

**To be or not to be: le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti dopo la morte di *Justice Antonin Scalia***

di **Graziella Romeo** – Assistant professor di Diritto costituzionale nell'Università Luigi Bocconi di Milano

SOMMARIO: 1. I fronti aperti dalla morte di *Justice Scalia*: il seggio vacante e la guida del blocco conservatore. – 2. Il contributo di *Justice Scalia* alle teorie dell'interpretazione costituzionale. – 3. Le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti.

**1. I fronti aperti dalla morte di *Justice Scalia*: il seggio vacante e la guida del blocco conservatore**

La scomparsa di *Justice Scalia* ha dischiuso almeno tre diverse prospettive di confronto: una fondamentalmente politica e le altre due di carattere più propriamente accademico.

La prima coincide con l'accesso dibattito sull'esercizio del potere presidenziale di nomina del giudice chiamato a coprire il seggio vacante. Il partito repubblicano ha preannunciato la più ferma opposizione a qualunque proposta che il Presidente intenderà sottoporre all'*advise and consent* del Senato. Con ogni probabilità Barack Obama tenterà di convincere la Camera alta con una candidatura di mediazione, sebbene comunque proveniente dall'ambiente culturale *liberal*. Le *chances* di successo non sembrano, al momento, molto significative, considerato che la sistematica opposizione del Senato all'esercizio del potere di nomina presidenziale rappresenta una delle cifre essenziali dei meccanismi di funzionamento della forma di governo durante la presidenza Obama<sup>1</sup>. Non sembra del resto probabile che il Presidente riesca a superare l'eventuale blocco dell'attività istituzionale ricorrendo alla prassi del *constitutional self-help*, che gli consente di esercitare in via esclusiva il potere di nomina onde superare l'ostruzionismo senatoriale<sup>2</sup>.

La Corte Suprema, infatti, ha di recente affrontato il tema nella decisione *NLRB v. Noel Canning*<sup>3</sup>. Se per un verso il collegio ha riconosciuto al Presidente la facoltà di esercitare il potere di nomina, senza attendere l'assenso del Senato, nelle ipotesi in cui quest'ultimo non collabori e

<sup>1</sup> V. sul punto J. TOOBIN, *The Battle for the Bench*, in *The New Yorker*, 17 febbraio 2016.

<sup>2</sup> Cfr. D.E. POZEN, *Self-help and the Separation of Powers*, in *124 Yale Law Journal* 2 (2014).

<sup>3</sup> 134 S. Ct. 2550 (2014).

impedisca l'ordinario funzionamento della forma di governo, per l'altro ha circoscritto puntualmente le circostanze che possono giustificare il superamento dell'*advise and consent* da parte del Senato. Peraltro, proprio il giudice Scalia si è opposto a questa ricostruzione dei poteri presidenziali, tacciando la maggioranza di "judicial adventurism" e di promozione di una "adverse-possession theory of executive authority". Per Scalia, infatti, la *Recess Appointment Clause*<sup>4</sup>, che consente l'attivazione del potere di nomina presidenziale in via esclusiva, è una clausola di salvaguardia delle prerogative senatoriali ed è dunque da interpretarsi restrittivamente. La Corte ha però inteso tendere una mano al Presidente, sistematicamente ostacolato dal Senato, soprattutto durante il primo mandato, nell'esercizio del potere di nomina. È tuttavia implausibile che si producano ora le circostanze, previste dall'ultima giurisprudenza della Corte, per l'attivazione della deroga al principio dell'*advise and consent* senatoriale.

La seconda prospettiva di confronto è rappresentata dalla inevitabile tentazione di individuare immediatamente, all'interno della Corte Suprema, una figura carismatica che possa presentarsi quale "successore" di Scalia come *leader* del blocco conservatore<sup>5</sup>. La questione è cruciale nell'ambito di una Corte in cui le posizioni ideologiche e di politica del diritto dei giudici sono talmente rilevanti da essere studiate sistematicamente dalla dottrina, come si evince dalle rilevazioni statistiche relative ai voti espressi dai *Justices*, pubblicate ogni anno dalla *Harvard Law Review*, o dalla prassi di premettere la nota biografica e l'appartenenza ideologico-culturale dei giudici ai libri di testo adottati nei corsi di diritto costituzionale delle università americane<sup>6</sup>.

