



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN
“Scienze giuridiche”

CICLO XXXIII

Fedeltà costituzionale

Interpretazione ed applicazione della Costituzione nell’originalismo statunitense

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutor:
Chiar.mo Prof. Federico Pedrini

Dottorando: Silvio Roberto Vinceti

Anni Accademici 2017/2018 – 2019/2020

RINGRAZIAMENTI

Nel sottomettere questo lavoro di dottorato, desidero ringraziare il Professor Federico Pedrini per l'assistenza continua, la pazienza e l'insegnamento in questi tre anni di studio, in qualità di tutor. Ringrazio il Professor Luca Vespignani per l'eguale attenzione e incoraggiamento: dalla didattica alla ricerca, sono molte le cose che ho potuto apprendere grazie a entrambi. Grazie, infine, al Professor Aljs Vignudelli, già mio relatore di tesi di laurea, che mi ha introdotto allo studio del diritto costituzionale e che per primo ha reso quest'opera possibile.

Un grazie, infine, al Dipartimento di Giurisprudenza di Modena, che in questi anni mi ha accolto e cresciuto dal punto di vista professionale e umano: dai Professori ai colleghi e amici dottorandi, fino al personale amministrativo. Ringrazio infine il Presidente Collegio di Dottorato dell'Università di Parma, Professor Alberto Cadoppi, e la Dott.ssa Elena Neri della Segreteria della Scuola di dottorato per essere stati riferimento importante in questi anni di studio.

SCHEMA DELLA TESI

Il presente lavoro si articola, “spiritualmente”, in due parti. La prima, riconducibile ai primi tre capitoli, offre un’introduzione al tema dell’interpretazione e dell’applicazione costituzionale per come concepiti dall’originalismo americano. Il capitolo primo è finalizzato, da una parte, a introdurre i concetti fondamentali e fornire una definizione di lavoro della tematica, dimostrando, in aggiunta, la centralità dell’originalismo nel dibattito costituzionale contemporaneo

Il secondo capitolo tratta del tema dell’“attivismo giudiziario”, che per consenso unanime è la causa scatenante della nascita della dottrina originalista negli anni Settanta: in particolare, il capitolo è teso a mostrare come il Ventesimo secolo si sia caratterizzato per l’ascesa dell’attivismo giudiziario, prima nelle forme di un “attivismo del *laissez-faire*” ad opera della *Lochner Court* e poi in un “attivismo dei diritti civili” nella giurisprudenza della *Warren Court*.

Il terzo capitolo mostra invece le varie stagioni dell’originalismo: prima nella forma di un “originalismo inteorizzato”, che ha dominato la storia statunitense fino, sostanzialmente, al secondo Dopoguerra, con l’avvento *Warren Court*. Concettualizzato nelle opere di Robert Bork e Raoul Berger durante gli anni Settanta, l’“originalismo teorizzato” sembrava tuttavia avviato ad una repentina fine in ragione della vigorosa critica scientifica e della bocciatura “politica” di Bork come giudice della Corte Suprema. A dispetto delle aspettative, tuttavia, l’originalismo è potuto rifiorire – fino alla situazione di evidente centralità nella dottrina odierna – grazie al concorso, tra gli altri, di due attori: da una parte Antonin Scalia, che fu la voce più autorevole ed incisiva nell’argomentare il decisivo passaggio da “originalismo come intento originario” a “originalismo come significato pubblico originario”, e Edwin Meese, il cui Dipartimento di giustizia diventerà una sorta di “seconda università” per la generazione di accademici originalisti degli anni Novanta. Questo rinato originalismo – che è stato famosamente definito come «nuovo», in contrapposizione al «vecchio» che si era fatto largo negli anni Settanta – troverà infine la sua espressione compiuta nel celebre libro di Robert Bork del 1990.

La seconda parte del lavoro consiste nel capitolo 4, in cui si affronta uno dei limiti dell’originalismo: la sua capacità descrittiva e intrinseca percorribilità con riferimento alle “clausole astratte” della Costituzione americana, il cui esempio, ai fini dello scritto, sarà il divieto di punizioni «crudeli e inusuali» contenuto nell’Ottavo emendamento della Costituzione americana. Come si cerca di argomentare, la *logica* di questo tipo di disposizione si presta ad un trattamento originalista: nei fatti, tuttavia, questo non è mai preso in considerazione, *nemmeno dagli stessi originalisti*. Il realismo giuridico, all’opposto, offre uno schema interpretativo di questo tipo di clausole molto più solido.

La lingua di questa seconda parte è l’inglese per una semplice ragione: si è pensato di poter fare opera più utile – e peraltro formativa per chi era chiamato a compierla – nel redigere il testo in un formato

linguistico che, potenzialmente, potesse rendere la parte fruibile agli stessi protagonisti del dibattito: i costituzionalisti americani. Conseguentemente, e sempre nell'idea di una utile "fatica didattica" per chi scrive, il sistema bibliografico è stato adeguato agli standard statunitense ed è conforme al *Bluebook®. A Uniform System of Citation®*, 20th ed.

Una specificazione finale inerente alla domanda di ricerca e all'approccio metodologico. Oggetto della presente analisi è l'originalismo per come discusso nel dibattito statunitense di origine. Il vivo interesse per il tema nella letteratura costituzionale nazionale suggerisce che le questioni su cui insiste tale dibattito siano estremamente rilevanti, se non direttamente spendibili, nell'interpretazione della Costituzione italiana. Se tale lavoro di comparazione può certamente rappresentare un ulteriore passaggio per lo studio dell'originalismo, la presente indagine intende rimanere nello spazio della stretta teoria costituzionale.

Dal punto di vista metodologico, la ricerca si muove nel campo descrittivo del c.d. "diritto positivo". Al netto dell'inevitabile simpatia che si può instaurare tra studioso e oggetto di ricerca, ci si è pertanto sforzati di sviluppare una narrazione il più possibile oggettiva delle vicende descritte, senza accedere alla fase del giudizio di valore. Per lo stesso motivo, le critiche che sono mosse all'originalismo nella seconda parte insistono esclusivamente sul piano scientifico della capacità descrittiva della teoria e non riguardano l'opportunità di adottare o non adottare l'originalismo come "filosofia giudiziale".

INDICE

«SIAMO TUTTI ORIGINALISTI»	6
1. UNA PANORAMICA E UNA DEFINIZIONE DI LAVORO	6
2. LA CENTRALITÀ DELL'ORIGINALISMO NELLA DOTTRINA AMERICANA	14
IL SECOLO DELL'ATTIVISMO GIUDIZIARIO	27
1. FENOMENOLOGIA DELL'ATTIVISMO GIUDIZIARIO	27
2. LE ORIGINI: DA <i>MARBURY</i> A <i>DRED SCOTT</i>	36
3. LA "LOCHNER ERA" E L'ATTIVISMO DEL LAISSEZ-FAIRE	44
4. DALLA WARREN COURT A ROE V. WADE: L'ATTIVISMO E I DIRITTI CIVILI	55
DOMINIO, CRISI E RINASCITA DELL'ORIGINALISMO	69
1. L'ORIGINALISMO INTEORIZZATO	69
1.1. <i>Il dominio dell'originalismo inteorizzato</i>	71
1.2. <i>La Warren Court e la costituzione vivente</i>	80
2. IL «VECCHIO ORIGINALISMO»	91
2.1. <i>Bork e il superamento dei "principi neutrali"</i>	93
2.2. <i>Raoul Berger e il governo giudiziario</i>	98
3. L'«UCCISIONE» DEL VECCHIO ORIGINALISMO	103
3.1. <i>La bocciatura scientifica: da Brest a Powell</i>	105
3.2. <i>La bocciatura politica: la mancata conferma di Robert Bork alla Corte Suprema</i>	114
4. LA RINASCITA: IL NUOVO ORIGINALISMO	121
4.1. <i>Antonin Scalia e Edwin Meese</i>	122
4.2. <i>La consacrazione del nuovo originalismo in Robert Bork</i>	129
ABSTRACT CLAUSES AND THE DESCRIPTIVE LIMITS OF ORIGINALISM	134
1. INTRODUCTION	135
2. ARTICLE V AND THE ABSTRACT-CONCRETE CLAUSES DISTINCTION	145
2.1. <i>Bork's Originalist Argument</i>	145
2.2. <i>The Abstract Clauses of the Constitution and "Expectations Originalism"</i>	147
3. THE DWORKINIAN ORIGINALIST	153
3.1. <i>Updating the Abstract-Concrete Clauses Distinction</i>	153
3.2. <i>The Sublimation of Intention: The Expensiveness of Dworkin's reconstruction</i>	154
3.3. <i>The Deficiency of the Sublimation and Some Quirks on Agency and Communication</i>	161
3.4. <i>The Price of Integrity</i>	166
4. THE BORKEAN ORIGINALIST: ABSTRACT CLAUSES AS CONCRETE CLAUSES	167
4.1. <i>The "Same Law New Law" Dilemma</i>	167
4.2. <i>A Cramped View on Legal Concepts?</i>	171
5. A BREACH IN THE FORMAL CONSTITUTION	173
5.1. <i>Partially Jettisoning Formalism</i>	173
5.2. <i>Similarities in the Conflict of Laws</i>	180
6. EMBRACING LEGAL REALISM	182
6.1. <i>Abstract Clauses as Indexicals</i>	183
6.2. <i>The Lawyerly Business</i>	185
BIBLIOGRAFIA	187
GIURISPRUDENZA	204

«SIAMO TUTTI ORIGINALISTI»

1. UNA PANORAMICA E UNA DEFINIZIONE DI LAVORO

Il 20 marzo 2017, davanti alla Commissione sul potere giudiziario, si aprivano le audizioni per la conferma di Neil Gorsuch, nominato al ruolo di giudice della Corte Suprema statunitense il 31 gennaio precedente dall'appena eletto presidente Donald Trump¹. Tra le caratteristiche che inquietavano una parte della Commissione e larga parte dell'opinione pubblica americana – oltre all'addottoramento sotto la supervisione del celebre giusnaturalista cattolico John Finnis² – vi era la professa appartenenza di Gorsuch all'approccio interpretativo e applicativo della Costituzione denominato “originalismo”³. Il termine, beninteso, era tutt'altro sconosciuto: scoperchiato il “vaso di pandora” con la mancata conferma di Robert Bork alla Corte Suprema nel 1987 – come è stato detto, il «padre» del movimento stesso⁴, l'«originalista originale»⁵ – l'originalismo, da oggetto di analisi esclusivamente scientifica, era divenuto un fenomeno nazionale, anche grazie alle celebri *dissenting opinions* del Justice Antonin Scalia che proprio Gorsuch era chiamato a sostituire dopo la morte di quello il 13 febbraio dell'anno precedente⁶.

