è ID., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I, in *The American Political Science Review*, n. 3/1937, pp. 417 ss. e *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, in *The American Political Science Review*, n. 4/1937, pp. 638 ss. L'analisi delle costituzioni post belliche è in ID., *Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age*, in A.J. ZURCHER (a cura di), *Constitutions and constitutional trends since World War II. An examination of significant aspects of postwar public law with particular reference to the new constitutions of Western Europe*, New York, 1951, pp. 191 ss.. La critica dell'uso fatto dal Governo Adenauer dell'idea della democrazia militante a fini di repressione interna è in K. LOEWENSTEIN, *The German Republic at Bonn*, in *Current History*, Aprile 1, 1955, pp. 164 e ss.

²⁴ Circa il dibattito contemporaneo sulla democrazia militante, la bibliografia sarebbe assai vasta, soprattutto se si volesse considerare la prassi dell'ordinamento tedesco. Volendosi limitare a un'analisi concettuale, una buona introduzione al dibattito si trova nel *paper* del filosofo del diritto L. VINX, *Democratic Equality and Militant Democracy* [Link](#), in *Constellations*, n. 4/2020, pp. 685 ss.

²⁵ Per il concetto di «costituzione vivente» espresso nel testo, distinto dall'accezione poi assunta dal termine nel dibattito americano ed europeo sull'interpretazione costituzionale, si veda K. LOEWENSTEIN, *Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age*, cit., p. 222 e ivi, p. 193 per la critica al tecnicismo giuridico.

Kostal riporta spesso osservazioni critiche di Loewenstein circa l'inclinazione alla passiva interpretazione della legge dei giudici tedeschi, sebbene quest'autore conoscesse troppo bene la Germania per non sapere del grado di convinta ostilità alla democrazia liberale già presente nel potere giudiziario sotto Weimar.

Loewenstein definisce esplicitamente come necessariamente autoritaria la risposta delle democrazie alla minaccia fascista, a patto che esse vogliano sopravvivere a quella che vede come una mera tecnica politica in grado di strumentalizzare e pervertire ai suoi scopi da un lato le libertà d'organizzazione politica concesse dallo Stato liberale, dall'altro l'emozionalismo delle masse e gli strumenti tecnico-propagandistici della società moderna. ID., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, p. 657. L'attenzione alle dinamiche reali di potere di partiti e gruppi d'interesse, spesso celate dietro alle forme istituzionali, è molto chiara, già dal titolo, nell'ultima opera di K. LOEWENSTEIN, *Le forme della cooperazione. I processi autonomi di riproduzione dei gruppi privilegiati*, (1973), trad. it a cura di M. Cotta, Milano, 1990, pp. 73 ss.

gli consente di comprendere come determinati presupposti di ordine sociopolitico siano essenziali per impiantare un vitale ordinamento giuridico liberal-democratico. In questo autore una forte carica ideale si unisce a una visione comunque realistica della società di massa e delle sue dinamiche, in specie del ruolo svolto dalla burocrazia pubblica e privata e dai partiti. Molte delle posizioni espresse strenuamente da Loewenstein durante il suo periodo alla *Legal Division* nascevano proprio dalla consapevolezza che per costruire delle istituzioni democratiche in Germania bisognava selezionare in primo luogo degli individui sinceramente convinti di quelle idee, passando attraverso una fase di rieducazione della popolazione tedesca, non da ultimo visto il passato grado di partecipazione collettiva alle politiche del regime.

Visto che entro la Divisione Legale Loewenstein era assegnato proprio all'ufficio dedicato alla ricostruzione dell'amministrazione della giustizia, la sua prima preoccupazione furono le politiche di denazificazione della magistratura tedesca, presupposto essenziale di ogni riforma. Tali riforme erano da lui percepite come tanto più necessarie dopo gli incontri ufficiali avuti con i giudici tedeschi nell'estate del 1945, durante i quali avevano trovato conferma i timori personali di Loewenstein sullo stato di negazione delle colpe dei loro connazionali (e della corporazione giudiziaria) in cui versavano i magistrati²⁶.

Tuttavia, il ruolo di Loewenstein entro l'AMG e la stessa *Legal Division* fu sempre subordinato a quello di altri personaggi, spesso funzionari americani non dotati della medesima esperienza e propensi a fraternizzare con gli urbanizzati esponenti dell'élite giuridica tedesca. Inoltre, la disastrosa situazione dell'ordine pubblico nella zona d'occupazione spingeva a una rapida riapertura dei tribunali. La soluzione, elaborata su proposta di funzionari della ricostruita amministrazione bavarese e con l'appoggio di Fritz Oppenheimer, già a capo della suddivisione legale delle forze Alleate nella fase tattica delle operazioni belliche, fu di affidare la denazificazione agli stessi tedeschi, tramite corti locali speciali (*spruchkammern*), composte da giudici non collusi col regime. La proposta ebbe l'appoggio di Charles Fahy, capo della nuova Divisione Legale e, soprattutto, del generale Clay, che nel frattempo aveva avallato la riorganizzazione di una prima gerarchia di governo tedesca entro i tre *Länder* sotto il controllo statunitense. Con la «Legge per la liberazione dal nazionalsocialismo e dal militarismo» del 5 Marzo 1946 gli sforzi di denazificazione furono definitivamente trasferiti ai tribunali tedeschi. La condizione prevista dalla stessa legge, secondo la quale le decisioni delle più di 300 *spruchkammern* sarebbero sempre state sottoposte alla supervisione americana, finì per risolversi in un controllo puramente nominale, vista la scarsità di uomini in grado di capire il tedesco della *Legal Division* e la mole dei casi da esaminare²⁷.

²⁶ R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 88. Nel considerare la responsabilità della magistratura, oltre al ruolo antidemocratico da essa oggettivamente svolto nel convulso passaggio dalla Repubblica al nazismo e poi ancora sotto al regime, si deve evidenziare anche come l'iscrizione al partito non fosse mai stata obbligatoria per i giudici tedeschi, benché naturalmente non aderire significasse rinunciare a progredire nella carriera. Eppure, l'80 % dei giudici era stata iscritta al partito nazionalsocialista. K. LOEWENSTEIN, *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, cit., pp. 444-446.

²⁷ Sulla Legge del 5 Marzo 1946, si veda già K. LOEWENSTEIN, *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, cit., p. 449, dove l'autore descrive nel dettaglio le varie categorie, corrispondenti ai gradi di collusione con il regime, previste dalla disposizione. Si tenga presente che l'organizzazione del passaggio di consegne alle nuove autorità tedesche della denazificazione veniva preceduto già alla fine del '45 da incontri e comunicati ad opera della Divisione Legale nei quali si diceva che si sarebbero dovuti escludere dai pubblici uffici solo quanti: *held positions of leadership and authority in*

Nel considerare negativamente il passaggio ai tedeschi stessi dell'epurazione, si deve certamente considerare che, in realtà, il numero di civili internati dalle autorità americane nel periodo precedente al 1946 era stato elevato, ma al contempo gestito con una cattiva organizzazione, così che non si era spesso riusciti a individuare molti responsabili dei crimini nazisti. Rispetto all'epurazione della magistratura, la legge del 5 Marzo s'inseriva poi in un momento delicato, in quanto già il 20 Ottobre 1945 le quattro potenze Alleate avevano adottato una risoluzione che stabiliva i principi comuni secondo cui ricostruire il giudiziario tedesco. La risoluzione, adottata su proposta britannica, prevedeva l'epurazione dalle corti degli ex nazisti *a esclusione di chi fosse stato mero "membro nominale" del partito*. Il giudizio sul fatto che un magistrato fosse stato o no "membro nominale" – con i conseguenti problemi d'interpretazione di una formula così generica – venne così presto a ricadere su tribunali composti da tedeschi che, per quanto fossero spesso stati a loro volta ostili al regime, mostrarono una forte tendenza alla mitezza verso i loro connazionali²⁸.

