

“Affari economici come affari umani”

I giudici e la libertà economica

Antonin Scalia

Il titolo di questo articolo – “Affari economici come affari umani” – deriva da una frase che ricordo fin dai primi giorni della mia consapevolezza politica. Il Presidente Dwight Eisenhower si definiva, con risultati dimostratisi di successo, «un conservatore negli affari economici, ma un progressista negli affari umani». Sono sicuro che volesse nient'altro che il fatto di rappresentare il meglio della tradizione sia Repubblicana che Democratica. Tuttavia, questo mi era sembrato un modo particolare di porre la questione: mettere a confronto gli affari economici con gli affari umani, come se l'economia fosse una scienza sviluppata a beneficio dei cani o degli alberi, come qualcosa che non ha nulla a che fare con gli esseri umani, con il loro benessere, le loro aspirazioni o le loro libertà. Questa, ovviamente, è un'idea pernicioso, sebbene rappresenti una svolta mentale che caratterizza gran parte del pensiero politico americano. Porta alla conclusione che i diritti e le libertà economiche sono qualitativamente distinti e fondamentalmente inferiori ad altri nobili valori umani chiamati diritti civili, rispetto ai quali dovremmo essere più generosi. A meno che uno non sia un materialista fatto e finito, è un'idea senz'altro attraente. Sicuramente la libertà di disporre della propria proprietà come si vuole, per esempio, non è un'aspirazione così alta come la libertà di pensare, scrivere o professare come la propria coscienza impone. A un'analisi più attenta, tuttavia, mi sembra che la differenza tra le libertà economiche e quelli che vengono generalmente chiamati diritti civili risulti essere una differenza di grado piuttosto che di tipo.

Sospetto che pochi di noi si troverebbero in difficoltà dovendo scegliere tra il diritto alla proprietà e il diritto a ricevere un *Miranda Warning*.¹ In ogni caso, nel mondo reale non esiste una netta dicotomia tra libertà economiche e diritti civili. Le libertà umane di vario tipo dipendono l'una dall'altra, e può darsi che la più umile di esse sia indispensabile alle altre: il fondamento, per così dire, su cui in ultima analisi poggiano le alte guglie delle libertà più elevate. Non conosco società, oggi o in qualsiasi epoca della storia, in cui siano fioriti alti gradi di libertà intellettuale e politica fianco a fianco con un alto grado di controllo statale sulla vita economica dei cittadini interessati. Il libero mercato, che presuppone una libertà economica relativamente ampia, è stato storicamente la culla di un'ampia libertà politica, e nei tempi moderni la fine della libertà economica è stata anche la tomba della libertà politica. Lo stesso fenomeno è osservabile nelle piccole dimensioni della nostra vita privata. In pratica, chi controlla il mio destino economico controlla

Antonin Scalia (Trenton, 11 marzo 1936 – Shafter, 13 febbraio 2016) è stato giudice della Corte suprema federale degli Stati Uniti d'America dal 26 settembre 1986 alla data della sua morte. In precedenza, è stato giudice presso la Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (1982-1986), United States Assistant Attorney General for the Office of Legal Counsel (1974-1977), professore di diritto presso la University of Virginia School of Law (1967-1971) e la University of Chicago Law School (1977-1982).

Il testo è stato originariamente pubblicato come “Economic Affairs as Human Affairs”, in *Cato Journal*, 1985, vol. 4, no. 3. L'Istituto Bruno Leoni ringrazia il Cato Institute. Traduzione a cura di Niccolò Fantini e Giuseppe Portonera.

Niccolò Fantini è Docente di Politica presso DLD College London. Giuseppe Portonera è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.

¹ Con questa espressione si fa riferimento all'avviso che la polizia è tenuta a fornire ai sospettati prima che gli siano rivolte domande relative al compimento di un reato. Vengono definiti come diritti “Miranda” dal nome della sentenza della Corte suprema federale in cui la loro esistenza fu per la prima volta teorizzata: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