Dianne Feinstein, Senatrice Democratica e “veterana” della Commissione, commenterà con queste interessanti parole, in tale sede, l'appartenenza all'originalismo di Neil Gorsuch:

«Il giudice Gorsuch ha dichiarato di ritenere che i giudici debbano guardare al significato pubblico originale della Costituzione quando decidono che significato abbia una disposizione della Costituzione. È una cosa personale, ma io ritengo che questa filosofia giudiziale originalista sia davvero problematica. In sostanza, significa che i giudici e le corte devono valutare i nostri diritti e garanzie costituzionali come erano intese nel 1789. Ad ogni modo, farlo non soltanto

¹ Cfr. AA.VV., *Confirmation Hearing On The Nomination Of Hon. Neil M. Gorsuch To Be An Associate Justice Of The Supreme Court Of The United States*, Washington (Dc), U.S. Government Publishing Office, 2018.

² Di questo gli è stato espressamente chiesto conto: cfr. *ivi*, 115-117. L'influsso di Finnis è chiaramente in N.M. GORSUCH, *The Right to Assisted Suicide and Euthanasia*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 599 ss., e IDEM, *The Legalization of Assisted Suicide and the Law of Unintended Consequences. A Review of the Dutch and Oregon Experiments and Leading Utilitarian Arguments for Legal Change*, in *Wisconsin Law Review*, 2005, 1347 ss.

³ Vi era fondamentale accordo sull'originalismo di Gorsuch già prima della conferma: cfr. M. ALDERMAN, D. PICKARD, *Justice Scalia's Heir Apparent. Judge Gorsuch's Approach to Textualism and Originalism*, in *Stanford Law Review Online*, 2017, 185. Non a caso, Gorsuch aveva scritto del legame con Scalia in N.M. GORSUCH, *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2016, 905 ss. Una volta eletto, Neil Gorsuch ha rimosso ogni dubbio in IDEM, *Why Originalism Is the Best Approach to the Constitution*, *Time* (Sept. 6, 2019) <https://time.com/5670400/justice-neil-gorsuch-why-originalism-is-the-best-approach-to-the-constitution>.

⁴ «Il giudice Robert Bork è ben conosciuto come il padre dell'originalismo». S.G. CALABRESI, L. POPE, *Judge Robert H. Bork and Constitutional Change. An Essay on Ollman v Evans*, in *University of Chicago Law Review Dialogue*, 2013, 155.

⁵ M. PULLIMAN, *The Original Originalist. Thirty years after Robert Bork was denied a seat on the Supreme Court, his formidable legacy lives on*, in *City Journal*, 2018, <https://www.city-journal.org/html/robert-bork-16039.html>.

⁶ Che le dissenting opinions di Scalia siano state un canale della diffusione dell'originalismo è riconosciuto dalla stessa dottrina: M.N. BERMAN, *Originalism is Bunk*, in *New York University Law Review*, 2009, 3.

significherebbe ignorare l'intento dei costituenti che concepivano la Costituzione come una struttura su cui costruire, ma limiterebbe gravemente il genio di ciò che la nostra Costituzione difende. Io credo fermamente che la Costituzione americana sia un documento vivente, concepito per evolversi con l'evolversi della nostra società. Nel 1789, la popolazione degli Stati Uniti era inferiore a quattro milioni. Oggi siamo 325 milioni ed in costante aumento. Al tempo della nostra fondazione, gli afroamericani erano ridotti in schiavitù. Non era molto che le donne erano state bruciate sulle piraie per stregoneria, e l'idea di un automobile, per non dire di internet, era inconcepibile. Se noi dovessimo aderire dogmaticamente ad una interpretazione originalista, avremmo ancora scuole segregate e il divieto di matrimoni interraziali. Alle donne non sarebbe garantita l'eguale protezione sotto la legge, e le discriminazioni contro gli americani LGBT sarebbero permesse. Per questo sono preoccupata quando sento che il giudice Gorsuch è un originalista ed uno interprete stretto. Basterà dire, e concludo, che le questioni che esaminiamo oggi hanno delle conseguenze. Non c'è nomina più importante per la corte che questa. Tutto questo ha un impatto reale su ciascuno di noi. Chi siede nella Corte Suprema non dovrebbe semplicemente valutare teorie legalistiche e frasi latine in isolamento. Deve invece capire che le decisioni della corte hanno conseguenze nel mondo reale per uomini, donne, e bambini in tutta la nostra nazione»⁷.

Per quanto forse incomplete da un punto di vista dottrinale, le affermazioni di Dianne Feinstein hanno il pregio di cogliere alcune coordinate fondamentali del dibattito non-accademico sull'originalismo. Innanzitutto, le parole della Senatrice incarnano la sincera preoccupazione di una importante parte dell'elettorato americano per una filosofia giudiziale (*judicial philosophy*) la cui stretta osservanza sembrerebbe condurre all'annullamento di un importante numero di sentenze che avrebbero sancito importanti progressi sociali nella società americana: dalla fine della segregazione razziale nelle scuole pubbliche⁸ ai diritti delle persone omosessuali⁹, passando per il diritto all'aborto¹⁰ e le regole per l'esecuzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale¹¹. Ancora, si contesta all'originalismo una sorta di tradimento della stessa Costituzione americana, che non avrebbe inteso fissare diritti o doveri precisi, bensì costituire una struttura (*framework*) su cui le future generazioni avrebbero poi costruito con una certa indipendenza le regole della loro convivenza. Infine, ed in una sorta di *revirement*, lo stesso costituente americano non sembrerebbe poi tanto degno – o semplicemente passibile – di ricevere una ossequiosa e indefettibile deferenza: dalla caccia alle

⁷ AA.VV., *op. ult. cit.*, 8-9.

⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), che come noto supererà la dottrina del «separati ma uguali» (*separate but equal*) di *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

¹⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹¹ *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966)

streghe all'arretratezza tecnologica, si adombra l'impossibilità di una aderenza totale del cittadino americano moderno alle concezioni del costituente¹². Lo iato, morale e fattuale, non lo permetterebbe. Ma che cosa è, effettivamente, questa teoria costituzionale che preoccupa la Senatrice e, con lei, una rilevante fetta dell'America contemporanea¹³? A rispondere a questa domanda sono dedicati i capitoli contenuti in questa Prima parte dell'opera. Tuttavia, affinché il percorso possa essere più fruttuoso, può essere però utile munirsi già di alcune fondamentali coordinate, nonché di una minima "definizione di lavoro", che andrà poi ad acquisire sfumature – e, inevitabilmente, ad essere rivista – alla luce dei tanti punti di vista che si coalizzano oggi sotto nel campo dell'originalismo. Si vuole in altre parole fornire una traccia minima della storia, perché il lettore possa già orientarsi nel suo prosieguo e così afferrarne meglio i singoli passaggi. Quella dell'originalismo è, infatti, una vicenda affascinante quanto tortuosa, e la sottigliezza di alcuni passaggi intellettuali rendono la percezione delle diverse tappe non immediata o quantomeno riconducibile ad uno schema preciso. Prova ne è, se si vuole, il fatto che ancor oggi, nel dibattito politico generale americano, in quello dottrinale nostrano e persino nella stessa scienza giuridica statunitense, ci si riferisca al tema come se esistesse

¹² Le dichiarazioni di Feinstein riecheggiano qui tanto del problema della mano morta del passato (*dead hand of the past problem*) che riguarda il motivo per cui le decisioni prese da una generazione passata – e per giunta defunta – dovrebbero vincolare attuali cittadini: il problema, per come dibattuto in senso moderno, risale a J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA)-London, Harvard University Press, 1980, 11. L'originalismo è tacciato di presentare questo problema – che in realtà inerisce il costituzionalismo in sé – in modo particolarmente intenso: cfr. M.V. TUSHNET, *Following the Rules Laid down. A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, in *Harvard Law Review*, 1983, 787. Cfr., in generale, A.M. SAMAHA, *Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 2008, 606 ss.

Tuttavia, non si tratta solo del potere di una generazione passata su una odierna, ma di *quale* generazione passata. Non solo tolleravano la schiavitù, ma gli stessi costituenti possedevano schiavi e Thomas Jefferson, non presente alla Philadelphia Convention ma certo padre fondatore della comunità americana, arrivò ad averne più di duecento schiavi contemporaneamente. Cfr. P. FINKELMAN, *The Founders and Slavery. Little Ventured, Little Gained*, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2001, 443. Come si chiede Dorothy Roberts: «come potrebbero le persone di colore dichiararsi fedeli ad una costituzione che li ha definiti come subumani, che era strutturata in modo tale da ridurli in schiavitù e che è stata interpretata per lungo tempo in modo tale da tenerli soggiogati ai bianchi?» D.E. ROBERTS, *The Meaning of Blacks' Fidelity to the Constitution*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1761. Significativo Randy Barnett, che ha fatto di questo problema il centro di molti dei suoi studi: «Per quanto i requisiti di voto variassero di giurisdizione locale in giurisdizione locale, da nessuna parte le donne, i bambini, gli stranieri, i servi a contratto o gli schiavi votavano. Per di più, non era inusuale che vi fosse un requisito di proprietà che limitava i diritti di voto dei giovani bianchi o dei neri liberi. In che senso può una minoranza di abitanti che pretendeva di chiamare se stessa «Noi Il Popolo» [We the People] vincolare qualcuno di diverso da se stessa? E assumendo che potessero in qualche modo vincolare tutti color che erano vivi al tempo, in che modo, con il loro consenso, potrebbero vincolare la posterità». R.E. BARNETT, *Constitutional Legitimacy*, in *Columbia Law Review*, 2003, 123.

¹³ Per i *media* contemporanei l'originalismo, tra le altre cose, non sarebbe in grado di affrontare la violenza ai danni delle minoranze (T. MCCARTHY, *Amy Coney Barrett is a Constitutional 'Originalist' – But What Does it Mean?*, in *The Guardian*, 27/10/2020), avrebbe le proprie origini nella schiavitù in America (S. GILHOOLEY, *Amy Coney Barrett's Philosophy Has Far Worse Roots than Most Americans Know*, in *The Washington Post*, 26 ottobre 2020) e non terrebbe in sufficiente conto gli avanzamenti in materiale sessuale, etnica e religiosa (T. PROL, *'Originalism' Is Not Really a Thing; Let's Stop Pretending It Is*, in *New Jersey Law Journal*, 23/20/2020). Insomma, una «truffa» (S. CORNELL, *New Originalism. A Constitutional Scam*, in *Dissent*, 3/5/2011) che tradirebbe le reali volontà del costituente (K. LEVY, *The Problems With Originalism*, in *New York Times*, 23/10/2017). Recentemente Ed Markey, senatore democratico del Massachusetts, ha definito l'originalismo "razzista", "sessista" e "omofobo" (cfr. Z. EVANS, *Senator Ed Markey Slams Judicial 'Originalism' as 'Racist,' 'Sexist,' and 'Homophobic'*, in *National Review*, 26/10/2020).

un originalismo, tendenzialmente di matrice conservatrice e inossidabilmente connesso con l'intento originale del costituente.