Il risultato di tali scelte fu che da documenti della stessa Divisione Legale risultava che a metà del 1947 una cifra compresa tra il 35 e il 60 per cento dei giudici riammessi nei diversi *Länder* fosse stata "membro nominale" del partito. Nello stesso anno l'organico delle corti tedesche, ora riaperte in ogni grado entro ciascun *Land*, era pari al 40% del 1938, con conseguenti problemi a far fronte a un contenzioso cresciuto di tre volte rispetto agli anni della Guerra. Le condizioni di vita e gli stipendi dei giudici erano poi così bassi da esercitare un'attrazione, parafrasando Kostal, solo sugli ex nazisti bisognosi di un impiego.

Per quanto riguarda l'avvocatura poi, sebbene questo corpo avesse mantenuto nel complesso maggiori spazi di autonomia dal partito nazista e sebbene proprio Loewenstein fosse stato tra gli artefici della nuova Legge sull'avvocatura, le fonti statunitensi confermano anche qui un sostanziale fallimento della denazificazione: nel 1947 il 50% degli avvocati riammessi al patrocinio era formato da ex membri del partito.

Si comprende dunque come mai si possa parlare di una rinazificazione degli apparati di giustizia. Questo fenomeno discendeva, da

Nazi regime. The board recommended that the American denazification program be reconfigured as a 'popular' program, one which relied mainly on the assessment of Germans about the culpability, or not, of other Germans for the perversities of the Third Reich. In *Summary of Discussion of Denazification Laws*. Dicembre 18, 1945, NARA RG 260, SHAEF *Legal Branch*, box 235, citato in R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 92.

²⁸ Sulla risoluzione interalleata del 20 Ottobre, si veda ACC, Proclamation n. 3, *Fundamental Principles of Judicial Reform*, citato ivi, p. 195. Sul problema del concetto di appartenenza nominale al partito («*nominal party membership*»), Loewenstein notava polemicamente che se esso significava: «*that a person has abstained from torturing prisoners or that he has not burned people in the stoves at Auschwitz it is hardly serviceable, because it merely draws a line between the activists and the rest*», Loewenstein to Fahy, Novembre 30, 1945, KLP, box 28, citato in R. W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 91. L'opposizione di Loewenstein emerge anche da altri documenti citati da Kostal, quali Loewenstein *Memorandum, Denazification Policy*, Novembre 30, 1945, KLP, box 45 e Loewenstein, *Report on Political and Social Conditions in South Germany*, Novembre 26, 1945, KLP, box 45. La critica ritorna in ID., *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, cit., p. 445.

Sul numero di civili tedeschi internati prima del Marzo 1946, si veda J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., p. 84 e ss. e H. QUARITSCH, *Teoria della chiusura dei conti con il passato*, in *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, cit., p. 156, dove l'autore scrive di 430.000 internati nell'intera Germania (190.000 nella zona americana, 122.000 in quella sovietica, i restanti suddivisi tra la francese e la britannica). Lo stesso Quaritsch, che offre un punto di vista molto diverso da quello di Loewenstein e per questo particolarmente interessante, descrive la legge del 5 Marzo 1946 e i suoi effetti ivi, pp. 164 e ss., dove si riporta anche che solo una piccola parte dei giudici componenti i tribunali per la denazificazione erano in realtà giuristi di professione e che da questi organi passarono complessivamente 950.000 imputati, mentre altri casi furono archiviati prima del giudizio dai pubblici ministeri.

una parte, dalla scelta di delegare ai funzionari tedeschi i processi di epurazione e la nomina dei nuovi giudici delle ormai riaperte corti ordinarie (nomina nei fatti decisa dalla rinata burocrazia ministeriale dei *Länder*, saldamente tornata al potere), dall'altro dall'impellente necessità di fare funzionare un minimo di giustizia in un contesto materiale difficile e caratterizzato dalla penuria di uomini validi.

Queste dinamiche erano già operanti a prescindere dal peggioramento delle relazioni tra USA e URSS; con l'inizio della Guerra Fredda subirono un'ulteriore accelerazione, fino ad arrivare nel 1948 a una percentuale complessiva del 60-70% di ex nazisti nella magistratura, spesso anche in ruoli chiave dell'amministrazione della giustizia (specie in Baviera)²⁹.

Può risultare interessante confrontare i dati forniti da Kostal con le tesi formulate all'inizio degli anni '90 dal giurista tedesco Helmut Quaritsch, non a caso nell'ambito del processo di riunificazione tedesca, con il conseguente problema dei processi ai leader della Repubblica Democratica (DDR). Il dibattito contemporaneo diventa occasione per Quaritsch di svolgere una ricerca di ordine generale sull'amnistia e sui "conti da fare" col passato regime. In realtà, l'oggetto privilegiato sono le vicende tedesche degli anni '40 e '50, trattate alla luce di un retroterra tipicamente schmittiano e politicamente conservatore, se non "revisionista", pur nell'accezione scientificamente articolata che del termine dà ad esempio il filosofo della politica Pier Paolo Portinaro, nella sua *Introduzione* all'opera di questo autore. Punti di vista, dunque, molto distanti da quelli di Kostal (o Loewenstein), ma appunto per questo particolarmente interessanti, non da ultimo perché interni alla Germania, sebbene a una determinata corrente del dibattito tedesco³⁰.

Nella propria *Teoria della chiusura dei conti con il passato*, Quaritsch formula alcune proposizioni empiriche che ricorrerebbero nella Storia in fatto di cambiamenti di regime e comportamento dei vincitori. Rispetto a tali fenomeni, l'amnistia, o oblio *de jure*, è ovviamente solo una delle possibili opzioni (benché appaia la più gradita all'autore), essendo le altre l'oblio di fatto, la via giudiziaria e le epurazioni vendicative, che possono a loro volta attuarsi in modo "spontaneo" o tramite una forma soltanto amministrativa di repressione.

²⁹ Per le tesi e per le percentuali formulate nelle righe precedenti, si veda R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., pp. 203-208, ma in senso conforme si esprimeva già K. LOEWENSTEIN, *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, cit., p. 452. Per quanto riguarda la ricostruzione degli apparati degli Stati federati nella zona d'occupazione Occidentale, già nel Gennaio 1946 si erano tenute su volontà americana le prime elezioni amministrative locali nei comuni più piccoli, seguite nei mesi seguenti dello stesso anno dalle elezioni nei comuni più grandi e da quelle per eleggere i nuovi parlamenti degli Stati, che avrebbero poi redatto le tre Costituzioni della Baviera, del Baden-Württemberg e dell'Assia, nel 1946.

³⁰ I saggi di Quaritsch sono raccolti in italiano in ID., *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, cit., per la definizione delle correnti "revisionistiche" da P.P. PORTINARO, *Introduzione*, pp. 8-9. Circa i presupposti teorici schmittiani in Quaritsch, sono evidenti nella contrapposizione anti-normativistica di una situazione normale, presupposto di vigenza dell'ordinamento, a una situazione eccezionale; nell'ostilità all'idea di una completa giuridificazione della politica; nella critica alla giustizia penale internazionale in quanto incapace di assicurare una propria "terzietà".

Per un'introduzione al dibattito giuridico tedesco degli anni '90, e non solo, in tema di amnistia e di "conti con il passato", si veda un grande giurista italiano quale G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, pp. 68 ss. Se il punto di vista di Quaritsch era ormai minoritario negli anni '90, uno degli elementi d'interesse resta proprio il suo essere probabilmente più simile a quello dei tedeschi dell'immediato secondo dopoguerra. In un certo senso questo permette di assumere una prospettiva più vicina, benché non "interna", a quello dei giudici e giuristi oggetto di studio critico da parte di Kostal.

La ricerca di Quaritsch dimostra come il piano dell'ordinamento interno sia spesso stato influenzato dall'esterno nelle fasi di trapasso da un regime a un altro, laddove ciò avviene di solito come esito di una guerra internazionale, al termine della quale il governo della potenza sconfitta viene epurato, o di una guerra civile influenzata da dinamiche internazionali. Il primo dei due casi corrisponde naturalmente alla situazione tedesca, e al riguardo pare possibile dividere le tesi di Quaritsch tra quelle che spiegano il comportamento della potenza esterna occupante e quelle che spiegano il comportamento dei connazionali, sebbene in concreto i due piani finiscano spesso per compenetrarsi.