anche molti altri aspetti della mia vita. La maggior parte dei professionisti salariati non si considera “libera” di andare in giro a indossare sandali e giacche *nehru*, o di scrivere lettere al New York Times su qualsiasi argomento vogliano. La mia preoccupazione in questo saggio, tuttavia, non è la libertà economica in generale, ma il rapporto tra la libertà economica e sistema giudiziario. Bisogna affrontare questo argomento con la consapevolezza che i tribunali (nella maggior parte dei contesti, almeno) difficilmente denigrano i diritti e le libertà economiche. Sebbene la maggior parte dei casi di cui si legge nei giornali possa riguardare il *busing*,² i diritti degli omosessuali o la supervisione dei distretti scolastici e degli istituti psichiatrici, i tribunali si occupano principalmente di risolvere questioni civili connesse ai diritti economici tra privati e contro il governo. In effetti, anche la maggior parte dei casi in materia di “diritti civili”, e che non presentano profili penali, sono in realtà casi che coinvolgono controversie economiche. La base giuridica azionata da chi agisce in giudizio potrebbe essere la discriminazione sessuale, ma quello di cui questi si lamenta veramente è che qualcuno lo abbia licenziato.

Anche la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, il tribunale in cui siedo, che a causa della sua sede probabilmente ottiene una quota straordinariamente ampia di cause civili che non coinvolgono diritti economici, ritiene ancora che la maggior parte delle sue attività consista nel far valere i diritti economici contro il governo: l'esercizio dell'iniziativa economica privata in modo libero, là dove il Congresso non ha disposto alcuna regolamentazione, o il diritto di ricevere un equo profitto sul capitale investito in un'attività a tasso regolamentato. In effetti, alcuni degli interessi economici protetti dal mio tribunale sono piuttosto rarefatti: si pensi alla pretesa di un'azienda di non subire la concorrenza da parte di un licenziatario governativo la cui licenza è viziata per un aspetto che non però ha nulla a che fare con gli interessi dell'azienda stessa, come accade nel caso di una stazione radio che si oppone alla licenza di una stazione concorrente sulla base del fatto che quest'ultima produrrà interferenze elettroniche con una terza stazione. Fondamentali o rarefatti che siano, il punto è che noi giudici proteggiamo molto i diritti e le libertà economiche. Il problema che alcuni rilevano è che questa protezione nei tribunali federali si spiega per larga parte soltanto contro il potere esecutivo e non anche contro il Congresso. Faremo in modo che l'esecutivo non imponga alcun vincolo all'attività economica che il Congresso non abbia autorizzato; e che là dove i vincoli siano autorizzati, l'esecutivo segua le procedure prescritte dalla legge e dalla Costituzione (lo stesso, anche se molto più raramente, dovrà fare il Congresso). Tuttavia, non statuiremo mai (almeno quasi mai) che la sostanza del vincolo autorizzato dal Congresso sia illegittima. Il che vuol dire che noi giudici forniamo una protezione di rango costituzionale solo quanto alle questioni procedurali, diverse pertanto dagli aspetti sostanziali delle libertà economiche. C'è chi ci esorta ad invertire questa pratica. Il principale veicolo disponibile – e l'unico di cui tratto specificamente qui – è la *due process clause* degli Emendamenti Quinto e Quattordicesimo, che prevede che nessuna persona possa essere privata della «vita, libertà o proprietà, senza un regolare processo». Sebbene si possa supporre che il riferimento al “processo” ponga limitazioni solo al modo in cui una cosa può essere fatta, e non a cosa possa essere fatto, almeno dalla fine del 1800 le corti federali hanno effettivamente interpretato questa clausola per vietare integralmente

2 Con il termine “*busing*” si fa ellitticamente riferimento alla pratica di assegnare, e trasportare a mezzo autobus, gli studenti in scuole predeterminate e lontane dalla loro abitazione, allo scopo di conseguire una maggiore diversificazione etnica nella composizione della popolazione scolastica. Si è trattato di una scelta autorizzata da una sentenza assai controversa della Corte suprema, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971), e che venne giustificata dall'esigenza di far fronte alla segregazione *de facto* degli istituti scolastici dopo la celebre sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), che aveva dichiarato incostituzionale la separazione per legge degli studenti bianchi da quelli neri.

alcune azioni governative, a prescindere dalle procedure eque e legittime con cui vengono adottate. In questo modo, si è sviluppato un vocabolario giudiziario che si riferisce (apparentemente in maniera ridondante) a un “regolare processo procedurale” (*procedural due process*), da un lato, e (apparentemente in modo paradossale) a un “regolare processo sostanziale” (*substantive due process*), dall'altro. Fino alla metà degli anni '30, i diritti che vanno sotto l'etichetta di *substantive due process* comprendevano non solo quelli che ora chiameremmo “diritti civili” – per esempio, la libertà di insegnare a un figlio una lingua straniera, se lo si desidera – ma anche a una vasta gamma di diritti economici – per esempio, il diritto di lavorare dodici ore al giorno, se lo si desidera. Fino a oggi, l'applicazione del concetto è stata costantemente ampliata nel campo dei diritti civili (*Roe v. Wade* è l'estensione recente più controversa), mentre è stata del tutto eliminata nel campo dei diritti economici. Alcuni esortano a resuscitarla.