Storicamente, l'idea alla base dell'originalismo è che «l'intento del legislatore è il diritto», come sintetizza nella sua celebre monografia Jonathan O'Neill¹⁴. Quest'idea, lungi dal costituire una novità nel diritto statunitense, è «radicata nei risalenti principi del costituzionalismo americano» ed ha dominato l'interpretazione costituzionale fino all'inizio del Ventesimo secolo – giurisprudenzialmente almeno fino agli Cinquanta¹⁵. Alla forma di originalismo più risalente della storia statunitense ci si riferirà qui con il neologismo di 'originalismo inteorizzato' per la sua natura essenzialmente *standard* di quel metodo interpretativo. Come si dirà, infatti, fino ai primi decenni del Novecento non esisteva una radicale alternativa all'originalismo, tanto a livello dottrinale quanto giurisprudenziale: tutti i dibattiti di interpretazione costituzionale avvenivano all'interno di una cornice originalista. L'originalismo coincideva allora *tout court* con l'interpretazione costituzionale e, proprio per questo, non poteva essere oggetto di una speciale classificazione, di una sua, per così dire, ipostatizzazione: si dibatteva, semplicemente, del “significato della Costituzione” per come inteso dai padri costituenti.

Tuttavia, come vedremo, il Novecento diventerà secolo di svolta, nel segno dell'attivismo giudiziario – *idest*, della teorizzazione prima e della recezione giurisprudenziale poi dell'idea del potere giudiziario come agente politico del cambiamento, al di là della mera applicazione del diritto¹⁶. *In primis*, la creazione della teoria «costituzionalismo vivente» nel dibattito dottrinale svoltosi per superare «l'attivismo del laissez-faire» della *Lochner Court* creerà un'alternativa teorica all'originalismo¹⁷. Ciononostante, soltanto con la nomina di Earl Warren alla Presidenza nel 1954, la Corte Suprema abbandonerà l'interpretazione secondo la stretta fedeltà alla volontà dei costituenti¹⁸ in favore del «costituzionalismo vivente» e, ancor di più, di una prassi applicativa sostanzialmente slegata al dato giuridico e maggiormente interessata a quello politico. La “teorizzazione dell'originalismo” avverrà allora, a partire dagli Settanta, come reazione alle teorie dottrinali ed alla giurisprudenza che avevano abbandonato quella fondamentale idea interpretativa del costituzionalismo americano: da qui, allora, l'idea dell'“originalismo teorizzato” – *idest*

¹⁴ J. O'NEILL, *Originalism in American Land Politics. A Constitutional History*, Baltimore-London, John Hopkins University Press, 2005 ix. Cfr. anche D.A. FARBER, S. SHERRY, *A History of the American Constitution*, Saint Paul, West, 374, ove si afferma che gli «originalisti aderiscono all'idea che l'intento originale non è soltanto rilevante ma decisivo [authoritative], che noi siamo in qualche modo tenuti a seguire l'intento dei costituenti».

¹⁵ Cfr. *infra* cap. III, § 1.

¹⁶ Cfr. *infra* cap. II.

¹⁷ H. SCHWEBER, *Lochner v. New York and the Challenge of Legal Historiography*, in *Law & Social Inquiry*, n. 1/2014, 271.

¹⁸ Cfr. *infra* cap. III, § 1.2.

dell'esplicitazione di principi interpretativi che erano sempre stati implicitamente presenti nella tradizione giuridica statunitense.

Il primo momento di questa reazione all'attivismo giudiziario, tuttavia, culminerà in una sonora sconfitta: «se mai una teoria ha avuto una lancia conficcata nel cuore, questa pare essere l'originalismo»¹⁹. La prima versione dell'"originalismo teorizzato", infatti, si era limitata a riaffermare il dato tradizionale, reclamando il ruolo dell'intento originale del costituente (*original intent*) e denunciando il suo abbandono da parte della *Warren Court*. Questa prima forma dell'originalismo (teorizzato) – cui oggi ci si riferisce con il nome di «vecchio originalismo» – sembrava essere stata scientificamente abbattuta da importanti critiche dottrinali, tra cui spiccheranno quella di Paul Brest nel 1980²⁰ – il quale darà, *ivi*, i natali al lemma 'originalismo' – e di H. Jefferson Powell nel 1985²¹. Questi attacchi dottrinali sembravano essere riusciti a spegnere ogni afflato dell'originalismo, avendo posto una seria ipoteca sulla dignità scientifica dell'interpretazione "secondo l'intento originale del costituente". Ad aggravare il quadro, la mancata conferma di Robert Bork alla Corte Suprema – campione del vecchio originalismo e figura centrale dell'intero movimento – sembrava aver contemporaneamente decretato il rigetto della teoria a livello politico e giurisprudenziale. Con grande sollievo, Ronald Dworkin – all'epoca ancora ferocemente opposto all'originalismo – poteva festeggiare il definitivo esilio dell'originalismo dal *mainstream* del diritto costituzionale:

«[N]ella metà degli anni Cinquanta, quando gli adesivi sulle macchine inneggiavano all'*impeachment* del Chief Justice Earl Warren e Nixon iniziava a combattere la Corte Suprema come un nemico politico, i politici di destra credevano che la maggior parte degli americani avesse in odio le fondamentali decisioni della Corte sulla razza, la preghiera nelle scuole, l'aborto e i diritti degli indagati, e negavano l'autorità della Corte nell'aver preso tali decisioni. Ma quando Bork denunciò la Corte per aver ignorato l'intenzione originale, le persone–supposte vittime di tale tirannia giudiziaria–non sono corse in suo aiuto. Al contrario, molte delle posizioni che lui ha difeso rifacendosi all'intenzione originale [...] sono state così ampiamente screditate durante le udienze, e si sono dimostrate così impopolari, che io dubito saranno mai più avanzate anche da quei giuristi e giudici che le trovavano congeniali. Questo, di per sé solo, può significativamente cambiare il corso del diritto costituzionale. Il criterio dell'"intenzione originale", come limite stretto ed esclusivo per la legittimazione delle decisioni della Corte Suprema, è probabilmente morto»²².

¹⁹ R.E. BARNETT, *An Originalism for Nonoriginalists*, in *Loyola Law Review*, 1999, 613.

²⁰ Cfr. P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 1980, 204 ss., su cui *infra*, cap. III, § 3.1.

²¹ Cfr. H.J. POWELL, *The Original Understanding of Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 1985, 885 ss., su cui *infra*, cap. III, § 3.1.

²² R. DWORKIN, *From Bork to Kennedy*, in *New York Review of Books*, 17 dicembre 1987, ora in R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996, 280-281.

Le speranze di Dworkin, tuttavia, erano destinate ad essere presto disattese. Dalle ceneri del «vecchio originalismo» prenderà le mosse un nuovo movimento – cui oggi ci si riferisce con il nome di «nuovo originalismo» – che sostituendo all'intento originale (*original intent* o *original intention*) il significato pubblico originale (*original meaning* o *original public meaning*) riuscirà a replicare – apparentemente in modo efficace – alle critiche di Brest e Powell. Grazie all'azione coordinata del *Justice* Antonin Scalia e del *Department of Justice* guidato da Edwin Meese, l'originalismo tornerà sulla scena sul finire degli anni Novanta, per poi essere abbracciato dallo stesso Bork nella celeberrima opera *The Tempting of America* del 1990. Sul finire degli anni Novanta, infine, numerosi pensatori ideologicamente collocabili all'opposto di Scalia, Meese e Bork, ed afferenti alla dominante tradizione *liberal* americana troveranno ragioni per svoltare la propria indagini in senso originalista: da Akhil Amar a Bruce Ackerman²³, fino a Randy Barnett²⁴ e Jack Balkin²⁵. Lo stesso Dworkin, come vedremo, apparirà cadere sulla via per Damasco, salvo rimanere sempre leggermente ambiguo sul punto²⁶.

L'affollarsi della piazza originalista – verrebbe da dire, *il riaffollarsi* se consideriamo l'«originalismo inteorizzato» dei centocinquant'anni di storia statunitense precedenti alla *Warren Court* – avverrà tuttavia ad un prezzo, in ogni caso: senza anticipare riflessioni che sarà opportuno fare più avanti, è chiaro che se oggi sono «tutti originalisti», questo è in parte spiegabile alla luce della perdita di divisività della teoria originalista, che sembra aver fatto spazio ad istanze che prima – tanto nell'originalismo inteorizzato ovvero nel «vecchio originalismo» dei Bork e dei Berger degli anni Settanta – sembravano assolutamente estranee. Basti pensare che se *Roe v. Wade*, la notoria pronuncia con cui la *Burger Court* riconobbe il diritto all'aborto fino al terzo mese è sempre stata, per gli originalisti, un simbolo dell'attivismo giudiziale progressista, oggi Jack Balkin difende la pronuncia *in base* ad un ragionamento originalista.

Detto di questo breve volo d'aquila sul percorso che si andrà a compiere, è bene equipaggiare il lettore con una minima «definizione di lavoro» dell'originalismo. Lawrence Solum è lo studioso che si è maggiormente dedicato ad un lavoro definitorio dell'originalismo – compito ingrato, se si pensa alle

²³ Cfr. J.N. RAKOVE, *Fidelity Trough History (or Do It)*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1592, nt. 14.

²⁴ Opposto all'originalismo in R.E. BARNETT, D.B. KATES, *Under Fire. The New Consensus on the Second Amendment*, in *Emory Law Journal*, 1996, 1210, e poi uno dei fondamentali iniziatori della colonizzazione *liberal* dell'originalismo a partire da R.E. BARNETT, *An Originalism*, cit.

²⁵ Cfr. J. BALKIN, *Abortion and Original Meaning*, in *Constitutional Commentary*, 2007, 291 ss., e IDEM, *Original Meaning and Constitutional Redemption*, in *Constitutional Commentary*, 2007, 427 ss.

²⁶ Dworkin sembrerà abbracciare l'originalismo in R. DWORKIN, *Comment*, in A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1997, 115 ss. Lo stesso anno escluderà però qualsiasi appartenenza all'originalismo in IDEM, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1258, nt. 18. Ciononostante, il metodo interpretativo della Costituzione esposto nei due contributi è il medesimo e diviene dunque difficile capire come Dworkin possa non ritenersi un originalista, ritenendo *vincolante* l'intenzione del costituente, seppur ritrovandola nella fissazione di concetti – non concezioni – e dunque aprendo le clausole costituzionali a successive rivisitazioni semantiche. Sulla conversione di Dworkin, più diffusamente, *infra* § 2.

modificazioni intervenute all'interno della teoria, per cui oggi si potrebbe fare uno studio solo sulle diverse definizioni datene dallo stesso Solum²⁷. In un recente lavoro, l'autore definisce l'originalismo nei seguenti termini:

«'Originalismo' indica una famiglia di teorie contemporanee sull'interpretazione e costruzione costituzionale che condividono due idee di fondo. In primo luogo, [che] il contenuto comunicativo del testo costituzionale è stato fissato nel momento in cui ciascuna disposizione è stata redatta e ratificata – Teoria della fissazione. In secondo luogo, [che] la pratica costituzionale deve essere vincolata a tale contenuto comunicativo del testo, che noi possiamo chiamare "significato pubblico originale" – Principio del vincolo. Altri problemi (per esempio, l'opposizione tra intento originale [*original intent*] e significato pubblico originale [*original public meaning*] sono dibattuti dai contemporanei»²⁸.

