



27 aprile 2020

Di leoni e di orsi, di giudici e di legislatori

Di Neil Gorsuch

In questo discorso, mi concentro sulle differenze tra legislatori e giudici, e su cosa accade quando confondiamo i loro ruoli – sui pericoli che si materializzano quando i giudici reclamano il diritto di foggare nuove leggi e quando i legislatori avocano a sé il potere di risolvere controversie passate. Quando mi fu chiesto di tenere questo discorso – la Sumner Canary Memorial Lecture presso la Case Western Reserve University – avevo un altro tema in mente: avrei voluto parlare di alcuni aspetti problematici del ricorso alla tutela giurisdizionale che mi preoccupano e che ho discusso altrove. Prima che potessi scrivere il testo, tuttavia, il giudice della Corte Suprema Scalia è morto prematuramente e, sapendo quanto egli tenesse a questo aspetto del nostro principio di separazione dei poteri, ho deciso di dedicare questo discorso alla sua memoria e alla sua eredità intellettuale.

I. Il “leone” Scalia e il modello tradizionale dell’attività giurisdizionale

Talvolta ho difficoltà a capire esattamente cosa si voglia dire quando si descrivono le persone come “leoni” nella loro professione. Non è stato così con *Justice*¹ Antonin Scalia. Egli è stato davvero un “leone” del diritto: mansueto nella sua vita privata ma tenace combattente in quella professionale, con un ruggito che poteva essere udito a chilometri di distanza. Giustamente, verranno scritti interi libri dedicati ai contributi che egli ha dato, nel ruolo di giudice e non, allo sviluppo del diritto americano. D'altronde, io stesso ho avuto difficoltà a pensare a un altro giudice della Corte Suprema che abbia scritto così tanti e autorevoli articoli e libri sul diritto mentre era impegnato a risolvere controversie giudiziarie – testi come *A Matter of Interpretation* [Princeton, Princeton University Press, 1997] e *Reading Law* [St. Paul, Thomson/West, 2012], che influenzeranno le future generazioni di studenti e giuristi.

Ma stasera voglio affrontare un punto più specifico e avanzare l’idea che, forse, il più grande progetto della carriera di Scalia è stato quello di ricordarci della differenza tra giudici e legislatori. Di ricordarci che i legislatori possono fare appello alle proprie convinzioni morali e fare affidamento su giudizi in merito all’utilità sociale, quando novellano il diritto nel modo in cui, secondo loro, questo dovrebbe essere – e che i giudici non dovrebbero fare niente di tutto ciò in una società democratica; che i giudici dovrebbero, invece, sforzarsi (per quanto sia possibile a un essere umano e, quindi, in modo imperfetto) di applicare la legge così com’è,

Neil Gorsuch è Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 2017. Precedentemente, è stato avvocato presso lo studio Kellogg, Hansen, Todd, Figel Frederick PLLC dal 1995 al 2005, *Principal Deputy Associate Attorney General* presso il Dipartimento di Giustizia federale dal 2005 al 2006 e giudice della Corte d’Appello federale per il decimo circuito dal 2006 fino alla sua nomina alla Corte suprema. Si è laureato in giurisprudenza presso la Harvard University e addottorato in diritto presso la Oxford University.

¹ Nel linguaggio giuridico anglo-americano, “*Justice*” è il titolo onorifico che si riserva ai giudici (ordinariamente noti come “*judge*”) delle Corti supreme.

concentrandosi su ciò che è stato, non su ciò che sarà, guardando al testo, alla struttura e alla storia e non alle proprie convinzioni morali o alle conseguenze politiche che secondo loro servirebbero al meglio la società. Come ha affermato lo stesso Scalia, «[s]e vuoi essere un giudice giusto e leale, devi arrenderti al fatto che non sempre sarai contento delle conclusioni che hai raggiunto. Se queste sono sempre di tuo gradimento, probabilmente stai sbagliando qualcosa».²

A me sembra che ci possano essere pochi dubbi sul successo di questo grande progetto. Viviamo in un tempo in cui il compito dei giudici federali non è tanto quello di elaborare il *common law*, ma quello di interpretare testi (siano essi costituzionali, legislativi, regolatori o contrattuali). E come ha riconosciuto Justice Elena Kagan nella sua *Scalia Lecture* alla Harvard Law School nel 2015, «siamo tutti testualisti oggi».³ Esprimendo al meglio lo spirito della facoltà di giurisprudenza che abbiamo entrambi frequentato [Harvard, N.d.T.], Kagan ha ricordato che i professori e gli studenti di solito leggevano un testo legislativo chiedendosi «chissà come dovrebbe essere questa legge», invece di chiedersi «qual è il significato delle parole della legge?», così confondendo il ruolo del giudice con quello del legislatore. Tutto questo è cambiato, e, come ha affermato Kagan, «Scalia ha il merito di questa [trasformazione] più di ogni altro», perché ha «insegnato a tutti come adottare un diverso modo di interpretare la legge».