Mi fermo un secondo per chiarire che non merito di essere applaudito per il buono che c'è nel sistema attuale, come non merito di essere incolpato per ciò che non va bene (non avrei avuto bisogno di fare questo chiarimento qualche anno fa, quand'ero un professore di diritto!). La giurisprudenza della Corte Suprema che ha ripudiato il *substantive due process* in campo economico è chiara, inequivocabile e vigente, e come giudice d'appello cerco di fare quello che mi viene detto. Ma mi spingo oltre questo chiarimento per dire che, a mio avviso, la posizione alla quale è arrivata la Corte Suprema è da approvare – o che, quantomeno, il suggerimento di modificarla potrebbe essere ben peggiore. Come dovrebbe essere evidente da quanto ho detto sopra, la mia posizione non è basata sull'affermazione che i diritti economici non siano importanti. Né contesto le peculiarità di quei diritti economici che i più avveduti dei fautori del *substantive due process* vorrebbero riportare sotto la protezione della Costituzione: se fossi un legislatore, potrei ben votare per approvarli. Al contrario, il mio scetticismo nasce da dubbi, in primo luogo, sugli effetti di tale espansione sul comportamento dei tribunali in aree del tutto separate dalla libertà economica e, in secondo luogo, sulla abilità dei giudici di limitare la costituzionalizzazione di questi diritti a quegli elementi di libertà economica che sono ragionevoli.

Dirò alcune parole su ciascuno aspetto. Innanzitutto, a proposito dell'effetto che la costituzionalizzazione delle garanzie economiche sostanziali potrebbe avere sul comportamento dei tribunali in altri settori: c'è una inevitabile connessione tra il potere dei giudici e la loro volontà di creare garanzie sostanziali in campo economico e la loro capacità e volontà di farlo altrove. Molti credono – e tra questi ci sono alcuni di coloro che sollecitano un'espansione del *substantive due process* nel campo economico – che il nostro sistema soffra già della relativamente recente costituzionalizzazione, e quindi giurisdizionalizzazione, di decisioni sociali che dovrebbero essere lasciate al processo democratico.

Costoro temono che i tribunali vengano ormai considerati alla stregua di un “secondo” Parlamento, che si distingue dal “primo” e “classico”, in quanto mentre quest'ultimo può positivizzare buone idee, il primo può tradurre in legge idee che sono indubbiamente giuste, e che, proprio perché indubbiamente giuste, devono far parte della Costituzione. Non aderirò a questa descrizione del problema così stravagante. Tuttavia, credo che ogni epoca debba fare i conti con una particolare minaccia al sistema di democrazia costituzionale, e che la posizione che ho parodiato sia quella dei nostri tempi: pertanto, ritengo che qualsiasi soluzione la rafforzi, anziché limitarla, sia da respingere. Mi sembra che il ripudio della tradizione di mezzo secolo di *judicial restraint* in campo economico sia per l'appunto una soluzione da rifiutare: nel lungo periodo, e forse anche nel breve, il rafforzamento dell'erronea e incostituzionale percezione del ruolo dei tribunali nel nostro sistema è ben più grave di qualsiasi altro male che possa essere venuto da una indebita *judicial abstention* nel campo economico.

Suppongo che la reazione alla mia preoccupazione sia il legame che evidenzio tra l'interven-