La formulazione di Solum espande e arricchisce l'iniziale definizione di Paul Brest, che nel 1980 coniò il termine in questione: «per 'originalismo' intendo il familiare approccio all'applicazione costituzionale [*constitutional adjudication*] che accorda un'autorità vincolante al testo della Costituzione o alle intenzioni di coloro che la adottarono»²⁹. Ovviamente altre definizioni sussistono, più o meno vicine a quella di Solum³⁰.

²⁷ Nel 2011 Solum descriveva in questi termini l'originalismo:

«all'interno del dominio della teoria costituzionale, l'originalismo è una famiglia di impostazioni che si raccolgono intorno a due idee centrali: la teoria della fissazione e la teoria della contribuzione. Tutti o quasi tutti gli originalisti sono d'accordo che il significato originale della Costituzione è stato fissato nel momento in cui ogni disposizione è stata redatta e ratificata. Quasi tutti gli originalisti sono d'accordo che il significato originale deve dare un importante contributo al contenuto della dottrina costituzionale: la maggior parte degli originalisti concorda sul fatto che le corti debbano considerarsi vincolate dal significato originale e che ragioni particolarmente valide siano necessarie per liberarsi da questo vincolo».

L.B. SOLUM, *What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in G. HUSCROFT, B. MILLER (a cura di), *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, New York, 2011, 35-36. Solo nel 2013, l'originalismo andava a comporsi di un numero maggiore di tesi, *idest*

- La tesi della fissazione: il significato linguistico del testo costituzionale è stato fissato al momento in cui ciascuna disposizione è stata redatta e ratificata
- La tesi del significato pubblico: il significato costituzionale è fissato dall'intendimento delle parole delle frasi e della grammatica e della sintassi che caratterizzava le pratiche linguistiche del pubblico e non dalle intenzioni dei redattori
- La tesi del vincolo testuale: il significato originale del testo della costituzione ha forza legale: il testo è diritto e non un mero simbolo
- La distinzione tra interpretazione e costruzione: la pratica costituzionale include due diverse attività: (1) l'interpretazione costituzionale, che discerne il significato linguistico del testo, e (2) la costruzione costituzionale che determina gli effetti legali del testo.

Così in IDEM, *We are All Originalists Now*, in R.W. BENNETT, L.B. SOLUM, *Constitutional Originalism. A Debate*, Cornell University Press, Ithaca-London, 2013, 4. Da notare che la «tesi della contribuzione» è divenuta la ben più stringente «tesi del vincolo testuale», che la tesi del significato pubblico sembra aver definitivamente soppiantato la possibilità dell'intento originale e la distinzione interpretazione-costruzione ha acquisito così valore da poter essere elevata a tesi dell'originalismo. Si tornerà su questo, ma già si può notare come questa seconda definizione, in ogni caso, sembri decisamente troppo ampia, come nota J. FLEMING, *Are We All Originalists Now? I Hope Not!*, in *Texas Law Review*, 2013, 1787.

²⁸ L.B. SOLUM, *Originalist Methodology*, in *University of Chicago Law Review*, 2017, 269-270.

²⁹ P. BREST, *op. cit.*, 204.

³⁰ Per Schauer, l'originalismo sosterebbe che «il linguaggio prescrittivo deve essere inteso in riferimento alle evidenze degli attuali, contemporanei stati mentali di coloro che hanno adottato il linguaggio in questione». F. SCHAUER, *Defining*

Per intender pienamente la definizione, è quantomeno utile sorreggerla con due specificazioni, che nella definizione Solum sono date per pacifiche, ma che rappresentano sostanziali cambiamenti nella teoria originalista. *In primis*, ed utilizzando anche qui la terminologia dello stesso autore, occorre distinguere un «originalismo semantico» (*semantic originalism*) da un «originalismo normativo» (*normative originalism*): con il primo si fa riferimento alla tesi per cui il significato della Costituzione è $f(x)$ dove x , comunque definito, è un elemento storico del 1787 o degli anni dei successivi emendamenti. In questo senso l'originalismo semantico si contrappone, ad esempio, al costituzionalismo vivente per cui il significato della Costituzione è $f(y)$ dove y , comunque definito, è un elemento appartenente allo spazio-tempo del soggetto che interpreta la Costituzione (ad es., il significato pubblico nel 2020).

Diversamente, l'originalismo normativo è una tesi, appunto, normativa, *idest* deontologica, *idest* politica: non afferma un fatto (cosa sia il significato della Costituzione) ma *prescrive* una condotta, stabilendo come gli operatori giuridici debbano relazionarsi alla Costituzione. Segnatamente risponde alla domanda se tali operatori debbano trattare il significato costituzionale, comunque in precedenza definitivo, come assolutamente vincolante ovvero possano, a determinate condizioni, derogarvi in forza di altre ragioni (la dottrina del precedente, i principi del costituzionalismo, la morale, il diritto naturale, la giustizia, le nuove sensibilità, etc.). L'originalismo *normativo* è quella posizione *politica* che afferma il primo corno dell'alternativa, ritendendo che, laddove sia determinabile il significato della Costituzione esso sia imbilanciabile con altre ragioni pratiche ed i giudici debbano prestarvi pedissequa osservanza: in quanto tale, è una filosofia dell'agire giudiziario (*judicial philosophy*).

Alla luce di questa ulteriore distinzione, riformulerei la definizione dell'originalismo in una duplice modalità. L'originalismo come *teoria interpretativa* afferma che il significato della Costituzione è una funzione di un elemento *storico* fissato nel momento in cui la Costituzione od i suoi emendamenti sono stati adottati, qualsiasi sia tale elemento storico declinato³¹. L'originalismo come *filosofia giudiziale* afferma che, laddove tale significato della Costituzione sia evidente, i giudici e tutti gli altri operatori giuridici debbano trattarlo come assolutamente vincolante. Questa definizione accomuna tutti i pensatori originalisti – è quindi una definizione minima, seguendo l'insegnamento

Originalism, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 343. Per Berman, è «una tesi riguardo a ciò che le corti devono fare: devono seguire il significato originale della Costituzione». M.N. BERMAN, *op. cit.*, 31. «L'originalismo è la visione secondo la quale il significato della Costituzione rimane lo stesso fintantoché non è correttamente cambiato, dove un emendamento in accordo all'articolo V è l'unico corretta modalità di revisione». R.E. BARNETT, E.D. BERNICK, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, 2018, 3.

³¹ Questo peraltro sembra essere il *discrimen* tra originalismo e nonoriginalismo in D.J. GOLDFORD, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 139-140: «L'originalista [...] traduce l'affermazione per cui nell'interpretazione costituzionale noi dovremmo essere vincolati al testo della Costituzione nell'affermazione che l'intendimento originale del testo costituzionale ha sempre la meglio su qualsiasi contrario intendimento del testo nelle generazioni successive».

di John Gardner sul positivismo giuridico³² – e in quanto tale relega sullo sfondo tre elementi discussi, e divisivi, all'interno dell'originalismo: 1) la natura dell'elemento storico – intenzioni dei redattori? Dei ratificatori? Ovvero significato che avrebbe attribuito un normale parlante del tempo se avesse letto il testo? O l'elemento storico non potrebbe essere il metodo interpretativo adottato al tempo? – 2) la presenza di clausole astratte il cui significato sempre tutto fuorché evidente – cosa si intende per «eguale protezione della legge»? il divieto di «punizioni crudeli e inusuali» fa riferimento agli standard del costituente o alle cangianti sensibilità della comunità? – e, infine, 3) la giustificazione *normativa* dell'originalismo – che autorità avrebbero degli *uomini* bianchi, che riconoscevano la schiavitù ed oggi defunti perché il cittadino americano di oggi, magari donna di colore, debba mai assecondare la loro volontà?

Espletato con la massima genericità del caso il compito di una radiografia sommaria del problema che occupa il presente lavoro, ed avendo fissato già un'importante definizione di 'originalismo', la finalità rimanente del presente capitolo, nei paragrafi che seguono, è essenzialmente una: dimostrare la centralità del dibattito sull'originalismo mettendone in luce il rilievo nel dibattito costituzionale americano e il sempre più importante spazio che ha acquisito in sede di nomina dei giudici della Corte Suprema. Confermando dunque, se possibile, la sensatezza del «preoccupante» timore della Senatrice Feinstein per questa “novità che viene dalle origini”³³.

2. LA CENTRALITÀ DELL'ORIGINALISMO NELLA DOTTRINA AMERICANA

Davanti alla «asserita conversione»³⁴ di Ronald Dworkin – storicamente «bestia nera degli originalisti»³⁵ e poi, da convertito, fautore di un originalismo implicante la sua nota «lettura morale»

³² Cfr. J. GARDNER, *Legal Positivism. 5½ Myths*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2001, 199.

³³ Secondo la felice espressione di O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero originalista*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 11-37.

³⁴ Espressione di L. ROSENTHAL, *Originalism in Practice*, in *Indiana Law Journal*, 2012, 1244.

³⁵ A. KOPPELMAN, *Phony Originalism and the Establishment Clause*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, 728, nt. 1. In realtà l'idea di un Dworkin “bestia nera dell'originalismo” sembra davvero un'esagerazione – per quanto diffusa – almeno se intesa come una sua opposizione a qualsiasi forma di fedeltà alle intenzioni del costituente: in *The Forum of Principles* del 1981, articolo generalmente citato come esempio del suo iniziale anti-originalismo, Dworkin critica sì l'“interpretivismo” che Bork e Berger avevano difeso negli anni Settanta – con le loro fondamentali *Neutral Principles and Some First Amendment Problems* (1971) e *Government By Judiciary* (1977) – ma esplicitamente riconosce che qualsiasi teoria interpretativa non può che accettare una qualche forma di interpretivismo. Cfr. R. DWORKIN, *The Forum of Principle*, in *New York University Law Review*, 1981, 472-473. Non solo, nell'opera citata vi è la distinzione tra intenzioni astratte e intenzioni concrete (488-491), filosoficamente a sua volta ancorata alla distinzione di tra concetti e concezioni già proposta e difesa in IDEM, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977, 131-149. Quella distinzione permarrà sempre e non vi saranno sostanziali scostamenti nel pensiero di Dworkin: l'unica cosa che varierà sarà il lessico, con l'abbandono dell'“interpretivismo” in favore di *un certo tipo* di originalismo. Anche Dworkin, infatti, arriverà a parlare di “intenzioni del costituente”, distinguendo tuttavia tra intenzioni semantiche e politiche, “rivisitazione della rivisitazione” della distinzione tra “concetti” e “concezioni” di Gallie già a suo tempo operata in *Taking Rights Seriously*. Cfr. R. DWORKIN, *The Arduous Virtue*, cit., 1255; IDEM, *Taking Rights Seriously*, cit., 103; W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1955-1956, 171. Negli anni Novanta Dworkin ha semplicemente abbracciato più direttamente il lessico originalista e solo in questo senso “linguistico” si può dunque parlare di una “conversione”: più nell'apparenza, dunque, che nella sostanza. Tale “conversione” sembrerebbe già presente in R. DWORKIN, *Bork's Jurisprudence*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, spec. 661-663, e continuerebbe in IDEM, *Freedom's Law*, cit., spec. 13-15. R. DWORKIN, *Comment*, cit., 115 ss.