Ebbene, la ragione per la quale l'identificazione di una figura di questo tipo appare particolarmente problematica è legata alla peculiare composizione della componente conservatrice del collegio. I giudici Alito e Thomas hanno sempre mantenuto posizioni allineate a Scalia, soprattutto nella decisione dei casi difficili, esibendo una tendenza ad aderire al suo impianto dogmatico e a sviluppare, eventualmente, argomentazioni originali, ma al contempo "periferiche", nel senso di ancillari rispetto alla tesi centrale dell'ala conservatrice. Il *Chief Justice* Roberts, dal canto suo, esercita la sua *leadership* sull'intera Corte, mostrando una spiccata attitudine alla soluzione di compromesso (specie se confrontato con il suo predecessore), come dimostrano le statistiche cui si è fatto pocanzi riferimento. Infatti, nei casi non decisi all'unanimità, la percentuale di allineamento di Roberts rispetto ai giudici *liberal* arriva quasi a eguagliare il tasso di adeguamento alle posizioni dell'ala conservatrice, almeno nei *terms* 2014 e 2015<sup>7</sup>. Non è dunque plausibile che, nell'immediato, si profili una figura in grado di sostituire Scalia come guida intransigente dei giudici conservatori, a meno che il *Chief Justice* non abbandoni le posizioni di

<sup>4</sup> Cfr. Art. 2, sec. 2, Costituzione degli Stati Uniti d'America.

<sup>5</sup> V. J. FRANK, *Scalia's Dearth Reawakens the Fury Over the Supreme Court*, in *The New Yorker*, 16 febbraio 2016.

<sup>6</sup> V. a titolo di esempio G.R. STONE, L.M. SEIDMAN, C.R. SUNSTEIN, M.V. TUSHNET, P.S. KARLAN, *Constitutional Law*, New York, Wolters Kluwer, 2009.

<sup>7</sup> Cfr. *The Supreme Court – The Statistics. Table I (A)*, in 128 *Harvard Law Review* 403-404 (2014-2015) e, con riferimento al *term* 2015, in 129 *Harvard Law Review* 383-384 (2015).

compromesso, sinora assunte spesso a garanzia della tenuta complessiva dei rapporti di forza tra Congresso, Corte e Presidente<sup>8</sup>.

## **2. Il contributo di Justice Scalia alle teorie dell'interpretazione costituzionale**

La terza e più rilevante prospettiva di confronto è rappresentata dal dibattito in seno alla Corte sui metodi dell'interpretazione costituzionale. Su questo piano la scomparsa del giudice conservatore è carica di ripercussioni.

*Justice* Scalia aveva contribuito in modo decisivo a suscitare la discussione sul tema dei criteri ermeneutici, soprattutto nell'ambito dell'interpretazione costituzionale, del ruolo del giudice, dell'attivismo giudiziale contrapposto alla prassi della prudente deferenza verso il processo politico e, più spesso, verso il testo costituzionale. Da questo punto di vista, egli aveva controbilanciato la tendenza della Corte suprema ad applicare la *constitutional avoidance doctrine*<sup>9</sup>, la tecnica di trasferimento della questione di diritto, nella misura in cui la ricostruzione sostenuta dalle parti lo consenta, su un terreno diverso da quello del giudizio di costituzionalità. La via della preferenza per la soluzione del caso concreto che non implichi la decisione di questioni di legittimità costituzionale è stata talvolta resa più ardua da percorrere dall'attitudine di Scalia ad affrontare apertamente la dimensione costituzionale della questione sottoposta al giudizio della Corte<sup>10</sup>.

Le ricostruzioni dottrinali riconducibili alle dottrine del *judicial restraint* sintetizzano una visione del ruolo del giudice costituzionale non distante da quella sottintesa al "minimalismo giudiziale", teorizzato da Cass Sunstein nella seconda metà degli anni novanta<sup>11</sup>. Il *judicial minimalism* descrive l'inclinazione a decidere le questioni "narrow rather than wide", ovvero a limitare la pronuncia alla soluzione del caso di specie, senza inserire nella motivazione sistematizzazioni teoriche in grado di dettare regole di condotta riproducibili in un numero ampio di ipotesi. La Corte presieduta da Roberts ha esibito una tendenza ad impiegare la *constitutional avoidance* ogni qual volta la prospettazione del *thema decidendum* le ha consentito di spostare sull'interpretazione del testo legislativo la questione di costituzionalità e, dunque, di impiegare i canoni della *statutory interpretation* invece che gli strumenti dell'interpretazione costituzionale<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> L'ultimo esempio è rappresentato dalla pronuncia *King v. Burwell* su cui si ritornerà più avanti.