to giudiziale negli affari economici e quello che si realizza in altri settori in verità non è dimostrato, giacché facciamo ricorso in abbondanza al *substantive due process* quando si tratta di diritti civili, eppure esso è stato obliterato nel campo economico. La mia replica è semplicemente una fiducia piena nel fatto che la logica prevarrà. Gli attori e i convenuti spesso qualificano il ragionamento per cui se il giudice deciderà in un determinato (e desiderato) modo, allora dovrà decidere conseguentemente anche in altri (e indesiderati) modi, come una fallacia della brutta china: ma in tanti anni di professione giuridica, ho spesso incontrato la fine di quella china. Esiste davvero un certo grado di coerenza logica negli affari umani, e specialmente negli affari giudiziari: d'altronde questo è l'unica cosa a far funzionare l'intero sistema. È per questo motivo che credo che, per quanto alcuni criticino un attivismo giudiziale che ripudia il *substantive due process* nel campo economico, le cose sarebbero ancor peggiori senza questo reliquato di modestia giudiziale. E dubito fortemente che le attitudini di giudici e avvocati possano essere riportate verso un'idea più limitata del ruolo dei tribunali in una società democratica, mentre si marcia verso l'attivismo su un nuovo fronte. Sebbene a rischio di semplificazione eccessiva, non mi sembra iniquo affermare che questo tema è un po' il banco di prova per tutti quei conservatori che hanno criticato il corso della giurisprudenza degli ultimi anni: a loro tocca decidere se credere davvero, come dicono di fare, che i tribunali siano esondati dai limiti del loro ruolo, o se invece stanno solo avanzando la meno moralmente integra rimostranza che lo abbiano fatto per argomenti non di loro gradimento.

La seconda giustificazione del mio scetticismo è l'assenza di ragioni per credere che i tribunali limiterebbero la costituzionalizzazione dei diritti economici soltanto a quelli che, tra questi ultimi, appaiono ragionevoli. Sotto questo aspetto, alcuni conservatori sembrano compiere lo stesso errore che in modo assai persuasivo imputano alla società, ogni qualvolta questa auspichi a cuor leggero una regolazione governativa per rimediare a un "fallimento del mercato". In primo luogo, ci hanno insegnato costoro, si deve essere certi che la cura non sia peggiore del male: cioè, che il fenomeno del "fallimento del governo" – che dipende dal fatto che quest'ultimo, come i mercati, è composto da persone auto-interessate – non aggravi il problema. Mi colpisce che gli stessi razionali fautori del libero mercato invocino, a cuor leggero, l'intervento dei tribunali come *deus ex machina* per risolvere quello che essi avvertono come il problema dell'inadeguatezza democratica nel campo dei diritti economici. Davvero esiste ragione per credere che i tribunali, nel caso in cui assumano questo ruolo, sarebbero in grado di svolgerlo adeguatamente? Se il punto di riferimento è una ricercata comprensione dei problemi, è sufficiente ricordare che sono stati i giudici a sviluppare quasi un secolo di controproducente giurisprudenza in materia di antitrust. Ma forse ciò che conta non è questa ricercata comprensione dei problemi, ma una propensione favorevole – non condivisa dagli organi politici – verso la proprietà e la sua protezione. Non ho dubbi che questo sentimento fosse presente nei giudici di un tempo: quando Madison li descrisse come una «aristocrazia naturale», sono certo che stesse pensando a una élite tanto di proprietari, quanto di gentiluomini; ma con la proliferazione e la conseguente burocratizzazione dei giudici, con annessa modestia del loro stipendio e, soprattutto, con l'educazione dei giuristi in un sistema universitario in cui (in questo paese come altrove) si promuove più una filosofia collettivista che una capitalista, solo uno sciocco potrebbe pensare di trovare un *Daddy Warbucks*³ in toga.

I sostenitori della costituzionalizzazione della protezione dei diritti economici obietteranno che ciò che propongono non è una aperta e indefinita autorizzazione a creare nuovi diritti economici da parte dei tribunali, bensì di vincolare il contenuto di questi diritti al testo della Costituzione, e là dove questo sia aperto (com'è nel caso della *due process clause*), di fare

3 L'autore fa qui riferimento al personaggio della serie a fumetti *Little Orphan Annie*, un miliardario self-made man che incarna pertanto le migliori virtù capitaliste.