(*moral reading*) della Costituzione³⁶ – Lawrence Tribe commentò, in termini velatamente ironici: «siamo tutti originalisti ora» (*we are all originalists now*)³⁷. Simile frase verrà pronunciata tredici anni più tardi da Elena Kagan, in sede di *Confirmation Hearings* della sua nomina alla Corte Suprema: riferendosi ai diversi tipi di clausole – “concrete” ed “astratte”, nella terminologia dworkiniana³⁸ – che la Costituzione sembra contenere, Kagan spiegherà alla Commissione che «a volte [i costituenti] hanno adottato regole molto specifiche. A volte hanno adottato principi generali. In ogni modo, noi applichiamo quello che loro hanno detto, quello che hanno voluto dire. In questo senso, siamo tutti originalisti»³⁹.

A partire da queste due storiche istanze l'espressione ‘siamo tutti originalisti’ – peraltro già utilizzata da Michael Perry nel 1988⁴⁰ e in seguito da Jonathan Macey e Sanford Levinson nel 1996⁴¹ – è divenuta un continua *refrain* nella dottrina giuridica contemporanea⁴²: «è diventato luogo comune

Sull'originalismo di Dworkin cfr. K. WHITTINGTON, *Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation*, in *Review of Politics*, 2000, 197 ss.; J. GOLDSWORTHY, *Dworkin as an Originalist*, in *Constitutional Commentary*, 2000, 475 ss.

³⁶ Su cui R. DWORKIN, *Freedom's Law*, cit.

³⁷ «Siamo tutti originalisti ora, dice Dworkin–tutti noi (o almeno tutti quelli che contano), nella sua ricostruzione, cerchiamo il significato originale del testo–ma alcuni di noi errano nel cercare quel significato in ciò che i redattori o i ratificatori intendevano o si aspettavano che fossero gli *effetti* o le *conseguenze* del testo che stavano adottando, piuttosto che in ciò che gli autori o i ratificatori intendevano *dire* attraverso quel testo». L. TRIBE, *Comment*, in A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1997, 67. Per alcuni la frase di Tribe potrebbe essere vista come una (inconscia?) parafrasi del discorso inaugurale di Thomas Jefferson, una volta divenuto Presidente: cfr. J.K. GOLDSTEIN, *History and Constitutional Interpretation: Some Lessons from the Vice Presidency*, 69 *Arkansas Law Review*, 2016, 648; B.P. DENNING, *Common Law Constitutional Interpretation. A Critique*, in *Constitutional Commentary*, 2011, 621.

³⁸ Cfr. R. DWORKIN, *The Arduous Virtue*, cit.

³⁹ Aa.Vv., *The Nomination Of Elena Kagan To Be An Associate Justice Of The Supreme Court Of The United States. Hearing Before The Committee On The Judiciary United States Senate One Hundred Eleventh Congress: Second Session June 28–30, And July 1, 2010*, Washington, U.S. Government Printing Office, 2010, 62. Peraltro, all'ammissione di Kagan farà eco, un anno più tardi, l'altro grande giudice di ispirazione *liberal* Ruth Bader Ginsburg: cfr. A. DE VOGUE, *Justice Ginsburg Speaks about Gender Equality*, in *Abc News*, 18 Nov. 2011, <https://abcnews.go.com/blogs/politics/2011/11/justice-ginsburg-speaks-about-gender-equality/>.

⁴⁰ Cfr. M. PERRY, *Morality, Politics, And Law*, New York, Oxford University Press, 1988, 280.

⁴¹ Cfr. J.R. MACEY, *Originalism As an “ISM”*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 306, 308; S. LEVINSON, *Limited Relevance of Originalism in the Actual Performance of Legal Roles*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 495, 508; C.R. SUNSTEIN, *Five Theses on Originalism*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1996, 311.

⁴² Si rifanno alla citazione di Kagan D.A. JEREMY TELMAN, *All That Is Liquidated Melts into Air. Five Meta-Interpretive Issues*, in *Barry Law Review*, 2019, 2; V. NOURSE, *Reclaiming the Constitutional Text from Originalism. The Case of Executive Power*, in *California Law Review*, 2018, 7 (fraintendendo il fatto che l'avverbio ‘ora’ è nel commento di Tribe, non nella dichiarazione di Kagan); W. BAUDE, *Is Originalism Our Law?*, in *Columbia Law Review*, 2015, 2352; J. BLACKMAN, *Originalism at the Right Time*, in *Texas Law Review*, 2012, 271, 281.

Si rifanno al commento di Tribe B. DOBRANSKI, *Remembering Judge Bork*, in *Ave Maria Law Review*, 2013, 207; I.C. BARTRUM, *Originalist Ideology and the Rule of Law*, in *Journal of Constitutional Law Heightened Scrutiny*, 2012, 1; N. STELLE GARNETT, *No Taking without a Touching – Questions from an Armchair Originalist*, in *San Diego Law Review*, 2008, 761; implicitamente, anche K. WHITTINGTON, *Dworkin's Originalism*, cit., 198. In luogo di Tribe, autore della citazione, il riferimento va a volte a J. ROSEN, *Originalist Sin. The Achievement of Antonin Scalia, and its Intellectual Incoherence*, in *The New Republic*, 5 maggio 1997: così L.A. CISNEROS, *The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction*, in *Constitutional Commentary*, 2010, 71; R.S. KAY, *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, 704; S.B. PRAKASH, *A Fool for the Original Constitution*, in *Harvard Law Review Forum*, 2016, 32.

“Indipendenti”, nel senso che riportano o contribuiscono al fatto della diffusione di ‘siamo tutti originalisti’ senza esplicitare le circostanze della nascita della formula, 21; M.S. GREVE, *Recognizing and Respecting Constitutional*

affermare che, in una determinata misura, la maggior parte o tutti i costituzionalisti sono ora originalisti»⁴³. Per gli apparentati di lungo corso, la frase sancisce il definitivo riconoscimento, nella comunità accademica, della centralità della loro teoria, a lungo invece tenuto in spregio scientifico, come osservava Bork nel 1990⁴⁴: «nell'accademia giuridica in particolare, la filosofia dell'intendimento originario è generalmente considerata assolutamente *passé*, probabilmente reazionaria, e certamente–il più temuto capo d'accusa a di tutti–“fuori dal *mainstream*”». L'originalismo mancava, una volta, di «rispetto accademico»⁴⁵. Con una certa quantità di stupore possiamo allora osservare oggi un originalista, Lawrence Solum, utilizzare la frase «siamo tutti originalisti ora» per intitolare il suo capitolo in *Constitutional Originalism* del 2011⁴⁶. Peraltro, la diffusione dell'originalismo sembra almeno riconducibile agli anni Novanta, come nota Jack Rackove – un critico della versione tradizionale dell'originalismo – il quale, dopo avere indicato alcuni nomi di manifesti originalisti, rimarcava: «ma in realtà la svolta verso l'originalismo sembra così generale che citare qualcuno è quasi inutile»⁴⁷.

L'enunciato lascia invece perplessi gli oppositori, che contestano – con ragioni che, come si vedrà, paiono assolutamente condivisibili – l'effettiva diffusione *dell'originalismo*, se per originalismo si intende una teoria costituzionale – è indifferente qui se nei termini di teoria interpretativa o filosofia giudiziale – che ha un legame solido e sincero con l'intransigenza e le tesi del vecchio originalismo o dell'originalismo inteorizzato. Secondo plurimi autori, l'ascesa dell'originalismo sarebbe un fatto *nominale* – *idest*, si diffonde il termine, non il concetto sostanziale – resa possibile dallo sradicamento dal concetto di una serie di tesi che erano storicamente considerate quintessenziali. Sì, saremo tutti originalisti, ma solo perché 'originalismo' significa cose diverse a persone diverse: «mentre molti commentatori credono che la verità dell'originalismo sia oggetto di accesa controversia, un numero comparabile di essi lamenta che originalismo significhi così tante cose differenti che nessun singolo

Structure, in *Advance: The Journal of the ACS*, 2007, 63; D.E. HO, *Dodging a Bullet*. McDonald v. City of Chicago and the Limits of Progressive Originalism, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2010, 369; C. TERBEEK, *Originalism's Obituary*, in *Utah Law Review OnLaw*, 2015, 29; J. GOLDSWORTHY, *Constitutional Interpretation. Originalism*, in *Philosophy Compass*, 2009, 693; E.A. FALLONE, *Charters, Compacts, and Tea Parties. The Decline and Resurrection of a Delegation View of the Constitution*, in *Wake Forest Law Review*, 2010, 1067, nt. 1. Cross riporta sia il fatto di Kagan che la conversion di Dworkin in F.B. CROSS, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford, Stanford University Press, 2013, 2. Una qualche connessione si può trovare anche con il «siamo tutti interpretivisti ora» in J.T. VALAURI, *We Are All Interpretivists Now*, in *Wayne Law Review*, 2000, 1501.

⁴³ P. HORWITZ, *The Past, Tense. The History of Crisis – And the Crisis of History – in Constitutional Theory*, in *Albany Law Review*, 1998, 472.

⁴⁴ R.H. BORK, *The Tempting of America*, New York, Touchstone-Simon & Schuster, 1990, 143.

⁴⁵ Che l'originalismo abbia scambiato la sua storica promessa di «vincolare i giudici» con il «rispetto accademico» è la tesi di T.B. COLBY, *The Sacrifice of the New Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, 2011, 716

⁴⁶ L.B. SOLUM, *We Are All Originalists Now*, cit., 1.