Non credo ci sia una dimostrazione migliore del ragionamento di Justice Kagan rispetto a quella di guardare alla prima sentenza che la Corte Suprema ha emesso dopo la morte di Scalia. Quel caso – *Lockhart v. United States* – aveva ad oggetto la questione circa la migliore interpretazione di una legge che comminava sanzioni più elevate in caso di tre reati: «[1] violenza sessuale aggravata, [2] violenza sessuale» e «[3] condotta sessuale abusiva nei confronti di un minore o un pupillo». La *majority opinion*,⁴ redatta da Justice Sonia Sotomayor, fondata sulla *rule of the last antecedent*,⁵ ha statuito che la frase alla fine del periodo – «nei confronti di un minore o un pupillo» – avesse sortito l'effetto di modificare solo l'ultima delle condotte offensive elencate: cosicché, la sanzione legislativa debba applicata ogni qualvolta ci sia una molestia sessuale, aggravata o meno, o quando ci sia una condotta sessuale abusiva nei confronti di un minore o un pupillo. Trovandosi in dissenso, Justice Kagan ha notato che, in alcune circostanze, la *rule of the last antecedent* cede «alla comune comprensione della lingua inglese»:⁶ secondo Kagan, un lettore comune della frase in esame («nei

2 A. Scalia, *The Madison Lecture at the Chapman University School of Law*, 29 agosto 2005, inedita.

3 E. Kagan, *The Scalia Lecture at Harvard Law School*, 18 novembre 2015, qui disponibile: <https://www.youtube.com/watch?v=dpEtszFT0Tg>.

4 Al contrario di quanto avviene in Italia (e nei sistemi di *civil law* in generale), le Corti statunitensi pubblicano, all'esito della soluzione dei casi, una *majority opinion* (espressione della decisione della maggioranza del collegio giudicante), cui può fare da contraltare una o più *dissenting opinion*, in cui i giudici che avrebbero deciso diversamente il caso esprimono le proprie motivazioni al riguardo. Solo la *majority opinion* vale come "precedente": la *dissenting opinion* non ha alcuna autorità vincolante, ma dal momento in cui rappresenta in piena trasparenza le ragioni giuridiche della minoranza, aiuta a verificare che la decisione assunta dalla maggioranza sia forte non solo dei numeri che l'hanno approvata, ma anche della bontà delle motivazioni che l'hanno definita. Non è raro che una *dissenting opinion* diventi, nel corso del tempo, la base giuridica per modificare l'orientamento della Corte.

5 Si tratta di una regola di interpretazione per effetto della quale le frasi referenziali e qualificanti, laddove non vi sia alcuna intenzione contraria apparente, si riferiscono esclusivamente all'ultimo antecedente.

6 Più nel dettaglio, secondo Kagan la *rule of the last antecedent* incontra delle eccezioni in cui una proposizione modificante al termine di un periodo estende i propri effetti anche oltre il più vicino degli antecedenti.

confronti di un minore o un pupillo») avrebbe pensato che essa non avesse modificato solo l'ultimo, ma tutti e tre i suoi antecedenti. Pertanto, perché potessero trovare applicazione le sanzioni più elevate, la pubblica accusa avrebbe dovuto sempre provare l'esistenza di un qualche abuso sessuale nei confronti di un minore. A sostegno della sua interpretazione, *Justice* Kagan ha impiegato un'analogia da manuale: «[i]mmaginate che un'amica vi dica che spera di incontrare "un attore, un regista o un produttore che abbia avuto a che fare con il nuovo film di Star Wars" – voi capireste immediatamente che vuole incontrare un attore del cast del film di Star Wars, non un attore che abbia recitato, ad esempio, nell'ultimo degli *Zoolander*».

Come potete vedere, le due fazioni in *Lockhart* erano in evidente, e perfino vivace, disaccordo: ma, notate, nessuna delle due ha fatto appello alla propria personale idea della migliore *policy* sociale – il loro disaccordo aveva a oggetto la grammatica, il linguaggio e la struttura della legge. In effetti, non ho dubbi sul fatto che diversi tra i giudici si siano trovati a votare per una soluzione che avrebbero avversato se avessero agito in qualità di legislatori. Se c'è una cosa che sappiamo di *Justice* Scalia, è che egli amava un bello scontro, ed è probabile che egli amasse più di tutto uno scontro come questo, sull'effetto grammaticale di una proposizione participiale: se la Corte Suprema avesse voluto offrirgli un omaggio, anziché rendere un giudizio, sarebbe difficile immaginarne uno più adeguato di questo. È certo che quando la Corte ha annunciato la propria decisione in *Lockhart*, Scalia avrà sorriso, seduto nel luogo felice in cui si trova.