Circa le prime, il concetto è che la potenza occupante anteporrà sempre il proprio interesse ad altre considerazioni morali, tra le quali le stesse esigenze di giustizia presenti nei propositi di epurazione. La situazione è però resa più complessa dal diverso modo di leggere il proprio interesse da parte di potenze diverse. Nel calcolare i danni che un'epurazione radicale comporterebbe al tessuto sociale, si possono cioè sottoporre alla prova della proporzionalità, intesa anche solo come analisi costi-benefici, solo quei fattori riconosciuti anche dagli occupanti.

Quaritsch spiega in questo modo le diverse politiche di denazificazione portate avanti dagli americani e dai sovietici in Germania: il carattere radicale dell'epurazioni sovietiche si reggeva sull'indifferenza rispetto alla distruzione di quelle professionalità e competenze legate al mantenimento di un'economia di mercato sviluppata, nonché sull'indifferenza rispetto al livello di sacrifici materiali che tali politiche avrebbero imposto alla popolazione civile. Rispetto al primo punto, la distruzione dell'apparato della giustizia appariva invero come necessaria, al fine di ricrearne uno nuovo in cui giudici e avvocati agissero come funzionari del partito comunista al potere.

Naturalmente, si può accusare Quaritsch di avere un'opinione forse eccessivamente positiva nei confronti del carattere consolidato, tramandato di generazione in generazione, di quella cultura del diritto tedesca, che non era stata in realtà estranea al nazismo o quantomeno all'autoritarismo. Tuttavia, è vero che l'epurazione pressoché totale dei giudici nei *Länder* dell'Est fu congeniale ai progetti sovietici, estendendosi, come in molti altri campi, ben aldilà dei soli nazisti, anche se, non a caso, vennero preservati settori di particolare importanza per lo Stato socialista.

Al contempo, si è visto come la politica americana, oltre che dai deficit di organizzazione, progettazione e, più tardi, volontà politica esposti da Kostal, nasceva anche dal pragmatismo del generale Clay nel voler ricostruire al più presto un'amministrazione funzionante nella propria zona d'occupazione. Che per gli americani fosse implicito che tale amministrazione dovesse esercitarsi nell'ambito di una società liberale di mercato e con un grado almeno minimo di prevedibilità, non poteva che condurre a una spinta verso la rapida ricostruzione degli apparati di giustizia³¹.

³¹ Circa la denazificazione nella zona d'occupazione sovietica, essa fu ben più radicale che all'Ovest, così come molto duro fu in generale il regime di occupazione militare. Per offrire alcuni dati nell'ambito giudiziario, furono epurati il 95-100% dei giudici e la grande maggioranza dei membri della Procura e della Corte Suprema del *Reich* (la *Reichsgericht*) morirono di stenti in internamento. L'epurazione sovietica si configura dunque nei termini di quella che Quaritsch definisce come un'«epurazione radicale», retta dalla prevalenza data al fine in sé rispetto ad altre considerazioni utilitaristiche e generali attinenti ad altri campi del vivere sociale. Anche in questo caso però vale quanto prima scritto dall'autore, ossia che gli specialisti con competenze superiori utili all'occupante sono sempre risparmiati, per ragioni d'interesse politico. Ingegneri, scienziati, medici vennero spesso risparmiati dai sovietici, e poi dalla DDR, anche quando fortemente

Ovviamente, tale ricostruzione sarebbe ben potuta avvenire escludendo gli ex nazisti, ma Quaritsch non ha probabilmente torto quando osserva causticamente che in Germania non esisteva una «società di riserva» quale quella desiderata dagli Alleati³².

La politica indirettamente adottata dagli americani, almeno nell'ambito concreto delle professioni legali, sarebbe dunque spiegabile nei termini di una commistione *sui generis* tra oblio di diritto e di fatto, perché permise di riammettere entro il proprio ufficio molti ex nazisti tramite procedure legali, quali il vaglio dei tribunali di denazificazione e la nomina ministeriale, ma senza che, comprensibilmente, vi fosse una vera e propria esplicita amnistia *generale*, intesa come esplicita disciplina giuridica del dimenticare³³.

Il fatto che poi l'intera operazione di denazificazione e ricostruzione legale passasse nelle mani degli stessi tedeschi, finendo di fatto per neutralizzare la carica rivoluzionaria con cui era stata pensata l'operazione, troverebbe riscontro nelle proposizioni empiriche di Quaritsch secondo cui, in una società dove esistono un'opinione pubblica e un voto di massa, l'epurazione non deve compromettere il funzionamento dello Stato e dell'economia, oltre a essere destinata a terminare prima, se rivolta a un gruppo potenzialmente grande di persone³⁴.

Nel 1945 il numero di tedeschi iscritti al NSDAP o a una delle strutture collegate al partito, pur detraendo i morti in guerra, era di circa 8 milioni, dati noti anche al personale del Governo americano. Nei fatti, i casi trattati dai tribunali (tedeschi) per la denazificazione furono poi 950.000; invece più di 2 milioni e mezzo furono archiviati dalla pubblica accusa o toccati da amnistie *selettive* emanate dal governo militare per i reati minori o per determinate categorie di persone (giovani, invalidi, poveri). Se si tiene presente la scarsità di giudici (e di uomini, in generale) a disposizione, si può convenire con la proposizione formulata da Quaritsch e secondo la quale alla caduta di un regime l'eventuale esame individuale-giudiziario dei meri soggetti "compromessi" se vuole essere autentico fallisce già per sola mole di casi da esaminare. Ciò è specialmente vero se si vuole che i processi siano svolti con le garanzie

collusi col nazismo. Specie per gli scienziati, ciò derivava dalle necessità di ricostruzione della stessa Unione Sovietica. Sui dati sopra esposti e le politiche d'epurazione all'Est, si veda H. QUARITSCH, *Teoria della chiusura dei conti con il passato*, in ID., *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, cit., pp. 149-152, per le tesi dell'autore sul fatto che la condotta dell'occupante verso il passato regime sia sempre dettata da considerazioni di Ragion di Stato e che spesso esse si riflettano nella necessità di preservare almeno parte delle competenze tecniche degli sconfitti, ivi, p. 163.

³² Ivi, p. 162.

³³ Quaritsch offre una definizione dell'amnistia nel suo *Amnistie politiche*, in ID., *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, cit., p. 52, laddove con l'amnistia «da comunità giuridica rinuncia a far valere il suo diritto a punire attraverso l'accusa, la sentenza e la sua esecuzione o, in generale, rinuncia a colpire una condotta passata con sanzioni giuridiche. L'amnistia non trasforma l'ingiustizia in giustizia, ma impone di astenersi dal procedere contro l'ingiustizia». L'autore specifica che la definizione proposta prescinde dalle variazioni geografiche e, rispetto ad essa, l'amnistia politica non rappresenta che uno speciale sottotipo. Dunque, si può mantenere come valida la definizione anche davanti alle diversità che l'istituto viene ad assumere entro i diversi ordinamenti. Peraltro, non sembra sempre chiaro se Quaritsch implichi che all'amnistia debba accompagnarsi anche una forma di oblio collettivo oppure se, forte del suo carattere solo giuridico e di decisione utilitaristica, essa non contrasti in teoria con forme di memoria collettiva. Nella pratica, si può dubitare della capacità di reggere alla prova della Storia da parte di un'amnistia non accompagnata da un implicito "patto del silenzio". Su questi temi si veda sempre J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., pp. 263 ss. e 301 ss.

³⁴ H. QUARITSCH, *Teoria della chiusura dei conti con il passato*, cit., pp. 154-155.

tipiche delle forme giurisdizionali, e non secondo i metodi amministrativi di un regime autoritario³⁵.