⁴⁷ J.N. RAKOVE, *Fidelity through History (Or Do It)*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1592, nota 14.

significato può essere isolato in modo non arbitrario»⁴⁸. Un solo critico afferma di poterne isolare almeno settantadue varianti!⁴⁹

Come nota Fleming, tutto dipende dalla definizione più o meno inclusiva di ‘originalismo’:

«[s]e definiamo l’originalismo in modo sufficientemente inclusivo, potremmo dire che evidentemente siamo tutti originalisti ora. Invero, potremmo persino definire l’originalismo così largamente che nemmeno io spererei più che non siamo tutti originalisti! Applicando la definizione di lavoro di Solum, Jack Balkin, con il suo metodo, espressamente definito originalista-vivente, di testo e principio, decisamente è un originalista. Ronald Dworkin, con la sua lettura morale della Costituzione, certamente lo è. Sotirios A. Barber e io, con il nostro approccio filosofico all’interpretazione costituzionale (ed la mia teoria di perfezionismo costituzionale) lo siamo pure. [...] Così pure lo sono versioni ragionevoli, vincolate e fondate di costituzionalismo vivente. Tutte queste teorie possono evidentemente accettare le quattro tesi riportate sopra [qua Fleming si riferisce alla definizione a quattro punti di Solum riferita sopra in nota 27]. Nella definizione di Solum, l’originalismo è chiaramente una tenta larga-caritatevole, magnanima e inclusiva-piuttosto che la dogmatica, rimproverante e escludente prospettiva che osserviamo in opere come *The Tempting of America* di Robert Bork e *A Matter of Interpretation* di Antonin Scalia»⁵⁰.

Ma anche si trattasse della diffusione della sola effigie linguistica, è proprio vero che «[sono] tutti originalisti ora»? È sostenibile l’affermazione per cui «l’originalismo è ora il prevalenti approccio all’interpretazione costituzionale»⁵¹? Può accettarsi tale affermazione davanti alla presenza di numerosi autori che continuano strenuamente a combattere l’affermazione dell’originalismo? I dati raccolti in questo paragrafo sembrano deporre a favore di una risposta positiva: l’originalismo è davvero il più importante approccio all’interpretazione costituzionale nella attuale dottrina costituzionale statunitense, e come *teoria interpretativa* e come *filosofia giudiziale*⁵².

Beninteso: l’interesse della domanda non riguarda la validità della teoria o la sua affermazione *giurisprudenziale*. Semplicemente, ci si chiede se l’originalismo sia davvero, oggi, la teoria più discussa e/o condivisa all’interno della scienza costituzionale statunitense. Solo in questo duplice senso deve essere inteso il termine ‘importante’ nella frase ‘più importante teoria di interpretazione e applicazione costituzionale’. È infatti evidente che la prominenza o la diffusione di una teoria non hanno nulla a che vedere con la sua apprezzabilità scientifica, essendo chiaramente disponibili alternative spiegazioni al suo successo: il cattivo stato della dottrina americana o l’utilità di appartenere al filone dell’originalismo per ottenere dei vantaggi politici (una cattedra universitaria,

⁴⁸ M.N. BERMAN, *op. cit.*, 93.

⁴⁹ *Ivi*, 14-15.

⁵⁰ J.E. FLEMING, *Are We All*, cit., 1787.

⁵¹ R.E. BARNETT, *op. et loc. cit.*

⁵² Per la distinzione v. *supra*, § 1.

un posto nel *Department of Justice*, la nomina alla Corte Suprema, etc.) sono le prime ipotesi che possono sovvenire.

Un primo modo per verificare la tesi sulla centralità dell'originalismo implica un metodo essenzialmente quantitativo. Come emerge da una semplice analisi attraverso l'aggregatore di menzioni Google, *Ngram Viewer*⁵³, '*originalism*' appare oggi come il vocabolo "più caldo" del mondo costituzionale statunitense, o quantomeno gode di una salute assolutamente diversa rispetto ad altri termini classici del diritto pubblico nordamericano [fig. 1]. Si può osservare come il rivale "teorico" dell'originalismo, il «costituzionalismo vivente» – cui ci riferisce indistintamente con le espressioni '*living constitutionalism*' o '*living Constitution*' – appaia assolutamente distante in termini di numero di menzioni – anche a voler sommare, e non pare affatto necessario, le due diverse locuzioni. Al tempo stesso, a debita distanza rimane pure quella famiglia di vocaboli che hanno anticipato storicamente la venuta dell'originalismo: così per '*interpretivism*' e '*textualism*'. Altrettanto significativamente, a chiara distanza rimane pure quella che sarebbe celebrata come la ricorrente «ossessione accademica» del diritto costituzionale americano: la nota «difficoltà contromaggioritaria»⁵⁴. Che l'originalismo sia la nuova ossessione dell'accademia costituzionale americana?

⁵³ Cfr. J.-B. MICHEL, Y. KUI SHEN, A. PRESSER AIDEN, A. VERES, M.K. GRAY, W. BROCKMAN, THE GOOGLE BOOKS TEAM, J.P. PICKETT, D. HOIBERG, D. CLANCY, P. NORVIG, J. ORWANT, S. PINKER, M.A. NOWAK, E. LIEBERMAN AIDEN, *Quantitative Analysis of Culture Using Millions of Digitized Books*, in *Science*, n. 331/2010, 176-182, <http://books.google.com/ngrams>. Si noti che *Ngram Viewer* utilizza il corpus digitalizzato di *Google Books*: dunque, utilizza soltanto fonti scritte.

⁵⁴ Nella Fig. 1 è presente soltanto '*countermajoritarian*' e non '*counter-majoritarian*' per motivi di limiti nelle parole chiave con cui si può svolgere una singola ricerca. I risultati comunque non cambiano anche a sommare le due diciture: '*originalism*' è incomparabilmente più avanti come numero di menzioni. Peraltro, per gli stessi limiti nella stringa di parole immettabili, è stato utilizzato soltanto '*countermajoritarian*' e non '*countermajoritarian difficulty*': per quanto quest'ultima espressione sia di *gran lunga* la più dominante tra tutte le parole che possono seguire '*countermajoritarian*' o '*counter-majoritarian*' – le altre, staccatissime, sono in ordine, e con solo riferimento a '*countermajoritarian*' per motivi di spazio: '*institutions*', '*role*', '*institution*', '*force*', '*dilemma*', '*nature*', '*problem*', '*check*', '*preferences*'; tutte menzioni comunque pertinenti al concetto – rimane il fatto che il dato *sovrastima* le menzioni di 'difficoltà contromaggioritaria'.

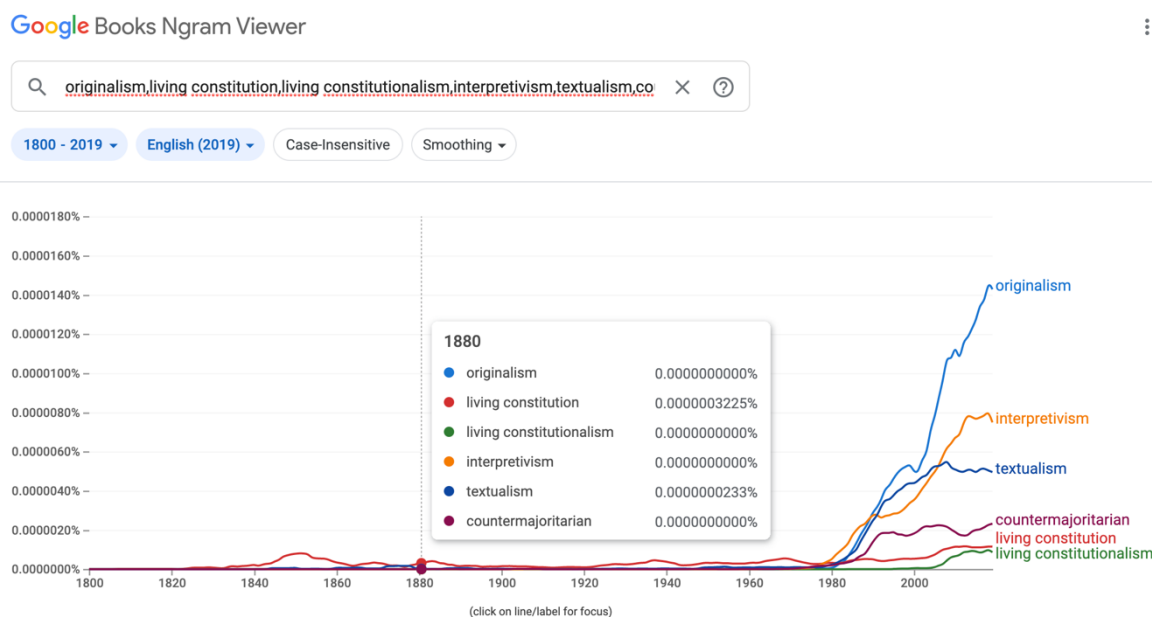


Fig. 1

Da notare, peraltro, un altro dato: la significatività del 1980. La vertiginosa diffusione di ‘*originalism*’ sembra scaturire proprio da quella data. Si tratta di un chiaro esempio di consilienza: il dato quantitativo verifica la narrazione storica. Da una parte, infatti, è confermato, se mai ve ne fosse stato bisogno, il ruolo del celebre articolo di Brest, *The Misconceived Quest for Original Understanding*, che conierà in quell’anno il termine ‘originalismo’, dando inizio alla sua diffusione a macchia d’olio. (Un risultato paradossale, per un articolo che avrebbe contribuito a “piantare una lancia nel cuore della teoria”, per dirla con Barnett.) Al tempo stesso, *Ngram* ci dà un’altra conferma: ‘*originalism*’ ha raccolto il testimone di ‘*interpretivism*’. Con ‘interpretivismo’, infatti, si intendeva una teoria costituzionale che, sostanzialmente, proponeva lo stesso criterio intenzionale del «vecchio originalismo» per l’interpretazione e, come tutti gli originalismi, predicava l’assoluta fedeltà dell’interprete al significato così evinto⁵⁵. Avanzato da un famoso articolo di Thomas Grey nel 1975⁵⁶ e poi reso celebre dal capitolo *The Allure of Interpretivism* della fondamentale opera John Hart Ely del 1980⁵⁷, ‘*interpretivism*’ conterà per diverso tempo un numero di menzioni assolutamente superiori a ‘*originalism*’, fino a quando, almeno, gli stessi pensatori che si rifacevano all’interpretivismo

⁵⁵ Cfr. R. PRIMUS, *Limits of Interpretivism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2009, 176-177.

⁵⁶ T.C. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, in *Stanford Law Review*, 1975, 703 ss. In realtà nell’articolo del 1975 Thomas Grey parla di un «*pure interpretive model*» (ivi, 703) e solo in un’occasione utilizza il termine ‘*interpretivist*’ (ivi, 711), mai propriamente ‘*interpretivism*’. Ciononostante, è comune far risalire a quell’articolo di Grey il conio del termine. Cfr. *ex multis* R. BERGER, *Government by Judiciary. John Hart Ely's Invitation*, in *Indiana Law Journal*, 1978, 280, nota 35, e M. MOORE, *The Written Constitution and Interpretivism*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1989, 3. Significativamente, il modello di interpretivismo per Gray, critico verso tale approccio, è il Bork di *Neutral Principles* (T.C. GREY, *op. cit.*, 704).