Ma ogni impresa che si rispetti attira i suoi critici: e il progetto di *Justice* Scalia non ha fatto eccezione. I critici sono arrivati da diverse direzioni e con diversi obiettivi. Ronald Dworkin, per esempio, ha definito l'idea che i giudici dovrebbero applicare lealmente la legge per come è scritta una «vuota espressione», perché molte fonti giuridiche, tra cui la Costituzione, non possono essere applicate «senza compiere controversi giudizi di moralità politica alla luce dei principi politici dello stesso [giudice]». Anche il mio mirabile collega, il giudice della Corte d'Appello federale (*Judge*) Richard Posner, si è mostrato scettico: egli ha sostenuto che è «ingenuo» pensare che i giudici credano veramente in tutto quello che scrivono nelle loro sentenze, perché sebbene essi neghino spesso la dimensione "creativa" del loro lavoro, la verità è che i giudici possono e devono fare ricorso alle proprie convinzioni morali e a una interpretazione orientata alle conseguenze (*consequentialist argument*) quando devono risolvere i cosiddetti casi complessi (*hard cases*). Immediatamente dopo la morte di *Justice* Scalia, altri hanno aggiunto la propria voce a questo coro. Il professore di diritto costituzionale Laurence Tribe, fra i molti, ha scritto con grande ammirazione del contributo di Scalia al diritto, ma ha temperato questo sentimento rimproverandolo di essersi concentrato troppo sul come (i mezzi con cui) si deve raggiungere un giudizio e non abbastanza sui risultati, affermando che «i metodi interpretativi» non «determinano, tantomeno eclissano, gli esiti».

Bene, temo che dovrete classificarmi come un ingenuo, come un sostenitore dell'idea che le vuote espressioni possano avere un proprio contenuto e come un seguace del principio per cui gli esiti (fini) non giustificano i metodi (mezzi). Con il dovuto rispetto, sono convinto che una assidua concentrazione sul testo, sulla struttura e sulla storia sia essenziale alla funzione giurisdizionale; che i giudici dovrebbero occuparsi di proclamare la legge per come è, impiegando i tradizionali strumenti di interpretazione, e non per come essi preferirebbero fosse alla luce delle proprie opinioni politiche, con l'occhio rivolto agli esiti, addirittura impegnati in una sorta di calcolo benthamiano dei potenziali vantaggi e degli svantaggi. Benché i critici si facciano sentire e la tentazione di unirsi a loro sia forte, classificatemi pure tra coloro i quali ritengono che il modello tradizionale del ruolo del giudice difeso da Scalia resisterà. Nelle pagine che seguiranno illustrerò tre motivi che giustificano questa mia convinzione.

2. Cosa accadrebbe se fosse consentito ai giudici di legiferare?

Per prima cosa, consideriamo la Costituzione. I giudici devono fare qualcosa in più rispetto al tenerla soltanto in considerazione: essi hanno giurato di applicarla. Pertanto, ogni teoria sull'attività giurisdizionale deve, perlomeno, misurarsi con questo dovere costitutivo. Eppure, mi sembra che coloro i quali vorrebbero che i giudici operassero come legislatori, imponendo le loro convinzioni morali e i loro "calcoli felicifici",⁷ debbano fare i conti con una ardua difficoltà, nel momento in cui devono riconciliare la loro *judicial philosophy* con il nostro documento fondativo.

Dopo tutto, alla Convenzione di Filadelfia (1787) i Padri costituenti (*Framers*) discussero di una proposta assai in linea con quella oggi avanzata dai critici di cui abbiamo detto: l'incorporazione dell'ordine giudiziario in un «consiglio di revisione» (*council of revision*), con ampi poteri di sindacato e di veto sulla legislazione approvata dal Congresso. Ma questa proposta fu bocciata, travolta dall'opposta visione per cui i giudici devono decidere solo in base alla legge da applicare, liberi dai pregiudizi che verrebbero dall'aver partecipato alla sua adozione e dal peso di dover determinare «le politiche in materia di interventi pubblici». In luogo di un sistema che confonda i poteri legislativo e giudiziario, i Padri costituenti ne hanno scelto uno che separi con cura quei poteri: la Costituzione riflette questo disegno, dedicando articoli diversi al potere "legislativo" e al potere "giudiziario", creando istituzioni separate per ciascuno di essi, e trattando quei poteri in modo differente.