<sup>9</sup> Su cui v. W.K. KELLEY, *Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem*, in 86 *Cornell Law Review*, 831, 837 (2001).

<sup>10</sup> Tra gli esempi più recenti devono essere menzionate le *opinions* nelle decisioni *City of Ontario v. Quon*, 130 S. Ct. 2635 (2010), ove Scalia spiega che la rinuncia ad approfondire il problema del rapporto tra progresso tecnologico e diritto costituzionale rappresenta il punto debole della pronuncia e un'occasione mancata per fare chiarezza sulla posizione del Collegio in materia di interpretazione evolutiva delle garanzie costituzionali, e *Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Florida Department of Environmental Protection*, 130 S. Ct. 2592 (2010) in tema di V emendamento e *taking clause*.

<sup>11</sup> V. C. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (MA), Cambridge University Press, 1999 e ID., *Leaving Things Undecided*, in 101 *Harvard Law Review* 15 (1996).

<sup>12</sup> Ne è testimone la riluttanza del collegio, finalmente vinta nel 2013, a rendere pronunce in tema di XIV emendamento e *Equal Protection*, accompagnata dalla tendenza a misurarsi con l'interpretazione del *Civil Rights Act* del 1964, la legislazione di attuazione della clausola costituzionale in parole.

Ora, benché Scalia aderisse in via di principio all’idea che il giudice dovesse astenersi dall’attivismo creativo, era altresì persuaso che il metodo dell’interpretazione costituzionale, ispirato ad una sorta di “testualismo storico”, consentisse di prevenire questa deriva. In altri termini, nella sua prospettiva non era affatto necessario esimersi dall’affrontare le questioni di diritto in chiave dogmatica e sul piano del diritto costituzionale.

Al contrario, il *Chief Justice* è sempre parso più vicino alle posizioni della scuola del *legal process*. La *legal process jurisprudence*<sup>13</sup> predica la necessità di ricostruire il contesto nell’ambito del quale matura il processo di creazione del diritto ed elaborare in modo ragionato (attraverso una *sound adjudication*) i punti di partenza autoritativi espressi dalla legge<sup>14</sup>. Questa operazione presuppone una preferenza per il *judicial restraint* in luogo dell’attivismo giudiziale, secondo una prospettiva che non è peraltro distante dal pragmatismo americano del primo novecento. Tale corrente di pensiero, dal canto suo, suggeriva infatti di assumere un atteggiamento prudente rispetto ai casi in cui la soluzione puntuale impegnasse necessariamente i giudici ad affrontare le questioni di diritto in termini di ricostruzione di principi generali e universalmente applicabili alle condotte degli uomini e dei pubblici poteri<sup>15</sup>.

Di questo approccio, *Justice* Scalia condivideva la necessità del ritorno al testo (della Costituzione e della legge) e la medesima repulsione per l’attivismo giudiziale<sup>16</sup>. Non era però né uno spirito pragmatico, né un seguace del *legal process*. Per Scalia, le circostanze di contesto non potevano fare premio sulla lettera della legge. In uno dei suoi ultimi e più vigorosi *dissent* si scagliava contro l’abbandono del testualismo anche nelle ipotesi in cui tale canone ermeneutico fosse accompagnato dal ricorso ad un’interpretazione teleologica orientata però alla comprensione delle finalità generali perseguite dal legislatore (al “Congress’ plan”) e intellegibili a prescindere dal particolare significato attribuibile al testo o ad una sua disposizione<sup>17</sup>. Egli prediligeva poi le ricostruzioni dogmatiche, tendeva cioè a rintracciare la soluzione del caso concreto nel richiamo di

<sup>13</sup> Su cui v. E.T. LEE, *Judicial Restraint in America: How the Ageless Wisdom of the Federal Courts Was Invented*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Sul legame tra il pragmatismo del primo Novecento e la scuola del *legal process* che ne ha sostanzialmente assorbito il lascito v. R.A. POSNER, *What Has Pragmatism to Offer Law?*, in 63 *California Law Review* 1654 (1990).