Dove però l'analisi di Quaritsch mostra una debolezza è proprio rispetto a settori elitari quali la magistratura. Pur accettando che la mole stessa dei casi, unita al desiderio di pace, spingesse a dismettere in massa i procedimenti, non è egualmente comprensibile che non si prestasse maggiore attenzione in ambiti dove il numero di persone da sondare era ben più ristretto. Certamente il grado elevato di competenze tecniche richieste contribuì a ridurre i margini di scelta, ma non sembra neanche il caso di dar del tutto credito a Quaritsch quando afferma che l'esame individuale dei soggetti compromessi col regime sarebbe fallito, non da ultimo, per quella che chiama «sensibilità giuridica tradizionale» dei giudici tedeschi. Se dietro a questa formula, di per sé non priva di ambiguità, vi è l'idea che la fede politica o il semplice ufficio politico ricoperto non siano passabili di pena, in assenza di un comportamento criminale o perlomeno immorale che giustifichi una condanna, ci si può domandare se tale sensibilità non sia problematica nel giudicare chi ha ricoperto posizioni di responsabilità nel sistema di terrore burocratizzato di una società totalitaria. La risposta di Quaritsch è naturalmente che i nazisti convinti sarebbero stati tutto sommato una minoranza, mentre la maggior parte degli stessi incriminati si sarebbero piuttosto caratterizzati per un amalgama di «ingenuità e di opportunismo»³⁶.

Non è questa la sede per giudicare della fondatezza storica di questa opinione, si può però notare che proprio se si condivide il presupposto di un necessario fondamento politico alla forma giuridica, e per di più da un punto di vista decisionista, si dovrebbe a rigore accettare che l'instaurazione di un nuovo ordinamento, retto da principi opposti al vecchio, possa derogare ad alcuni degli stessi principi giuridici in vigore in tempi "normali", proprio allo scopo di garantire la nuova forma di "normalità" che si desidera per il futuro.

³⁵ Ivi, 170. Circa le amnistie ivi menzionate, esse occorsero tra il Gennaio 1946 (amnistia per i nati dopo il 1919) e il Febbraio 1947 (per meno abbienti e invalidi). Almeno nominalmente, esse erano però delimitate a chi non risultasse compromesso in modo grave con le azioni del regime. Le amnistie prima menzionate erano iniziative del governo d'occupazione. Dopo la creazione della Repubblica Federale Tedesca, un'amnistia di ordine davvero generale per i crimini commessi durante e prima della Guerra non si ebbe mai in Germania, a differenza che in Italia o in Francia. Una buona comparazione è in O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., pp. 414-417 e in J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., pp. 84 ss.

Per la complessa situazione italiana, si vedano inoltre H. WOLLER, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia, 1943-1948*, (1996), trad. it. di E. Morandi, Bologna, 1997; M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti. 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano 2006; A. MENICONI e G. NEPPI MODONA (a cura di), *L'epurazione mancata. La magistratura tra fascismo e Repubblica*, Bologna, 2022 e, per una trattazione giuridico-penalistica, P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, 2020.

³⁶ Per la citazione circa la «sensibilità giuridica tradizionale», che parrebbe rimandare ai principi del diritto penale liberale, H. QUARITSCH, *Teoria della chiusura dei conti con il passato*, cit., p. 170. Per la citazione sull'«amalgama di ingenuità e di opportunismo», rivelatrice di quello che si è prima indicato come un certo revisionismo delle colpe storiche tedesche, ivi, p. 163. Anche prescindendo dal grado di simpatia spontaneamente nutrito dai giudici verso le idee autoritarie, proprio il carattere sistematico del terrore sotto al nazismo rendeva essenziale l'apporto di ogni funzionario parte del sistema. A queste considerazioni si possono aggiungere quelle svolte molto bene da Otto Kirchheimer circa il maggiore grado di discrezionalità nell'interpretare le direttive che s'incontra man mano che si sale la scala gerarchica di un regime. L'autore rileva poi come proprio i giudici hanno sempre a disposizione le risorse date loro dalla padronanza delle tecniche d'interpretazione di norme e fatti. O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., pp. 323 e ss. Loewenstein rilevava del resto che i giudici che non si iscrissero al partito non subirono vere persecuzioni, molti rimasero in servizio, a chi si dimise venne comunque garantita una pensione. K. LOEWENSTEIN, *Reconstruction of the Administration of Justice in American-Occupied Germany*, cit., p. 444.

In termini più immediati, la situazione tedesca era così grave e così pressante la necessità di rinnovamento, da non far sembrare forse un danno irreparabile derogare – nella sola fase preliminare all’instaurazione del regime democratico – ad alcune garanzie tipiche del diritto penale liberale, da parte di giudici che non avevano avuto di norma i medesimi scrupoli a violarle ampiamente sotto a Hitler. Ciò anche contando che quella che Kostal definisce come una vera ri-nazificazione della giustizia stava avvenendo soprattutto per le nuove nomine dei giudici nei riaperti tribunali tedeschi, più che per la sola mitezza del programma di denazificazione. Un conto era non condannare ai lavori forzati o all’interdizione dagli impieghi pubblici un ex funzionario iscritto al partito, un conto era nominarlo giudice di una corte d’appello di Monaco o Stoccarda. Poteva anzi essere fonte di discredito per le nuove amministrazioni tedesche sostenute dagli Stati Uniti che proprio giudici in passato collusi col nazismo giudicassero le colpe dei cittadini comuni³⁷.

In realtà, proprio gli americani stavano nel frattempo rivedendo esplicitamente i loro ambiziosi obiettivi di rinnovamento degli ordinamenti occupati, alla luce delle nuove esigenze della loro politica estera. Il processo non sarebbe stato privo di conseguenze per le stesse libertà nel frattempo concesse ai popoli vinti.

Si andrà dunque a esaminare questo profilo in rapporto non più alla Germania ma al Giappone, dove più incisiva era stata la portata rivoluzionaria delle innovazioni americane e dove, nonostante questo, non aveva mai cessato di esistere un apparato statale centrale giapponese, basato sull’istituzione dell’Imperatore e su una potente burocrazia conservatrice, costretta in un primo momento a piegarsi alla volontà del Comandante MacArthur. In particolare, lo scarso riguardo nutrito dagli americani per il diritto giapponese consentì loro di ricostruire il sistema giudiziario locale ispirandosi al proprio modello. Proprio questo nuovo sistema si trovò però ad essere investito, a partire dal 1948, dalle contraddizioni sempre più evidenti della politica statunitense. Nel prossimo paragrafo si esamineranno dunque tali contraddizioni proprio a partire da alcuni casi giudiziari.

4. La nuova magistratura giapponese: dalla creazione alla reazione

Se i piani americani per la riforma dell’ordinamento giapponese erano stati inizialmente molto prudenti e piuttosto indeterminati, come si è visto nel secondo paragrafo, il potere semi-assoluto di cui beneficiò il Comandante in Capo Douglas MacArthur nel metterli in pratica gli consentì di introdurre profonde innovazioni nell’ordinamento nipponico, di per sé già entrato in contatto da tempo col diritto euro-

³⁷ Si tenga presente che le nuove nomine di giudici già attivi prima del 1945 non furono prive di conseguenze sulla giurisprudenza, se si tiene conto di quanto riportato da Kostal (citando fonti americane dell’epoca), circa alcuni casi eclatanti in cui i giudici avevano condannato soldati che avevano disertato negli ultimi mesi della Guerra e prosciolto delatori in nome del principio di irretroattività. R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., pp. 196 e ss. Soprattutto, la predominanza delle tendenze illiberali entro la magistratura doveva apparire evidente negli anni successivi all’inizio della Guerra Fredda, laddove dominarono inizialmente tendenze fortemente repressive e prone alla volontà del Governo Adenauer nei confronti di comunisti e sospetti tali.

Quanto sopra riportato in merito all’instaurazione di un nuovo ordinamento e alla non autosufficienza del diritto penale liberale, come anche il riferimento alla contrapposizione fra stato di normalità e stato d’eccezione, riprende un lessico presente in tutti gli autori influenzati in un modo o nell’altro dal pensiero del giurista tedesco Carl Schmitt, com’è anche Quaritsch.

continentale, ma culturalmente molto distante dal costituzionalismo liberale statunitense.