Peraltro, per la generazione dei Padri fondatori quelle del potere "legislativo" e del potere "giudiziario" non erano categorie vuote: avendo alle spalle un complesso retaggio intellettuale – nato più o meno in pari misura dal *common law* inglese e dalla filosofia dell'Illuminismo – i Padri fondatori compresero che il potere legislativo è il potere di dettare nuove regole di applicazione generale e futura; un potere appropriatamente guidato dalla volontà del popolo che si esprime attraverso i suoi rappresentanti, un compito dichiaratamente politico e non vincolato dal passato, con l'unica eccezione per cui ogni legge deve conformarsi alla più alta delle leggi, la Costituzione stessa.

Allo stesso tempo, i Padri fondatori intesero il potere giudiziario come qualcosa di molto diverso. Un'autorità orientata non verso il futuro, ma verso il passato. Non un mezzo per foggare nuove regole di applicazione generale, ma uno strumento per risolvere dispute in merito a quale legge vigente debba essere applicata, e in che modo questa vada applicata a controversie individuali. Uno strumento necessariamente connotato alla società civile, ma in modo peculiare; che richiede arbitri neutrali, non rappresentanti eletti; che è ancor più vincolato al passato dal rispetto per il precedente e dall'analogia, dall'uso dei casi già decisi come congegno per risolverne di nuovi. Uno strumento che trova un ulteriore vincolo nella regola generale di pronunciarsi sulle sole controversie che le parti in causa hanno volontariamente sottomesso al giudizio delle Corti. Per chi aderisce a questa tradizionale visione dell'attività giurisdizionale, il compito è sempre quello di interpretare e applicare la legge nel modo in cui un ragionevole e ragionevolmente attento cittadino avrebbe potuto intenderla quando ha commesso le azioni che ora sono oggetto della controversia: non di correggere o rivedere la legge.

Molti aspetti tecnici della Costituzione confermano ciò che la sua più generale struttura suggerisce. Ad esempio, se i Padri fondatori fossero stati davvero convinti del fatto che i legislatori avrebbero potuto giudicare e che i giudici avrebbero potuto legiferare, perché mai avrebbero fatto la fatica necessaria per limitare la portata dell'autorità legislativa – insistendo sul fatto che ogni legge deve superare l'arduo processo dell'approvazione bicame-

7 Qui Gorsuch continua a fare riferimento alla dottrina di Jeremy Bentham, secondo cui la finalità della giustizia è la massimizzazione del benessere sociale, e, dunque, il calcolo si traduce nella formula «il massimo della felicità per il massimo numero di persone».

rale, per poi essere presentata al Presidente degli Stati Uniti per la sua promulgazione o il suo veto (*presentment*) – se i giudici possono effettuare la medesima, essenziale funzione senza simili misure di salvaguardia? E perché mai avrebbero perseverato sulla nozione di un legislatore responsabile di fronte all'elettorato, consentendo poi ai giudici di agire come legislatori senza la medesima responsabilità? Perché mai, ancora, avrebbero concepito un sistema che consente a parti ugualmente non rappresentative di definire l'ambito della controversia basandosi sul loro ristretto interesse personale? E se i giudici possono produrre nuove regole di applicazione generale e futura, perché mai i Padri fondatori avrebbero considerato il precedente come tra i principali attributi dell'attività giurisdizionale, invece di scegliere strumenti più coerenti con un'attività rivolta verso il futuro, come dei dati empirici? E perché mai avrebbero affidato queste decisioni a uno sparuto numero di giudici, talvolta solo ad uno di essi, assistito solo da giovani tirocinanti (*law clerks*) destinati a fare carriera altrove, e non a un organismo più ampio, con competenze collettive maggiori?

Fronteggiando questo genere di obiezioni, *Judge Posner* ha replicato che «le Corti d'appello americane sono comitati di saggi e che non è del tutto assurdo affidare loro la responsabilità di risolvere dei casi nel modo in cui si produca il miglior risultato» per la società. Ma, con il dovuto rispetto, anche questo non sembra un appoggio incondizionato all'idea dei giudici come ottimizzatori del benessere sociale, no? Posso pensare a molte cose che non sono *completamente* assurde, ma che sono nondimeno chiaramente inopportune (o, almeno, questo è ciò che provo a far capire alle mie figlie adolescenti). E, sempre con il dovuto rispetto, non sarebbe un po' assurdo riconoscere, da una parte, la separazione tra i poteri legislativo e giudiziario imposta dalla Costituzione, nonché il dovere dei giudici di applicare quest'ultima, salvo poi lodare i giudici che si fanno beffe di tutto ciò, per poter perseguire ciò che essi hanno divinato essere il miglior risultato in termini di politiche pubbliche? E non sarebbe folle non temere che, se i giudici si sentono liberi di non rispettare la separazione dei poteri costituzionalmente definita, essi finiranno presto per trovare altre fastidiose parti della Costituzione ugualmente indegne di essere applicate alla lettera?