riferimento alle consolidate (anche se recentemente dimenticate) tradizioni costituzionali. Sul piano della teoria, tutto ciò è possibile, ancorché assai più complicato di quanto sarebbe stato cinquant'anni fa: a causa della lunga astensione della giurisprudenza dall'affrontare il tema in esame e degli sviluppi giudiziari e legislativi in altri campi, oggi non esiste, come forse un tempo era, un consenso sociale diffuso a proposito dell'individuazione dei pochi “fondamentali” diritti economici. Eppure, se anche fosse astrattamente possibile immaginare un autovincolo alla discrezionalità da parte dei tribunali, è difficile credere che questo si concretizzerebbe, e potremmo così ritrovarci vessati da libertà economiche giudizialmente inventate ben peggiori dei preesistenti limiti all'iniziativa privata. Cosa pensereste, ad esempio, di una libertà economica – costituzionalmente protetta a mezzo della *due process clause* – di ogni lavoratore a ricevere «una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana»? Molti potrebbero argomentare che si tratta di un precetto del diritto naturale – e perché non anche della Costituzione, allora? Una sorta di salario minimo costituzionalmente obbligato e, dunque, giudizialmente determinato. Perché non si creda che lo abbia inventato, chiarisco che ho tratto la formulazione letterale di questo diritto dall'art. 23 della Dichiarazione universale dei diritti umani.

Infine, consentitemi di osservare che l'invito a creare (o, se preferite, a “ristabilire”) protezioni costituzionali per i diritti economici erra a proposito della natura e degli effetti del processo di costituzionalizzazione. Per certi aspetti, una garanzia costituzionale è un po' come un prestito per un'attività commerciale: lo puoi ottenere solo se, al momento della richiesta, non ne hai davvero bisogno... Le più importanti, durature e stabili parti della Costituzione riflettono un così profondo consenso sociale da far sospettare che se esse venissero del tutto eliminate, cambierebbe ben poco nella società: e lo stesso vale all'inverso. Una garanzia potrebbe apparire nel testo della Costituzione, ma quando la società smette di credere fermamente nella sua verità, perde tutti i suoi effetti (si pensi, ad esempio, al destino del principio espresso nel Decimo Emendamento, a mente del quale il Governo federale è un governo di poteri limitati...). Non voglio dire che la costituzionalizzazione non ha alcun effetto nell'aiutare la società a preservare la lealtà ai propri principi fondamentali, giacché questo è il fine primario di una Costituzione: ma prima viene l'adesione a un principio, e solo dopo la sua preservazione.

Gran parte del processo di costituzionalizzazione dei diritti civili che i tribunali hanno realizzato negli ultimi anni si è innestato su convinzioni sociali solide e profonde. Persino *Brown v Board of Education*, per quanto possa essere sembrata un passo avanti coraggioso, è stata invero una maturazione della ferma adesione della nazione al principio dell'uguaglianza di tutti di fronte alla legge. Là dove la Corte suprema ha tentato di muoversi in assenza di questo retroterra (si pensi, per prendere uno degli esempi attualmente meno controversi, al fallimentare tentativo di abolire la pena capitale), i risultati sono stati precari. A meno di essere stato un giudice per così a lungo da aver perso ogni connessione con il sentire popolare, non avverto quel genere di attaccamento nei confronti della maggior parte di quelle libertà economiche cui di solito si fa riferimento e che potrebbe autorizzare una corte attivista a costituzionalizzarle. La carenza di quel sentimento può essere disdicevole, ma cercare di rimediare consacrando in Costituzione principi privi di sostegno popolare significa mettere il carro davanti ai buoi.

Se si hanno a cuore le libertà economiche, allora, il primo passo è quello di ricordare alla società la loro importanza, cosa di cui – non ho dubbi – erano consapevoli i Padri fondatori. Questo potrebbe non essere un compito semplice, visto che il problema affonda le proprie radici sia nella moderna teologia che nel moderno pensiero sociale. Ricordo una conversazione avuta con Irving Kristol qualche anno fa, in cui quest'ultimo si disse grato per il fatto che la sua metà della cultura giudeo-cristiana non aveva mai pensato all'essere ricco come

a un peccato. Invero, credo che nemmeno la mia di metà abbia mai fatto questo pensiero. La povertà volontaria, come il celibato volontario, sono massime di perfezione cristiana: ma ciò non vuol dire che la ricchezza o il matrimonio siano inerentemente malvagi, o una malattia che la società dovrebbe debellare. Eppure, questa sottile distinzione è stata senza dubbio dimenticata, e viviamo ora in un'epoca in molti cristiani sono portati a credere che John D. Rockefeller, nonostante tutta la sua carità (ha fondato l'Università di Chicago come istituzione battista), sarà probabilmente all'inferno e Che Guevara, ateo conclamato, sieda tra gli eletti. Questo mostra che il compito di creare quella che potrei definire un'etica costituzionale della libertà economica non è affatto facile. Ma è la prima cosa da fare.

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.