La riforma più rivoluzionaria fu proprio l'introduzione di una nuova Costituzione, scritta quasi interamente dagli americani e poi tradotta e ratificata dai giapponesi, il tutto nell'arco di pochi mesi alla fine del 1946 (poco più di una settimana, per quanto riguarda l'effettiva redazione); ma incisive furono anche le riforme dei codici penale e di procedura penale. In particolare, molto contrastata dalla burocrazia e dai partiti conservatori e liberal-conservatori, saldamente al potere in Giappone, fu l'abrogazione del reato di lesa maestà, perché posto a presidio della figura dell'Imperatore e dell'idea del vincolo d'unione di quest'ultimo col popolo giapponese (il concetto di *kokutai*). Nel solo caso di abrogazione della lesa maestà, si giunse allo scontro diretto tra élite locale e comando americano e, quel che è forse più interessante, a una parziale insubordinazione degli stessi giudici incaricati di applicare la riforma, seguita da una prassi d'interpretazione inizialmente compromissoria, benché formalmente rispettosa dal nuovo codice³⁸.

L'elaborato *Bill of Rights* inserito nella nuova Costituzione, così come anche i principi e le garanzie del giusto processo introdotte nei nuovi codici, rendevano però ancora più viva l'esigenza di un forte potere giudiziario e di un'avvocatura attiva nel provocare il controllo giurisdizionale sugli atti legislativi e di governo, su modello del *judicial review* statunitense. Questa necessità era chiara alle autorità americane, la cui unità legale (la *Government Section* o GS, le cui menti giuridiche erano il "new dealer" Charles L. Kades e l'ex giudice berlinese emigrato negli USA Alfred C. Oppler) si dovette attivare per rendere operativo il nuovo sistema giudiziario previsto dalla Costituzione. A questo proposito, è possibile rinvenire un certo arretramento dei propositi di riforma già nell'assetto finale della nuova Corte Suprema del Giappone, formalmente dotata di un potere relevantissimo ma che gli intrighi della fazione conservatrice interna al Ministero della Giustizia giapponese riuscirono a rendere dominata da giudici a essa vicini. Già in quest'occasione, gli americani, in particolare Oppler, avevano finito per far venir meno il loro supporto agli esponenti più liberali entro la magistratura giapponese e all'associazionismo interno all'avvocatura, entrambi corpi in passato subordinati alla burocrazia imperiale³⁹.

Tuttavia, la prova decisiva si ebbe con l'inizio della Guerra Fredda e la contemporanea mobilitazione sindacale interna alla società giapponese, duramente provata dalle conseguenze materiali della guerra.

³⁸ Riprendendo quanto scritto da Kostal, si rimanda a ivi, pp. 217 e ss. per le riforme dei codici giapponesi e per la spiegazione dell'influsso su di essi già esercitato dal diritto francese e tedesco, nonché ivi pp. 229-331 per lo scontro sul reato di lesa maestà.

Nello specifico, sulla riforma costituzionale si veda invece ivi, pp. 123 e ss. La Costituzione fu promulgata nel Novembre 1946 ed entrò in vigore nel Maggio 1947. Nelle pagine citate emerge chiaramente anche l'iniziale maggiore assertività degli americani nel contesto giapponese, rispetto alla Germania. In merito agli influssi del diritto straniero in Giappone, si tenga peraltro presente che anche la Costituzione del 1889 era stata redatta ispirandosi alla Costituzione Prussiana.

Circa la distanza culturale dall'Occidente e la difficoltà della traduzione dei concetti giuridici occidentali, perdurante nonostante la modernizzazione, si rimanda alle osservazioni di I. KITAMURA, *La cultura giuridica giapponese e i problemi della traduzione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2003, pp. 359 ss. Si vedano inoltre i già citati saggi contenuti in AA.VV., *Études de droit japonais*, cit., in particolare T. AWAJI, *Les Japonais et le droit*, in AA.VV., *Études de droit japonais*, cit., pp. 17 ss e, nella medesima raccolta, I. KITAMURA, *Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon*, pp. 25 ss e Y. NAKAMURA, *Les institutions et le mouvement des idées dans la modernisation du Japon*, pp. 73 ss.

³⁹ Si veda R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., pp. 175 e ss.

Nella primavera del 1948, l'arrivo a Tokyo di funzionari dell'amministrazione Truman (tra i quali George Kennan, uno degli architetti della strategia degli USA contro l'URSS), coincise per la prima volta con l'imposizione di limiti alla discrezionalità di MacArthur. Soprattutto, le serie difficoltà dell'economia giapponese e la parallela esigenza di diminuire il costo dell'occupazione militare per gli Stati Uniti spingevano verso una politica di contrasto all'inflazione e taglio dei salari. Gli americani erano consapevoli della probabile reazione dei sindacati, di orientamento socialista e rafforzati dai diritti sanciti nella nuova Costituzione, ma erano del pari consapevoli del desiderio di restaurazione dell'ordine (nonché del viscerale anticomunismo) dell'élite politico-amministrativa nipponica. Del resto, nell'estate del 1948 i rapporti sul piano internazionale tra Stati Uniti e Unione Sovietica erano ormai precipitati, dopo il *golpe* comunista in Cecoslovacchia e il blocco di Berlino su ordine di Stalin, e a questi eventi si sarebbero aggiunti nei due anni seguenti la vittoria comunista in Cina e la Guerra di Corea.

La conseguenza del nuovo equilibrio internazionale e delle mutate esigenze strategiche americane fu il contemporaneo arenarsi dello slancio riformatore e l'avvallo di nuove politiche repressive, messe in atto da Mac Arthur e dagli apparati giapponesi su volontà dell'amministrazione democratica americana. Già nell'estate del 1948 si vietarono gli scioperi nel settore pubblico e fu organizzata una prima campagna repressiva contro i militanti sindacali. Nel corso dell'anno seguente, le direttive emanate dagli americani all'inizio dell'occupazione, che prevedevano l'epurazione degli ultranazionalisti dall'amministrazione, furono riutilizzate dal Governo giapponese per licenziare in massa comunisti e simpatizzanti di sinistra, mentre nel 1950 la campagna di licenziamenti si estendeva anche alla stampa e al settore privato⁴⁰.

Il risvolto giudiziario di queste vicende è particolarmente interessante. Nel Giugno 1950, infatti, alcuni membri del partito comunista giapponese, coinvolti nei licenziamenti, si rivolsero alla Corte distrettuale di Tokyo, chiedendo la tutela dei propri diritti costituzionali. Gli ufficiali della *Government Section* (GS) americana risposero convocando i giudici e ordinando loro di dichiarare inammissibile la causa per difetto di giurisdizione delle corti giapponesi, in quanto la base legale dei licenziamenti sarebbe stata una direttiva dello stesso Comandante Supremo MacArthur. Il mese seguente, preoccupati dalla prospettiva di altri ricorsi, i giudici della nuova Corte Suprema giapponese si rivolsero direttamente alla GS, richiedendo di rispondere per iscritto alla domanda se i licenziamenti nel settore pubblico e privato dovessero essere considerati come condotti sulla base di un ordine americano o su decisione del Governo giapponese. In quest'ultimo caso, ne ricavava la Corte, i giudici giapponesi avrebbero potuto esaminare i casi sulla base delle leggi e della Costituzione.