3. La separazione dei poteri come meccanismo di tutela delle libertà individuali

Questa osservazione ne porta con sé un'altra. Sono convinto che la separazione tra il potere legislativo e quello giudiziario non sia soltanto una formalità prescritta dalla Costituzione: per i Padri fondatori, questi poteri erano distinti per natura e la loro separazione era tra i più importanti meccanismi costituzionali di preservazione della libertà, un diritto individuale a sé stante necessario per la salvaguardia di tutti gli altri diritti più tardi enumerati nel *Bill of Rights*. Benché molto altro possa essere detto in proposito, in questa sede mi limiterò a tratteggiare alcuni dei motivi che spiegano perché difendere questa divisione tra il legislativo e il giudiziario sia cruciale per tutelare le fondamentali garanzie del giusto processo (*due process*) e dell'uguaglianza di fronte alla legge (*equal protection*).

Immaginiamo che al legislatore sia consentito giudicare. Se i Parlamenti fossero liberi di agire come giudici e di creare regole retroattive, sarebbero anche liberi di punire gli individui per la loro condotta passata, alla quale non è più possibile porre rimedio. E ciò, non assicurando agli individui interessati nessuna delle garanzie procedurali che normalmente circondano l'attività giurisdizionale, solleva serie questioni in merito al rispetto del *due process*. Come può un cittadino conoscere con equo preavviso la legge o come può egli organizzare i propri affari, se il legislatore può tornare indietro nel tempo e rendere illegale ciò che a quel tempo era ragionevolmente ritenuto lecito? E come può il cittadino medio anche solo sperare di avere una voce in capitolo all'interno del processo legislativo per evitare questo esito? E le perplessità in materia di *due process* fanno il paio con quelle in ordine al rispetto del principio di uguaglianza di fronte alla legge. Se i legislatori possono

sistematicamente legiferare in modo retroattivo, che cosa ne sarebbe di individui o gruppi guardati con disapprovazione? Essi diventerebbero facili bersagli di discriminazione, visto che le azioni da loro compiute (ormai imm modificabili) sarebbero conosciute. È indubbio che siano state preoccupazioni come queste a spingere i Padri fondatori a proibire la pratica dei *bills of attainder*⁸ o ad affermare l'irretroattività della legge penale, e a spiegare perché è connaturata alla nozione costituzionale di "potere legislativo" la presunzione – antica quanto il *common law* – secondo cui ogni legge, non solo penale, non dispone che per l'avvenire.

Immaginiamo ora la situazione opposta: che al giudice sia consentito legiferare. Non ostacolato dalle strettoie dell'Articolo I della Costituzione,⁹ al giudice sarebbe sufficiente il proprio voto o quello di pochi colleghi per modificare la legge: in questo modo, l'attività legislativa diventerebbe un'attività relativamente semplice. Se a ciò aggiungiamo poi il potere di legiferare retroattivamente, si ripresenterebbero identiche tutte le inquietudini che abbiamo appena ricordato in ordine al *due process* e al principio di uguaglianza di fronte alla legge. Potrebbero le parti sperare davvero di conformarsi ai precetti imposti dalla legge, o sarebbero piuttosto abbandonati alla mercé della regola retroattivamente applicata dal futuro giudice-legislatore che essi abbiano avuto la ventura di incontrare? E non avrebbe il giudice la tentazione di usare la sua novella autorità legislativa per soccorrere le parti verso le quali prova affinità o simpatia e per nuocere a quelle che non godono del suo favore? Notate, peraltro, quanto sarebbe difficile rivedere l'esito di una legislazione giudiziaria attuabile con tanta facilità, in caso di mutamenti dello stato delle cose o per correggere eventuali errori. Poiché i giudici non possono essere destituiti in normali elezioni, dovremmo spesso aspettare la loro morte¹⁰ prima di avere qualsiasi opportunità di riforma: e, anche in quel caso, le cose non sarebbero così semplici, dal momento in cui le Corti non possono facilmente emendare gli errori del passato, visto l'autorità che esse accordano al precedente giudiziale. Mi sembra che questa sia la ragione per cui Hamilton ha affermato che «la libertà non ha nulla da temere dal solo potere giudiziario», ma «ha tutto da temere dalla [sua] commistione» con il potere legislativo. William Blackstone ha dipinto i contorni di un sistema in cui i giudici sono liberi di legiferare con tinte ancora più fosche, suggerendo che in quel caso «gli uomini sarebbero schiavi dei loro magistrati».