⁵⁷ J.H. ELY, *op. cit.*, xx. Il capitolo riprende in realtà un articolo di Ely di tre anni prima: IDEM, *Constitutional Interpretivism. Its Allure and Impossibility*, *Indiana Law Journal*, 1977, 399 ss.

abbandoneranno il termine in favore dell'originalismo: *in primis*, Robert Bork⁵⁸. Nel cambio di nome sarà decisiva la volontà di Edwin Meese che sceglierà il termine 'originalismo' su 'interpretivismo' nella sua campagna per il ritorno ad una «giurisprudenza dell'intenzione originale»⁵⁹.

Originalismo, tuttavia, non è soltanto il termine di punta del diritto costituzionale americano contemporaneo. Il tema, infatti, si colloca "naturalmente" sul crinale con la filosofia del diritto, implicando considerazioni di filosofia del linguaggio e teoria comunicativa. Non a caso, le opere degli originalisti – come peraltro dei loro critici – sono "infarcite" di riferimenti filosofici a, tra gli altri, Wittgenstein⁶⁰, Heidegger⁶¹, Davidson⁶², Grice⁶³, Frege⁶⁴, Rand⁶⁵, Kripke⁶⁶, Quine⁶⁷, Gadamer⁶⁸, Ricoeur⁶⁹, Kaplan⁷⁰. Da questo punto di vista, può allora essere interessante il confronto con le grandi idee della *jurisprudence* anglosassone [fig. 2]. Anche qui, emerge l'assoluta rilevanza dell'originalismo, che arriva ad avere un numero di menzioni sostanzialmente simile a 'legal positivism', con i tre grandi filoni della filosofia del diritto *americana* – non, ad esempio, britannica – che arrancano decisamente indietro: dal *legal formalism* di tradizione langdelleiana, al realismo giuridico – che un ruolo avrà, secondo Bork, nell'affermazione dell'attivismo giudiziario – passando per la peculiarità dei *critical legal studies*.

⁵⁸ Bork si definisce interpretivista fino almeno al 1986: cfr. R.H. BORK, *Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, in *San Diego Law Review*, 1986, 823.

⁵⁹ Cfr. M. DRY, *Federalism and the Constitution. The Founders' Design and Contemporary Constitutional Law*, in *Constitutional commentary*, 1987, 234. Vi è unanimità sull'equiparazione tra interpretivismo e originalismo: cfr. R.M. HOWARD, J.A. SEGAL, *An Original Look at Originalism*, in *Law & Society Review*, n. 1/2002, 113, P. LERMACK, *The Constitution Is the Social Contract So It Must Be a Contract... Right? A Critique of Originalism as Interpretive Method*, in *William Mitchell Law Review*, 2007, 1403, nota 1, e R. BERGER, *Activist Indifference to Facts*, in *Tennessee Law Review*, 1993, 10.

⁶⁰ V. ad es. D.S. GOLDBERG, *I Do Not Think It Means What you Think it Means. How Kripke and Wittgenstein's Analysis on Rule following Undermines Justice Scalia's Textualism and Originalism*, in *Cleveland State Law Review*, 2006, 273 ss., e I.C. BARTRUM, *Wittgenstein's Poker. Contested Constitutionalism and the Limits of Public Meaning Originalism*, in *Washington University Jurisprudence Review*, 2017, 29 ss.

⁶¹ V. ad es. F.M. GEDICKS, *It's a Wonderful Originalism! Lawrence Solum and the Thesis of Immaculate Recovery*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, n. 3/2017, 658.

⁶² V. ad es. L.B. SOLUM, *Originalism and the Unwritten Constitution*, in *University of Illinois Law Review*, 2013, 1938.

⁶³ V. ad es. IDEM, *Semantic Originalism*, 22 novembre 2008, disponibile a <https://ssrn.com/abstract=1120244>, 34 ss.

⁶⁴ V. ad es. C.R. GREEN, *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, in *Saint Louis University Law Journal*, 2006, 560 ss.

⁶⁵ V. ad es. G.S. LAWSON, *Reflections of an Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, in *Boston University Law Review*, 2016, 1467, e T. SMITH, *Originalism's Misplaced Fidelity. "Original" Meaning Is Not Objective*, *Constitutional Commentary*, 2009, 29 ss.

⁶⁶ V. ad es. K.E. WHITTINGTON, *Dworkin's*, cit., 218 ss.

⁶⁷ V. ad es. I.C. BARTRUM, *Two Dogmas of Originalism*, in *Washington University Jurisprudence Review*, 2015, 157 ss.

⁶⁸ V. ad es. P. BREST, *op. cit.*, 222-223, e J.T. VALAURI, *As Time Goes By. Hermeneutics and Originalism*, in *Nevada Law Journal*, 2010, 719 ss.

⁶⁹ V. ad es. F.J. MOOTZ III, *Getting Over the Originalist Fixation*, in B.G. SLOCUM, *The nature of Legal Interpretation. What Jurists Can Learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2017, 166 ss.

⁷⁰ V. ad es. C.R. GREEN, *This Constitution. Constitutional Indexicals as a Basis for Textualist Semi-Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 2009, 1624.

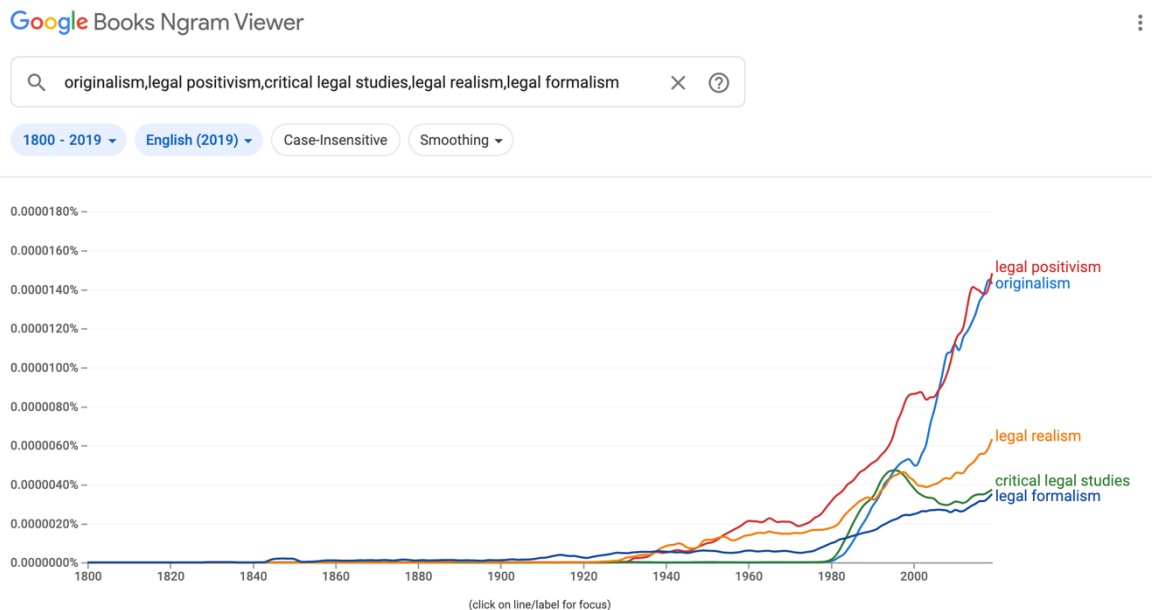


Fig. 2

Ciò detto, se *Ngram Viewer* ci permette una interessante visione quantitativa, questa non può che risultare approssimativa: non distinguendosi le opere propriamente dottrinali da quelle, per esempio, di storia o attualità politica, diviene difficile imperniare esclusivamente su questa ricerca ogni considerazione sulla centralità dell'originalismo *nella dottrina giuridica*. Al fine di rimediare a questa caratteristica, può essere interessante confrontare come l'originalismo si collochi a livello di autori – *viventi* – più citati della dottrina statunitense, costituzionale e non: verificando, in altre parole, se i protagonisti del dibattito scientifico davvero appartengono a questo movimento o, quantomeno, dedicano parte della propria ricerca ad approfondirne – dunque anche a contestarne – le tesi fondamentali. Da questo punto di vista, possiamo prendere le mosse degli ultimi dati Sisk-Leiter sullo *scholarly impact* nelle facoltà di diritto americane per il periodo 2013-2017, riclassificati proprio da Brian Leiter per disciplina nel 2018. Osserviamo in particolare il settore che ci interessa – *constitutional law* – in Fig. 3⁷¹. Si noti che i nomi sottolineati sono di autori che si sono esplicitamente riconosciuti come originalisti⁷².

⁷¹ Cfr. B. LEITER, *20 Most-Cited Constitutional Law Scholars in the U.S. for the period 2013-2017* (CORRECTED AND UPDATED 8/21), in *Brian Leiter's Law School Reports*, 21 agosto 2018, <https://leiterlawschool.typepad.com/leiter/2018/08/20-most-cited-constitutional-law-scholars-in-the-us-for-the-period-2013-2017.html>.

⁷² Per il legame con l'originalismo degli autori sottolineati e non citati finora cfr. A.K. AMAR, *Rethinking Originalism. Original intent for liberals (and for conservatives and moderates, too)*, in *Slate*, 21 settembre 2005, <https://slate.com/news-and-politics/2005/09/original-intent-for-liberals.html>, IDEM, *America's Unwritten Constitution. The Precedents And Principles We Live By*, New York, Basic Books, 2012, 336 e *passim*; B. ACKERMAN, *We The People. Foundations*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1991, 88-89, 159-62, e IDEM, *A Generation of Betrayal?*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1519; sull'originalismo di Amar e Ackerman v. anche J.N. RAKOVE, *op. et loc cit.*; E. VOLOKH, *Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment*, in *Georgetown Law Journal*, 2009, 1059. IDEM, *Textualism and District of Columbia v. Heller*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2014, 730; M.W. MCCONNELL, *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 1995, 947 ss.; S.G. CALABRESI, J.T. RICKERT, *Originalism and Sex Discrimination*, in *Texas Law Review*, 2011, 1 ss.