<sup>14</sup> V. U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, Giappichelli, 2014, 228.

<sup>15</sup> Sul punto v. O.W. HOLMES, *The Path of Law*, in 101 *Harvard Law Review* 457 (1897), ora anche in D. KENNEDY, W.W. FISHER III, *The Canon of American Legal Thought*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 29 ss. Su questi aspetti cfr. A.M. NIEDDU, A. PARARAVICINI, *Alle origini del pragmatismo. La cultura Americana di fine Ottocento. Emerson e il Metaphysical Club*, in R.M. CALCATERRA, G. MADDALENA, G. MARCHETTI, *Il pragmatismo. Dalle origini agli sviluppi contemporanei*, Roma, Carocci, 2015, 40-41 e C. WELLS HANTZIS, *Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes Jr.*, in 82 *Northwestern University Law Review*, 541 (1988).

<sup>16</sup> Su questi aspetti v. A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1997.

<sup>17</sup> Cfr. la pronuncia *King v. Burwell*, 135 S.Ct. 475 (2015) su cui v. A. GLUCK, *Symposium: Congress has a “plan” and the Court can understand it – The Court rises to the challenge of statutory complexity in King v. Burwell*, in *Scotusblog* (Jun. 26, 2015), disponibile all’indirizzo internet <http://www.scotusblog.com/2015/06/symposium-congress-has-a-plan-and-the-court-can-understand-it-the-court-rises-to-the-challenge-of-statutory-complexity-in-king-v-burwell/>.

principi generali in grado di orientare l'esercizio dei poteri ovvero le condotte dei singoli. Scalia rifuggiva parimenti le tentazioni scettiche – che pure hanno fatto talvolta capolino nella giurisprudenza della Corte presieduta da Roberts – ossia la preferenza per un metodo decisorio che non assume a proprio fondamento una ricostruzione di carattere dogmatico<sup>18</sup>.

Sul piano dei canoni dell'interpretazione costituzionale, Scalia difendeva una sua versione dell'*originalism*, non riuscendo ad essere del tutto identificabile con il pensiero originalista<sup>19</sup>. Egli non predicava tanto il recupero puntuale dell'*original intent*, quanto piuttosto la necessità di riferirsi al significato originale dei termini della Costituzione. Le sue tesi poggiavano dunque su un testualismo di matrice storica, radicato cioè in una ricostruzione di significati illuminata dai padri fondatori<sup>20</sup>.

Ogni allontanamento dal *textualism* rappresentava, nella prospettiva di Scalia, un esercizio di arroganza e di *judicial activism*, ingiustificabile sul piano del ruolo assegnato al giudice nell'ambito dell'ordinamento americano.

### **3. Le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti**

Se considerato nel complesso, il lascito intellettuale di *Justice* Scalia non pare avere, all'interno dell'attuale collegio, molte possibilità di essere pienamente raccolto.

La teoria dell'interpretazione costituzionale di Scalia non era ampiamente condivisa dalla Corte, neppure all'interno del blocco conservatore, nell'ambito del quale le posizioni del *Chief Justice* sono parse spesso difficilmente conciliabili con quelle del giudice appena scomparso<sup>21</sup>.

È vero che, soprattutto negli ultimi due anni, la Corte ha mostrato una spiccata tendenza a indugiare nell'analisi testuale, soprattutto nella ricostruzione del significato delle disposizioni costituzionali che attengono al funzionamento della forma di governo<sup>22</sup>. Tuttavia, il *textualism* impiegato dai giudici supremi non coincide necessariamente con quello predicato da Scalia, per almeno due ragioni.

La prima è la predominanza di prospettive teoriche vicine alla scuola del *legal process* anche nell'ambito dell'ala *liberal*. *Justice* Breyer difende per esempio i metodi interpretativi che attingono alla storia del processo di adozione di un testo al fine di delineare il contesto nel quale è stato

<sup>18</sup> Sul punto vedi anche G. ROMEO, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2011/2012 e 2012/2013*, in *Giur. cost.*, 2013, 4260. Sullo scetticismo americano v. R.A. EPSTEIN, *Skepticism and Freedom: The Intellectual Foundation of Our Constitutional Order*, in 6 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 680 (2003-2004).

<sup>19</sup> Sul punto v. D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010, 17.