4. L'Orso da seminare nel bosco e il problema dei modelli alternativi

Giunti a questo punto, posso immaginare la replica dei critici di cui abbiamo detto più su. Certamente, i giudici devono impiegare gli strumenti tradizionali del testo, della struttura, della storia e del precedente; ma in alcuni casi complessi questi non saranno del tutto chiari: pertanto, sarà necessario *qualcosa* per superare lo stallo – ed ecco che entreranno in gioco le convinzioni politiche del giudice, un'interpretazione consequenzialista o qualcos'altro ancora. Con il dovuto rispetto, non penso che questa conclusione sia coerente con le premesse: semmai, a me sembra che una replica tale finisca per fornire una terza (e indipendente dalle precedenti) ragione per adottare il tradizionale modello dell'attività giurisdizionale – una per cui il modello tradizionale è migliore di quelli a esso alternativi.

8 Con il termine *bill of attainder* si fa riferimento a un atto del Parlamento che dichiara una persona o un gruppo di persone colpevoli di alcuni crimini e li punisce di conseguenza, senza un regolare processo. Questo atto venne utilizzato in modo massiccio in Inghilterra, tra il XIV secolo e il XIX secolo, come mezzo per ridurre all'impotenza (e, spesso, eliminare fisicamente), gli oppositori politici senza le garanzie del *due process*. Per queste ragioni, i *bills of attainder* sono espressamente banditi dall'Art. I, sez. 9, della Costituzione degli Stati Uniti.

9 Che disciplina e limita l'esercizio del potere legislativo.

10 Gorsuch adotta un così estremo riferimento perché i giudici federali negli Stati Uniti servono «during good Behaviour» (Art. III), cioè a vita.

Non voglio certo spingermi ad affermare che i classici strumenti interpretativi portino sempre a una definitiva e corretta risposta in ogni caso. È noto che Ronald Dworkin fosse convinto del contrario, asserendo che un giudice “erculeo”¹¹ potrà sempre trovare la soluzione giusta: ma, stando almeno alla mia esperienza personale, in molti tra noi giudici non assomigliano ad Ercole – c’è un motivo perché indossiamo toghe così poco aderenti – e sono consapevole del fatto che alcuni casi complessi non si prestano a una chiara risposta corretta.

Allo stesso tempo, però, sono dell’avviso che l’indeterminatezza di una legge sia spesso esagerata. Gli studenti delle facoltà di giurisprudenza sono sottoposti a una dieta ferrea a base di manuali ricolmi delle più esasperanti e impegnative sentenze d’appello mai pronunciate. I casi complessi sono, peraltro, il pane quotidiano del professorato e una fonte di guadagni per i più rinomati tra gli avvocati. Ma mi chiedo quanto spesso professori e avvocati fanno presenti agli studenti i dati che ora vi elencherò... Ogni anno, nei tribunali federali vengono avviati più di 360 mila procedimenti, mentre nei tribunali dei diversi stati dell’Unione ne viene presentato qualcosa come altri 50 milioni (senza contare i casi di RC auto). Eppure, la maggior parte dei casi, a livello federale, viene risolto nel primo grado di giudizio (*trial courts*): la parte soccombente potrà non essere contenta del risultato, ma lo accetta tendenzialmente come ragionevolmente corretto; difatti, solo il 5,6% circa dei casi viene appellato. E, di questa minuscola minoranza, un buon 95% viene risolto unanimemente dai giudici d’appello: non si tratta di una cosa di poco conto, se si tiene in conto che le Corti d’appello decidono i casi in collegi composti da tre giudici e che, come giudice del decimo distretto di Corte d’Appello (*Tenth Circuit*),¹² ho lavorato con colleghi provenienti da sei diversi Stati e nominati da Presidenti che andavano da Barack Obama fino a Lyndon Johnson.¹³ E non abbiamo finito. Dei milioni di casi presentati ogni anno, soltanto 70 circa raggiungono la Corte suprema federale: questi sono i casi più complessi, rispetto ai quali, di solito, le Corti inferiori si sono nettamente divise. Eppure, perfino in queste circostanze così difficili, tutti e nove i giudici della Corte suprema (non solo tre) sono in grado di decidere in modo unanime il 40% circa delle volte: e ciò nonostante questi giudici vengano da ogni parte del paese e siano stati nominati da diversi presidenti nell’arco di decenni (e la percentuale è rimasta costante fin dal tempo della Seconda guerra mondiale). Concentrarsi sui casi complessi può essere divertente, ma non è che così facendo rischiamo di perdere di vista ciò che conta davvero?