⁴⁰ Si tenga presente che la Costituzione giapponese del 1946 prevedeva la libertà di associazione per i lavoratori all'articolo 28, le nuove misure presentavano dunque diversi profili di sospetta incostituzionalità. Per le nuove norme repressive assunte direttamente dagli americani (molte furono prese direttamente dal Governo giapponese con il tacito assenso USA), l'iter fu di norma la promulgazione di direttive da parte del Comando supremo americano (SCAP). Si ricordi che le direttive SCAP erano rivolte all'amministrazione giapponese, a cui spettava la loro messa in pratica, recependole come fonti di grado supremo. Circa la campagna repressiva del 1949-1950, nel settore privato furono licenziate più di 10.000 persone, spesso giornalisti (il giornale ufficiale del partito comunista fu chiuso) e insegnanti, mentre nel pubblico pressoché tutti i comunisti eletti nell'amministrazione locale persero il posto. Visto che alla fine venne negata ogni tutela giurisdizionale, la campagna finì per coinvolgere ovviamente non i soli comunisti, ma anche molti socialdemocratici e progressisti democratici. Si vedano *ivi*, pp. 301-312.

Le autorità d'occupazione si ritrovarono in una posizione politicamente scomoda: ricollegare i licenziamenti alle loro stesse direttive, in origine pensate per purgare l'amministrazione degli estremisti nazionalisti, avrebbe inevitabilmente compromesso la loro immagine, mentre se i tribunali avessero potuto esaminarne la legalità, in quanto diritto interno giapponese, le avrebbero probabilmente dichiarate in contrasto con la Costituzione e la legislazione sul lavoro introdotte dagli stessi americani.

Alla fine, si scelse una soluzione intermedia ed "extralegale". I vertici del GS si rifiutarono cioè di fornire una risposta scritta e di accettare ufficialmente la responsabilità dei licenziamenti (che dissero però essere coerenti con lo "spirito" originario della direttiva Alleata) e "invitarono" i giudici ad "agire pragmaticamente", dichiarando l'inammissibilità dei ricorsi per mancanza di giurisdizione o respingendoli immediatamente sulla base di un: «*inherent right of any Japanese employer in critical industries involving National welfare and in times of stress to remove subversive elements, or even persons who might become subversive*». In entrambi i casi, davanti alle proteste dei giudici, i funzionari americani ricorsero direttamente alle minacce, ottenendo alla fine l'ubbidienza di quegli stessi magistrati di cui poco tempo prima avevano affermato di voler tutelare l'indipendenza⁴¹.

5. «The Twilight of the Gods»

Nel dare il titolo di «Tramonto degli Dei» all'ultimo capitolo del suo libro, Kostal riprende una frase del funzionario americano ed ex giudice tedesco Alfred Oppler, riferita alla sensazione provata davanti al definitivo trasferimento ai giapponesi del potere di governo.

Con Kostal, si può ritenere che questa espressione si adatti bene a descrivere gli ultimi anni dell'esperimento di ricostruzione legale americana, nei quali «Saturno aveva cominciato a divorare i propri stessi figli liberali», ma anche a descrivere la stessa iniziale autopercezione messianica della propria missione da parte degli occupanti, quali *legal revolutionaries* capaci di plasmare secondo la propria volontà gli ordinamenti conquistati⁴².

Nel paragrafo precedente si è esaminato in particolare il caso della repressione dei comunisti in Giappone, ma negli stessi anni anche nella Germania dell'Ovest, oramai riunificata come Repubblica Federale, il Governo Adenauer avviava una dura campagna di repressione contro i comunisti, con l'appoggio americano. La celebre sentenza del giovane Tribunale Costituzionale Federale (il *Bundesverfassungsgericht*) sulla messa al bando del Partito comunista tedesco (KPD), nel 1956, non rappresentò che il culmine di una campagna iniziata già nel 1949, con il licenziamento dei comunisti dalla pubblica amministrazione, e proseguita nel 1951 con

⁴¹ La frase riportata ivi, p. 318, fu pronunciata dal generale Whitney, a capo della GS, da cui invece si dimise in segno di protesta Charles Kades. Merita di essere riportata anche l'affermazione di Whitney secondo cui le corti avrebbero dovuto decider «*not from a narrow technical point of view, but from a wider political standpoint ... from the standpoint of public welfare as expressed in the Constitution*». In quanto «*all Communists and fellow-travelers are subversive; there would be no reinstatements of dismissals either directly or on legal technicalities; that the courts are not to be used as sounding boards for subversive or Communist propaganda*». Le frasi sono riportate in McCormick to Oppler, *Dismissals of Subversives*, Agosto 21, 1950, NARA RG 331, SCAP-GS, box 1524, citato in R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 317.

⁴² Per la citazione nel testo, ivi, p. 324, traduzione mia, mentre l'espressione «*The Twilight of the Gods*» è in Oppler to Kurt Steiner, Gennaio 22, 1951, Alfred C. Oppler Papers (ACOP), M.E. Grenander Department of Special Collections and Archives, State University of New York, Albany, box 5, citata ivi, p. 318.

leggi repressive emanate ben prima della decisione sull'incostituzionalità del KPD⁴³.

Anche negli stessi Stati Uniti, del resto, la paura del comunismo doveva presto portare ai primi processi, generando un'ondata di repressione amministrativa e giurisprudenza politica finita solo con la morte del famoso senatore Joseph McCarthy e con la sentenza della Corte Suprema *Yates v. United States*, nel 1957. Come aveva già rilevato Loewenstein nel 1948, i ceti istruiti dei popoli sconfitti erano del resto ben consapevoli del carattere imperfetto della democrazia e dei diritti civili negli stessi Stati Uniti, dove, nel Sud, la segregazione razziale era ancora legge vigente⁴⁴.

Il punto è che, fin dall'inizio, gli americani avevano unito alle considerazioni d'interesse politico sottese a quello che è stato definito come *national security liberalism* una forte carica idealistica e morale. Davanti al carattere contraddittorio che la loro stessa politica veniva ad assumere, era ovvio che proprio tale carica diventasse oggetto di discredito, contribuendo al senso di distacco e passività rispetto alla partecipazione politica democratica che i più attenti osservatori americani coglievano nelle popolazioni tedesca e giapponese⁴⁵.

Certamente, la Repubblica Federale Tedesca si sarebbe in seguito sviluppata come una "*liberal polity*" e uno stato costituzionale di diritto tra i più avanzati d'Europa, ma ciò sarebbe avvenuto su iniziativa degli stessi tedeschi, in particolare con la seconda metà degli anni '60 e la mobilitazione della generazione nata dopo la Guerra. Anche la "resa dei conti" col passato e la seconda ondata di processi per i crimini nazisti si sarebbe avuta solo negli anni '60, con il famoso Secondo Processo di Auschwitz. In seguito, la memoria del passato totalitario è diventata un fattore importante della nuova identità democratica tedesca, ma non si deve dimenticare che invece, a fine anni '50, i tentativi del Procuratore Fritz Bauer di perseguire i criminali nazisti furono ostacolati dall'interno

⁴³ Ivi, pp. 295 e ss. La sentenza pronunciata dalla *Bundesverfassungsgericht* contro il KPD (BVerfG, 17.08.1956 - 1 BvB 2/51) è stata oggetto di una voluminosa letteratura giuridica, merito di Kostal è però ricondurla a un contesto storico in cui la decisione "di fatto" sul destino del partito comunista all'Ovest era già stata presa cinque anni prima venisse emessa formale sentenza. Un approccio che tiene conto dell'inevitabile contesto politico in cui il Tribunale costituzionale si trovò a operare è anche in O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., p. 153. Kirchheimer riporta anche nel dettaglio le continue interruzioni e i rinvii del processo e, da ultimo, anche le pressioni esercitate da Adenauer sui giudici. Per una trattazione più incentrata sulla dogmatica giuridica, ricavabile dalla giurisprudenza sulla democrazia protetta tedesca, S. ORTINO, *L'esperienza della Corte Costituzionale di Karlsruhe*, Milano, 1966, pp. 67 ss.; S. MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, Milano, 1991, pp. 117 ss. e, in lingua inglese, anche D.P. KOMMERS, R.A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany*, Durham and London, 2012, 285 ss.