<sup>20</sup> Su questi aspetti v. P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in 60 *Boston University Law Review* 204, 221 (1980) e D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, cit., *passim*.

<sup>21</sup> Sul punto si rinvia alle statistiche sulle percentuali di allineamento tra i giudici pubblicate sui volumi 128 e 129 dell'*Harvard Law Review*, rispettivamente nel 2014 e nel 2015. Tali statistiche mostrano peraltro il relativo isolamento di Scalia negli ultimi due *terms*. Nel 2014 e nel 2015, egli ha infatti sempre più di frequente ricoperto il ruolo del giudice dissenziente rispetto all'*opinion of the Court*.

<sup>22</sup> Cfr. da ultimo, oltre alla già citata *NLRB v. Noel Canning*, le decisioni *Zivotofsky v. Kerry*, 135 S. Ct. 2076 (2015) e *Kerry v. Din*, 135 S.Ct. 2128 (2015).

prodotto e, per questa via, illuminare di significato gli enunciati ivi contenuti, pur sfrondando questo sforzo di qualsiasi riferimento ad un *original intent* che rimane per lo più imperscrutabile<sup>23</sup>.

La seconda ragione è rappresentata dalla complessiva concezione del ruolo del giudice e della *constitutional adjudication*. La sensibilità alle tesi del *minimalism*, dalla quale peraltro non sono immuni neppure i giudici *liberal*, soprattutto di fronte a taluni *hard cases*, rispetto ai quali la Corte dovrebbe astenersi dal presentare soluzioni assai divisive che aspirino comunque a imporsi con la forza del precedente<sup>24</sup>, resta molto diffusa.

In altri termini, il *textualism*, nella dimensione di indagine attorno alla ricostruzione dei significati del testo (della Costituzione e della legge), rimarrà una delle cifre essenziali della giurisprudenza della Corte Suprema, ma nell'ambito di una teoria della *constitutional adjudication* che appare piuttosto distante dal pensiero di Scalia e ancora incline alla *constitutional avoidance doctrine*. Esiste invero una certa continuità logica tra la rinuncia a ricostruire la questione dedotta in giudizio nei termini di un problema che interroga necessariamente i principi del diritto costituzionale e il ricorso all'interpretazione testuale, per lo più finalizzata a soluzioni *narrowly tailored*, capaci di ridimensionare lo scontro ideologico.

Il testualismo, in questa prospettiva, depolitizza gli *hard cases* e attutisce l'impatto del dibattito dottrinale tra le anime del collegio. Di questo confronto dialettico Justice Scalia era invece costante fautore, a costo di revocare in dubbio, nei fatti, talune delle premesse teoriche della *common law constitutional interpretation* di cui pure era fiero sostenitore. La prudenza<sup>25</sup> del giudice di *common law* – intesa come la cauta attitudine a rifuggire soluzioni dogmatiche – come pure il suo spirito pragmatico, che gli suggerisce l'opzione di compromesso quando l'accomodamento dei punti di vista è richiesto dalle circostanze del processo politico e del momento storico, erano virtù raramente praticate dal giudice appena scomparso; al contrario, queste ultime sono sempre più richieste a una Corte che, sopportando il peso del suo prestigio, decide, nello stesso anno, di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso e di riconoscere alle *corporations* la libertà di coscienza di rifiutare la copertura assicurativa sanitaria alle dipendenti che intendano esercitare il diritto all'aborto<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Una parziale marcia indietro rispetto a questa impostazione è invero riscontrabile nella pronuncia *NLRB v. Noel Canning* (v. *supra* nota 2) ove Breyer sviluppa un'analisi che indugia molto nella ricostruzione dell'*original intent* dei padri fondatori rispetto al significato della *Recess Appointments Clause*.

<sup>24</sup> Cass Sunstein collega questa attitudine alla teoria dei cosiddetti *incompletely theorized agreements* secondo cui «participants in legal controversies try to agree on the result and on relatively narrow or low-level explanations for it. They need not agree on fundamental principles»: v. C.R. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements*, in 108 *Harvard Law Review* 1735-1736 (1995).

<sup>25</sup> Sul punto v. D.A. STRAUSS, *Common Law Constitutional Interpretation*, in 63 *University of Chicago Law Review* 877 (1996).

<sup>26</sup> Il riferimento è alle pronunce *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015) e *Burwell v. Hobby Lobby Stores Inc.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).