E non rischiamo di perdere di vista anche la *ragione* per cui una così ragguardevole percentuale di casi è risolta all’unanimità? La verità è che gli strumenti tradizionali di analisi giuridica riescono ad eliminare o ridurre l’indeterminatezza in modo eccellente. Certo, avvocati e giudici potranno talvolta essere in disaccordo rispetto a quale regola di interpretazione sia adeguata a individuare la volontà del legislatore in una legge complicata. Potremo, ogni tanto, discutere dell’ordine di priorità con cui dovremmo impiegare i canoni di interpretazione. E, in alcuni casi, potremo perfino dissentire dai risultati cui quelle regole conducono. Ma quando i giudici fanno affidamento sulla stessa cassetta degli attrezzi e guardano agli stessi materiali per rispondere alla stessa domanda – in che modo un individuo ragionevole avrebbe inteso essere la legge vigente? – allora si restringe il campo dei possibili esiti e si fornisce uno stabile e affidabile insieme di regole che le persone possono rispettare. E anche quando si presenta un caso complesso, una volta risolto e assunta la forza del precedente,

11 Cfr. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989 (1986).

12 Il sistema di giustizia federale degli Stati Uniti si articola su 13 distretti di Corte d’Appello. Il *Tenth Circuit* copre i territori del Colorado, del Kansas, del New Mexico, dell’Oklahoma, dello Utah e del Wyoming (circa 1/7 dell’interno territorio nazionale).

13 Barack Obama, 44esimo Presidente, è stato in carica dal 2009 al 2017; Lyndon B. Johnson, 36esimo Presidente, è stato in carica dal 1963 al 1969.

esso diventa un caso “semplice” per il futuro e contribuisce così ad ampliare la determinazione del nostro diritto.

Inoltre, penso che anche a voler ammettere che resteranno alcuni casi complessi, non per questo dovremo o potremo appellarci alle nostre convinzioni politiche, al “calcolo felicifico” o ad altra regola di decisione extra-legale. Come hanno fatto i giudici della Corte Suprema Sotomayor e Kagan in *Lockhart*, dobbiamo compiere la nostra scelta basandoci su una valutazione comparativa dei vari indizi “giuridici”: ad esempio, decidendo se, tenuto conto del suo particolare linguaggio, nel caso in esame trovi applicazione la *rule of the last antecedent* o una delle sue eccezioni. In fin dei conti, potremmo non essere sicuri che esista una certa, unica risposta corretta per ogni caso, ma non c'è ragione per non prendere la nostra decisione affidandoci (esclusivamente) sugli strumenti giuridici classici: se preferite, sulla base delle sole prove prodotte, senza poter accedere ad indizi esterni. Non c'è ragione, ancora, per non ritenere che uno tra i giudici abbia offerto l'interpretazione più convincente, anche se di poco, allo stesso tempo ammettendo che un collega dissenziente possa aver preferito una soluzione diversa. Come ha spiegato *Justice* Scalia: «[o]gni canone interpretativo è semplicemente un indizio di significato; e deve cedere di fronte ad altre, maggiori e contrarie indicazioni (eventualmente supportate da altri canoni). Ma questo non rende l'impresa un inganno: a meno che non sia il giudice a volerlo rendere tale».

Né, mi sembra, i nostri critici offrano una migliore alternativa. Considerate una storiella che *Justice* Scalia amava raccontare. Due uomini che camminano in un bosco incontrano un orso feroce: iniziano a scappare a gambe levate, ma l'orso guadagna rapidamente terreno; uno dei due urla all'altro: «non riusciremo mai a seminare questo orso!»; al che l'altro replica, serenamente: «non devo seminare l'orso, mi basta seminare te». Come chiarito da Scalia, che la visione tradizionale dell'attività giurisdizionale sia imperfetta in un limitato numero di casi non significa che dobbiamo o che possiamo abbandonarla: la vera domanda è se i suoi critici sono in grado di offrire un'alternativa migliore.