⁴⁴ Si veda *Yates v. United States* [Link](#), 354 U.S. 298 (1957), la Corte Suprema aveva in precedenza invece adottato un approccio ben più repressivo, nel caso *Dennis v. United States* [Link](#), 341 U.S. 494 (1951), sempre riguardante la legislazione anticomunista dello *Smith Act*. Su questi temi O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., pp. 132 e ss. Un'ottima ricerca storica è M. FLORES, *L'età del sospetto. I processi politici della guerra fredda*, Bologna, 1995. Per le osservazioni ricevute sulla segregazione nelle sue visite in Germania, si veda *Report of Loewenstein, visiting expert*, Agosto-Settembre 1948, NARA RG 260, CAD-Bavaria, box 111, citato in R. W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 330.

⁴⁵ Così Roger Baldwin, presidente della *Civil Liberties Union* degli Stati Uniti dovette constatare il fallimento del progetto di costruire una rete di associazioni simili alla sua in Germania, pur avendo avuto l'appoggio delle autorità americane. D'altra parte, anche il giurista socialdemocratico tedesco emigrato negli USA Wilhelm Sollman constatava la scarsa attrazione dei comuni cittadini tedeschi verso i principi politici liberali, se confrontati con i desideri di crescita economica. Questi atteggiamenti, come anche l'ambiguità verso le colpe del passato regime, vennero certificati dai questionari e dalle interviste americane di quegli anni. Ivi, pp. 294 e ss.

dell'amministrazione. Personaggi che avevano ricoperto incarichi importanti sotto il regime poterono esercitare indisturbati ruoli di primo piano nella società tedesca del tempo, semplicemente passando dal settore pubblico a quello privato.

D'altra parte, in Giappone, anche dopo il ripristino della sovranità giapponese nel 1952, la prassi delle corti (tra cui la stessa Corte Suprema) doveva mantenersi molto prudente rispetto all'Esecutivo e all'amministrazione pubblica, tanto che nel 2019 Kostal riportava meno di dieci casi nei quali la Corte Suprema avesse effettivamente dichiarato incostituzionale la legislazione ad essa sottoposta, dal 1946. L'orientamento dei giudici e del diritto giapponese è ancora oggi improntato a una forma di conservatorismo comunitario ostile alle forme di *adversarial litigation* sui diritti civili e incline piuttosto alla risoluzione consensuale delle controversie su di essi⁴⁶.

Per riprendere un paragone a cui Kostal ricorre più volte, si può confrontare il progetto di "distruzione e ricostruzione" legale ideato dagli Stati Uniti con il precedente progetto Manhattan, che doveva poi portare alla creazione della Bomba Atomica. In quest'ultimo, migliaia di scienziati e un'enorme quantità di risorse furono impiegati dal Governo americano per raggiungere l'obiettivo. Soprattutto, funzionari e militari capirono che la buona riuscita del progetto dipendeva dal grado di autonomia lasciato agli esperti, che godettero infatti di ampia libertà organizzativa. Da ultimo, un'ampia teorizzazione dei problemi (scientifici) aveva preceduto la fase operativa. Nulla di tutto ciò si verificò invece per i due ugualmente ambiziosi "progetti Manhattan di ingegneria socio-legale" che ci si preparava a intraprendere in Germania e Giappone. Le risorse impiegate furono scarse e vi fu in entrambi i contesti, ma specie in Giappone, una cronica mancanza di personale esperto di diritto e cultura locale. Quel che peggio, i pochi giuristi in grado di comprendere la complessità delle dinamiche operanti nei due ordinamenti ebbero sempre scarsa autonomia e peso decisionale⁴⁷.

Proprio dal punto di vista teorico, Kostal sottolinea bene la scarsa disponibilità americana ad affrontare il nodo irrisolto di affidare la costruzione del liberalismo e della democrazia a un'amministrazione militare, giocoforza operante tramite strumenti autoritari. Questo aspetto, così come il tema della differenza culturale e della validità o meno dell'universalismo di cui gli americani erano portatori, è un problema che ancor'oggi ci interroga rispetto ai tentativi di importare la liberal-democrazia entro contesti molto lontani da quelli occidentali⁴⁸.

⁴⁶ Sulla Germania e i processi contro i crimini nazisti svoltisi dopo gli eventi di cui si occupa Kostal, si rimanda a M. PONSIO, *Dittatura bruna e dittatura rossa alla sbarra. La Germania e l'elaborazione giudiziaria di un duplice passato dittatoriale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2013, pp. 263-289. La carriera di alcuni ex nazisti nella Repubblica Federale è raccontata magistralmente nel recente J. CHAPOUTOT, *Nazismo e management. Liberi di obbedire*, Torino, 2021; si veda anche N. FREI, *Carriere. Le élite di Hitler dopo il 1945*, Torino, 2003.

Per la scarsa penetrazione dei valori giuridici americani in Giappone, R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 352, ma si vedano anche i saggi già citati alla nota 38 di questo articolo e, rispetto al controllo giudiziario sul potere politico, AA.VV., *Études de droit japonais*, cit., III., *Institutions judiciaires*, pp. 209 ss.

, si vedano poi i saggi già citati alla nota 38 di questo articolo.

⁴⁷ Per le osservazioni che precedono per quelle che seguono, in particolare R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., pp. 329 e ss.

⁴⁸ Un caso interessante, che meriterebbe di essere studiato ponendolo a confronto con i precedenti del Secondo Dopoguerra, è rappresentato dal tentativo di costruire un ordinamento conforme ai principi liberal-democratici in Afghanistan. Proprio dal punto di vista del diritto pubblico, si veda W. MASON (a cura di), *The rule of law in Afghanistan. Missing in inaction*, Cambridge, 2011, ma anche i primi capitoli del recente studio di A. BACZKO, *La guerre par le droit. Les tribunaux Taliban en Afghanistan*, Paris, 2021.

Volendo concludere con una notazione critica, sempre sul piano della teoria, si potrebbe dire che se c'è forse un punto presente ma poco problematizzato nell'analisi dell'autore esso è proprio quello dei limiti che il liberalismo stesso incontra rispetto alle necessità della politica, intesa come *kratos*.

Più esattamente, si può dire che il tema dei presupposti politici del liberalismo giuridico sia presente in Kostal, che li rivendica esplicitamente come necessari, soprattutto per tramite dei riferimenti a Loewenstein.

Per capire meglio quali siano questi presupposti politici, che ritornano spesso, ma che non sono esplicitamente definiti dall'autore, si può però partire già dall'osservazione di Kostal circa la non sufficienza della sola introduzione delle *sovrastrutture* legali ed istituzionali della *rule of law*, al fine della sua realizzazione. È chiaro che il termine «sovrastutture» non è qui utilizzato in senso materialistico-marxista, quanto piuttosto a indicare la necessità di un retroterra culturale diffuso nella società e soprattutto nelle sue classi istruite. È questo un punto di vista su cui si sarebbe certamente trovato d'accordo Karl Loewenstein, le cui idee appaiono non a caso come molto vicine a quelle di Kostal e a una forma di liberalismo piuttosto radicale, esemplificato ad esempio dal filosofo del diritto David Dyzenhaus, che condivide l'idea “fulleriana” di una necessaria moralità del diritto. La rivoluzione legale di cui Kostal parla nel libro, si ricava, avrebbe potuto realizzarsi solo in presenza di una rivoluzione morale, il che vale a dire, in un contesto secolarizzato, una rivoluzione culturale⁴⁹.

A questo proposito, è bene osservare che anche le basi culturali sono dopotutto basi politiche, in quanto, proprio nei contesti illustrati nel libro, appare chiaro come metterle in pratica richiedesse una *politica di educazione*, o rieducazione, delle masse, unita a una politica di epurazione delle élite antidemocratiche al potere. Proprio quest'ultimo punto rende chiara la radicalità insita nell'approccio di un Loewenstein, a prescindere dalla possibilità di svolgere poi in modo incruento l'eliminazione dei collusi col precedente regime o dalla sottoposizione volontaria alla rieducazione da parte del popolo sconfitto.

Del resto, la politicità “polemologica” di Loewenstein si vede bene nello stesso concetto di democrazia militante, da lui sviluppato negli anni '30, in saggi nei quali l'autore, spinto dalla drammaticità del contesto, si esprime in termini radicali per la repressione degli antidemocratici,

Tornando invece all'oggetto dell'articolo e circa le menzionate differenze culturali, ovviamente esse erano molto più marcate tra americani e giapponesi, ma non è da sottovalutare (come invece fecero gli americani) la distanza che poteva esserci con una Germania uscita da più di un decennio di totalitarismo.

⁴⁹ Per il riferimento alle «*constitutional and institutional superstructures of liberal rule-of-law regimes*», si veda R.W. KOSTAL, *Laying Down the Law*, cit., p. 343. Circa la lettura comunque lontana da un approccio definibile come materialismo storico da me data a questa espressione dell'autore, si può offrire qualche breve chiarimento. Penso che si possa dire che la ricerca di Kostal si concentri in primo sul problema delle idee che animavano i giuristi, i decisori e i comuni cittadini dei contesti studiati. Si tratta di un libro di storia sociale delle idee giuridiche, per quanto non manchi nell'autore l'attenzione verso l'influenza del contesto materiale sulle stesse. Lo studio delle istituzioni burocratiche americane e soprattutto di alcuni settori delle professioni legali dei paesi occupati ha certo un ruolo importante nell'economia dell'opera, ma sempre servente a rispondere alla prima preoccupazione sopra esposta, e cioè l'indagine delle idee e delle ideologie giuridiche dei settori sociali di cui ci si occupa (dunque in particolare dei funzionari e giuristi americani coinvolti nell'occupazione, solo in via subordinata dall'élite dei paesi occupati, come dimostra il numero molto basso di fonti dirette tedesche o giapponesi utilizzate nella ricerca).

Circa il pensiero di quella parte del liberalismo giuridico anglosassone che mi pare più vicina a Kostal, si vedano D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, New York, 1997 e soprattutto L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964.

finendo al contempo per giustificare le misure adottate anche da governi di per sé non fascisti, ma certamente autoritari. Non si dimentichi poi che negli stessi saggi degli anni '30, Loewenstein pare giustificare pienamente la repressione non dei soli fascisti, ma anche dei comunisti. Nonostante lo stesso autore si dovesse poi esprimere con toni fortemente critici verso la prassi della “democrazia militante” nella Germania dei primi anni '50, da lui definita come semi-autoritaria, si potrebbe anche pensare che, in fin dei conti, non fosse un uso di per sé incoerente del concetto l'adopterlo contro i nemici che minacciavano in quel momento l'ordine liberal-democratico, ossia i radicali di sinistra. Dopotutto, è appunto affrontando il problema del retroterra politico del diritto, anche quando lo si interpreta come retroterra culturale, che si finisce inevitabilmente per toccare il problema del potere, inteso come forza⁵⁰.

Proprio a partire dal contrasto tra la forza e il diritto si comprende la portata tragica e la missione impossibile del “liberalismo imperiale” di cui sono stati a turno portatori la Gran Bretagna e gli Stati Uniti. Ovviamente, parlando delle costrizioni dettate da una politica di potenza – ma si potrebbero usare termini più antichi come *arcana imperii* o Ragion di Stato – non si vuole dire che gli Stati Uniti fossero *costretti* a scegliere una strada imperiale, per quanto la situazione internazionale del 1945-1950 e il “suicidio dell'Europa” finissero per consegnare letteralmente metà del mondo all'egemonia americana. Ma una volta intrapresa questa strada, ci si può chiedere se fosse possibile percorrerla rimanendo un “impero di diritto” (*an Empire of Law*), rispettoso esso stesso dei principi liberali alla cui giustezza intendeva convertire il mondo e in grado d'imporre la propria forza in spazi lontani rispettando la *rule of law*.

I vittoriani si erano posti lo stesso problema nel XIX secolo, come dimostra la precedente ricerca di Kostal, e non erano riusciti a costruire una soddisfacente «*Jurisprudence of Power*» in grado di imbrigliare la forza

⁵⁰ Tra le misure giustificate da Loewenstein nel 1937 vi sono quelle adottate dal Presidente estone, il quale negli anni precedenti aveva represso i gruppi fascisti locali, ma aveva anche concentrato su di sé un potere che l'autore stesso definisce come autoritario, salvo dover concedere che: «*the suspension of constitutional government was clearly meant to be of transitional character*» (K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, p. 640). Nell'elenco di Stati che hanno reagito alla minaccia fascista fatto dall'autore si possono osservare diversi regimi, specie tra i paesi baltici, parimenti caduti in forme di autoritarismo o semi-autoritarismo. In generale, non pare agevole tracciare una distinzione chiara tra quelli che Loewenstein stesso definisce, dandone giudizio negativo, Stati pluri-partitici ma autoritari (es. la Polonia degli anni '30) e gli Stati che adottano decise misure di repressione degli estremisti, ma nei quali la sospensione della costituzione ha avuto carattere temporaneo (es. Cecoslovacchia). Soprattutto, se è forse possibile tracciare tale distinzione *a posteriori*, osservando la Storia, non è altrettanto facile usare i criteri indicati da Loewenstein come guida *mentre gli eventi accadono*, evitando al contempo le strumentalizzazioni della democrazia militante volte solo a eliminare gli avversari politici. Dopotutto, l'argomento che non si sarebbero sfruttati appieno gli strumenti rappresentati dalle misure emergenziali e da una Presidenza forte ricorrerà spesso anche nelle memorie di Carl Schmitt e di altri “reazionari” tedeschi per giustificare la presa del potere di Hitler, a fronte delle chiare responsabilità dell'élite tedesca e degli abusi di questi stessi strumenti autoritari nel *golpe* contro la Prussia del 1932 (sia permesso di rinviare a M. MARAZZINI, *Emergenza politica e custodia della Costituzione*, cit.). Ma problematico è anche, ad esempio, il caso della Finlandia degli anni '30, che prima represses gli estremisti di sinistra e poi quelli di destra, per poi approdare a un governo liberale (l'alleanza con l'Asse nel 1941 non avvenne per simpatie ideologiche ma fu conseguenza della precedente invasione sovietica). Ci si può infatti chiedere se una fase di passaggio autoritaria sia strutturalmente necessaria, per Loewenstein, al fine di liberarsi degli estremisti e poter davvero vivere in una democrazia costituzionale. Ivi, pp. 639 e ss.

Sul bando dei comunisti e sul problema rappresentato dal fatto che nella maggior parte dei paesi citati da Loewenstein le misure repressive coinvolgessero anche i partiti di sinistra, ivi, specie p. 639, laddove l'autore pare concordare sulla necessità di tali misure, pur criticando il “doppiopesismo” spesso in auge negli ambienti militari europei degli anni '30 (ivi, p. 654).

che erano inevitabilmente vincolati a usare per mantenere il loro impero. Al contempo, ha probabilmente ragione l'autore quando nota che pochi popoli o culture si sono posti con altrettanta impellenza il problema di giustificare le proprie azioni sulla base di principi giuridici. Il volume da cui si è preso spunto per le riflessioni di queste pagine va dunque a costituire, col la precedente monografia del 2005, un dittico in grado di gettare nuova luce sui rapporti che uno specifico modo giuridico-morale di pensare il mondo, quello del migliore liberalismo anglosassone dei secoli XIX e XX, ha intrattenuto, o forse a suo malgrado ha dovuto intrattenere, con il potere, inteso nella forma di una politica imperiale o di potenza⁵¹.

⁵¹ Per i riferimenti all'Inghilterra vittoriana e al caso giudiziario studiato da Kostal, di per sé oltremodo esemplificativo di un'intera mentalità e concezione del mondo, si veda R.W. KOSTAL, *A Jurisprudence of Power: Victorian Empire and the Rule of Law*, New York, 2005, in particolare pp. 460-489.

Circa i rimandi al concetto di Ragion di Stato e al dissidio tra diritto e morale da un lato e politica e forza dall'altro, un classico resta la ricerca di F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato nella Storia moderna*, (1924), trad. it. di D. Scolari, Sansoni, Firenze, 1977, pp. 3 e ss.