Rispetto a ciò, ho i miei dubbi. Prendete il modello del giudice come “pragmatico” massimizzatore del benessere sociale, intento a considerare i vari costi e benefici connessi ai possibili esiti del caso al suo esame e a selezionare quello in grado di conseguire il massimo beneficio possibile per il massimo numero di persone. Ma, di solito, nei casi complessi *entrambe* le parti hanno argomenti abbastanza persuasivi su come decidere in loro favore promuoverebbe il bene comune. Nei giudizi penali, ad esempio, la pubblica accusa sostiene spesso che la sua tesi promuoverebbe la sicurezza pubblica o la definitività della cosa giudicata (*finality*); di contro, la difesa afferma che la sua argomentazione favorirebbe la libertà personale e la correttezza procedurale: come può un giudice bilanciare questi beni pubblici così radicalmente divergenti? Ognuno di essi sembra piuttosto opportuno: il modello del giudice “pragmatico” non ci offre nessun valore o regola per determinare quale costo e quale beneficio vada preferito. In fin dei conti, questi critici finiscono per invitarci a sostituire un tipo di indeterminatezza con un altro: e quest'ultimo, da essi favorito, potrebbe essere anche più problematico, viste le difficoltà in merito alla compatibilità dei nuovi modelli giurisdizionali con la nostra struttura costituzionale e i suoi valori fondativi. Pertanto, mi sembra che prima di abbandonare la visione tradizionale sulla separazione dei poteri legislativo e giudiziario, faremmo bene a ricordarci dell'Orso.

5. Il ruolo del giudice in una società democratica

Con questo breve schizzo, spero di avervi dato qualche ragione del perché ritengo che la visione di un «giudice giusto e leale», difesa da Antonin Scalia, sia meritoria. Ma fino a questo momento ho discusso soprattutto di principi, non di esperienze concrete, esponendomi quindi al rischio di sentirmi obiettare che ci sono più cose in cielo e in terra di quante se ne possano sognare in filosofia. Per cui, in conclusione, voglio rendere chiaro che il modello

tradizionale del diritto e dell'attività del giudicare non mi convince solo per meriti intellettuali, ma anche per la mia personale esperienza vissuta quotidianamente nelle trincee della legge, che mi ha insegnato che l'ordinamento giuridico ha la sua peculiare struttura, il suo peculiare linguaggio, la sua peculiare coerenza e la sua peculiare completezza. I giuristi tendono a fornire giudizi sul futuro basandosi su un insieme di regole vigenti ragionevolmente stabili – e lo fanno nel rispetto e alla luce della legge per come essa è. Questa non è politica: è l'antica e nobile pratica del diritto. Ora, io stesso come giudice mi rendo conto che indossare una toga nera significa qualcosa: serve a ricordarci cosa ci si aspetta professionalmente da noi – ciò che Edmund Burke ha chiamato «la fredda neutralità di un giudice imparziale». Nel decennio che ho trascorso come giudice in una Corte d'Appello federale, ho servito a fianco di colleghi che si sono sforzati ogni giorno, a lungo e con impegno, per obbedire al precetto di Socrate: ascoltare con cortesia, rispondere con saggezza, riflettere con prudenza e decidere in modo imparziale. Uomini e donne che non cercano le luci della ribalta, ma che cercano pazientemente di realizzare la grande promessa del nostro sistema giuridico: a ciascuna parte in giudizio sarà assicurata l'uguaglianza di fronte alla legge e un giusto processo. Sono giudici che rifuggono costantemente la tentazione di raggiungere i risultati che preferiscono: e che, infatti, pronunciano puntualmente sentenze per come pensano siano imposte dalla legge vigente, benché non concordino con il loro significato politico.

La difesa avanzata da Justice Scalia della concezione classica della nostra professione è un'eredità che ciascuno dei presenti ha ricevuto, e che ciascuno di voi studenti dovrà presto mettere in pratica. Ricordo come se fosse ieri, mentre sedevo in un'aula come questa, ascoltare Scalia, allora appena confermato giudice della Corte Suprema, pronunciare la sua *Oliver Wendell Holmes Lecture*:¹⁴ egli ha presentato la prima delle sue difese del tradizionale modello dell'attività giurisdizionale e del diritto quasi trent'anni fa, ormai – è successo tutto così in fretta. Ma era e rimane, ne sono convinto, un modo più che degno di impegnare la propria vita.

Riposi in pace.

Il testo che abbiamo tradotto (apparso originariamente come *2016 Sumner Canary Memorial Lecture: Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, 66 Case W. Res. L. Rev. 905 [2016]) è uno dei capitoli contenuti nel nuovo libro di Justice Neil Gorsuch, *A Republic, If You Can Keep It* (Crown Forum, New York, 2019), scritto in collaborazione con Jane Nitze e David Federer. L'Istituto Bruno Leoni esprime la propria gratitudine nei confronti di Justice Gorsuch per aver acconsentito alla presente traduzione: al fine di renderne più agevole la comprensione al lettore italiano non specializzato, si è provveduto a dividere il testo in distinte sezioni e a corredarlo con un apparato essenziale di brevi note a cura del traduttore.

14 Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", *U. Chi. L. Rev.*, 1989, 4, pp. 1175-1188, qui consultabile: <https://www.jstor.org/stable/1599672?seq=1>.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.