Rank	Name	School	Citations	in 2018	Age
1	Erwin Chemerinsky	University of California, Berkeley	2590		65
2	<u>Akhil Amar</u>	<u>Yale University</u>	<u>1600</u>		<u>60</u>
3	Mark Tushnet	Harvard University	1590		73
4	<u>Jack Balkin</u>	<u>Yale University</u>	<u>1580</u>		<u>61</u>
5	Laurence Tribe	Harvard University	1480		77
6	<u>Bruce Ackerman</u>	<u>Yale University</u>	<u>1445</u>		<u>75</u>
7	Richard Fallon	Harvard University	1365		66
8	Reva Siegel	Yale University	1340		62
9	Robert Post	Yale University	1280		71
10	<u>Eugene Volokh</u>	<u>University of California, Los Angeles</u>	<u>1205*</u>		<u>50</u>
11	<u>Michael McConnell</u>	<u>Stanford University</u>	<u>1170</u>		<u>63</u>
12	<u>Randy Barnett</u>	<u>Georgetown University</u>	<u>1055</u>		<u>66</u>
13	Michael Dorf	Cornell University	1045		54
14	Martin Redish	Northwestern University	975		73
15	Sanford Levinson	University of Texas, Austin	935		77
16	Barry Friedman	New York University	845		60
-	<u>Lawrence Solum</u>	<u>Georgetown University</u>	<u>845</u>		<u>64</u>
18	David Strauss	A. University of Chicago	820		66

19	<u>Steven Calabresi</u>	<u>Northwestern University</u>	<u>810</u>	<u>60</u>
20	Douglas Laycock	University of Virginia	750	70

Fig. 3

Se questo gruppo costituisse una corte, gli originalisti sarebbero evidentemente in minoranza: 8 a 12. Implicitamente, questo significa che il nonoriginalismo è la posizione di appartenenza più frequente tra gli autori citati. Tuttavia, entra qui in gioco uno dei fondamentali assunti dell'originalismo – il «lamento che spesso si sente», per i suoi critici¹: «è necessaria una teoria per battere una teoria» (*it takes a theory to beat a theory*). Se l'originalismo appare come approccio minoritario, non è esattamente chiaro se e quale alternativa avanzino i suoi oppositori o comunque quanti non vi si riconoscono nell'originalismo: il nonoriginalismo appare infatti una colonia di approcci diversi ed in alcuni casi a-teorici, e a livello di teoria interpretativa e di filosofia giudiziale. Pertanto, l'originalismo emerge chiaramente come maggioranza relativa.

Ma non doveva essere il costituzionalismo vivente la grande alternativa? Degli autori presenti nella lista, soltanto David Strauss sembra percorrere quella via con una minima convinzione, quantomeno nominalmente: nei principi di *common law* che, nella sua ricostruzione, sovrintendevano il diritto americano prima della Costituzione – e che essa non avrebbe in fondo mai inteso abrogare – vi sarebbe spazio per una concezione evolutiva del significato della Costituzione². Questo non pare invece il caso per gli altri nonoriginalisti presenti nella lista. Laurence Tribe, proponendo un'interpretazione costituzionale che prenda sul serio «testo e struttura» della Costituzione³, ha egualmente criticato chiunque intenda separarsi dal dato storico, rigettando la malleabilità della lettura morale della Costituzione di Dworkin⁴. Richard Fallon è noto per aver proposto un'interpretazione coerentista-costruttivista secondo cui i cinque tipi di argomenti interpretativi (bassati sul testo, sull'intento del costituente, sulla teoria costituzionale, sul precedente e valori morali e politici⁵) contribuiscono alla definizione del significato della Costituzione: questa multi-contribuzione assicurerebbe il ragionevole svolgimento della pratica costituzionale nel momento in cui gli argomenti sono posti in una dimensione gerarchica⁶.

Erwin Chemerinsky, noto critico dell'originalismo, ha affermato che soltanto una metodologia nonoriginalista, tale per cui il significato della Costituzione può variare nelle successive epoche può realizzare il fine che sottende la creazione di una costituzione rigida: proteggere certi diritti individuali dal principio maggioritario che sorregge la democrazia rappresentativa⁷. Siccome, tuttavia, il processo di emendamento negli Stati Uniti è immensamente complicato,

¹ M.N. BERMAN, *op. cit.*, 89.

² D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010, 33-49.

³ Cfr. L.H. TRIBE, *Taking Text and Structure Seriously. Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 1995, 1279.

⁴ IDEM, M.C DORF, *On Reading The Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009, 17.

⁵ Cfr. , 1252-1268.

⁶ Che per Fallon è la seguente: prima gli argomenti imperniati sul testo, poi quelli sull'intento storico, poi quelli di teoria (costituzionale), infine quelli basati sul precedente e, ultimamente, quelli ancorati ai valori. Cfr. *ivi*, 1243-1248.

⁷ E. CHERMERINSKY, *Interpreting the Constitution*, New York, Praeger, 1987, 27-28.

un'interpretazione evolutiva è l'unico strumento con cui proteggere nuovi diritti individuali che vengano a crearsi⁸. Recentemente tuttavia, Chemerinsky ha riaffermato la necessità che l'interpretazione costituzionale – che per lui è un insieme attività propriamente interpretativa e attività applicativa – persegua una visione progressista della società, dando finalmente efficacia giuridica ai cinque valori al Preambolo della Costituzione (governo democratico, governo effettivo, giustizia, libertà, eguaglianza)⁹. La nuova interpretazione costituzionale progressista di Chemerinsky permette così persino di ritenere che alcune norme della Costituzione (il collegio elettorale) siano incostituzionali per violazione dei valori del Preambolo. Il problema è che, non essendovi materiali storici che definiscano il significato di tali valori oltre mere invocazioni di principio – come lo stesso Chemerinsky riconosce – la determinazione del loro significato sembra finire per risiedere interamente nella decisione dell'interprete¹⁰.

Similmente, Mark Tushnet, non ritenendo possibile una forma significativa interpretazione costituzionale – in quanto appartenente al movimento dei *Critical Legal Studies* che sostengono un'ipotesi scettico-radicalista sull'interpretazione *tour court*¹¹ – ha semplicemente sostenuto che, se fosse giudice, deciderebbe i casi ponendosi la seguente domanda: «quale risultato, nelle presenti circostanze, potrebbe far avanzare la causa del socialismo?»¹². Non si tratta evidentemente di una teoria dell'interpretazione costituzionale – *idest*, tesi sul significato della Costituzione – ma di una filosofia giudiziale, sicuramente nonoriginalista nel momento in cui non è ancorata al significato *storico* della Costituzione – e come potrebbe mai esserlo, non esistendo tale significato?

Tuttavia, più che il contenuto delle singole teorie, il dato che qui interessa è che si tratta di *prospettive* – al plurale – soggettivamente diverse tra loro e spesso (*rectius*: sempre) dipendenti all'ideologia dei loro proponenti. Questa scomposizione della compagine nonoriginalista rievoca gli spettri del soggettivismo giudiziale e, infine, fa risaltare ancor di più la neutralità dell'originalismo come filosofia giudiziale – dove neutralità non è intesa come assenza di una posizione politica, ma dove

⁸ *Ivi*, 76-70.

⁹ IDEM, *We the People. A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York, Picador, 2018, xvi.

¹⁰ «Questo nuovo metodo di interpretazione non è senza benefici, comunque, la difficoltà dei corsi di diritto costituzionale sarebbe grandemente ridotta se l'attuale standard, con tutte le sue complessità, fosse sostituito da questo nuovo standard. Per determinare cos'è costituzionale, gli studenti avrebbero semplicemente bisogno di memorizzare le politiche che piacciono a Chemerinsky». M. CONKLIN, *Abandon Hope of Objective Constitutional Interpretation All Ye Who Enter Here. Chemerinsky's Expansive New View of Constitutional Interpretation*, in *Houston Law Review: Off the Records*, 2019, 6.

¹¹ Sull'indeterminatezza radicale degli appartenenti ai *Critical Legal Studies* cfr. K. KRESS, *Legal Indeterminacy*, in *California Law Review*, 1989, 302. Tushnet fa sua la posizione in M.V. TUSHNET, *Following*, cit., e IDEM, *A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory*, in *Southern California Law Review*, 1985, 688-689, note 24-25. Non si capisce se la posizione sia rivista in IDEM, *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1988, 52, dove afferma che «nessuna proposizione *interessante* del diritto è determinata» (enfasi aggiunta) dove 'interessante' rende estremamente difficile capire in che misura Tushnet accetti l'indeterminatezza radicale tipica dei CLS.

¹² IDEM, *The Dilemmas of Liberal Constitutionalism*, in *Ohio State Law Journal*, 1981, 424.

questa posizione politica si risolve nella la deferenza verso il significato originale della Costituzione e la democrazia americana. Ma soprattutto questo stato di cose conferma l'assunto esposto in precedenza: il nonoriginalismo è accomunato soltanto dal rigetto dell'originalismo e, anche laddove riesca a produrre un'alternativa interpretativa o una filosofia giudiziale, si tratta di posizioni singole, non raggruppabili sotto un'unica egida che non sia, appunto, l'opposizione all'originalismo.

Esemplificativo delle ambascie del campo nonoriginalista è il caso dell'autore della più importante recente critica all'originalismo, Mitchell Berman, e della sua difficoltà ad avanzare un valido sostituto alla teoria criticata¹³: il suo «positivismo con principi» (*principled positivism*) potrà anche ambire ad essere una migliore descrizione della pratica giuridica – e, beninteso, *lo è*, salvo il fatto che fino al 2015 gli originalisti non avevano mostrato alcun interesse verso tale questione¹⁴ – ma di certo non è una teoria dell'interpretazione – non curandosi direttamente di stabilire il *significato* della Costituzione – e, come filosofia giudiziale, la sua proposta riposa su principi che essa stessa non saprebbe definire¹⁵.

Ancora più esplicite delle difficoltà di Berman nel proporre un'alternativa efficace, sono le osservazioni di Brian Leiter, per il quale, sia chiaro, l'originalismo rimane la «regnante patologia del diritto costituzionale americano»¹⁶ se non della più generale «cultura costituzionale»¹⁷:

«[L']originalismo (sia esso in relazione alle intenzioni od ai significati) è ora la dominante, quasi interamente incontestata pietra di paragone del dibattito e dell'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti. Questo è strano dal momento che non c'è nessuna plausibile giustificazione teorica per esso [...]. Possiamo essere d'accordo che maggioranze successive nel tempo debbano essere vincolate ad un documento precedente (la croce del costituzionalismo), ma questo non decide in alcun modo la questione se il significato di tale documento debba essere fissato.. [...] Quanti vorrebbero aggiungere l'originalismo al costituzionalismo devono provare a spiegare perché il significato o le intenzioni originarie hanno autorità»¹⁸.

Sorprende, ovviamente, che Leiter – da realista giuridico, *idest* moralmente antirealista o quantomeno non-cognitivista – accusi l'originalismo di mancare di una giustificazione normativa. Non tanto per il fatto che gli originalisti hanno fornito plurime giustificazioni, più o meno soddisfacenti – cosa che banalmente *falsa* l'affermazione di Leiter, se intesa nel senso di lamentare la mancanza di

¹³ Il riferimento è a M.N. BERMAN, *op. cit.*

¹⁴ Cfr. W. BAUDE, *Is Originalism Our Law?*, cit., 2349 ss.

¹⁵ «È vero che il positivismo con principi non risolve la questione di quale siano i nostri principi. Per quanto io possa aver iniziato a far rotolare la palla, in larga misura i principi rimangono da trovare e dibattere». M.N. BERMAN, *Our Principled Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2018, 1412.

¹⁶ B. LEITER, *Originalism Redux*, in *Leiter Reports. A Philosophy Blog*, 29 giugno 2005, https://leiterreports.typepad.com/blog/2005/06/originalism_red.html.

¹⁷ IDEM, *Can Bush Be (Constitutionally) Impeached?*, in *Leiter Reports. A Philosophy Blog*, 20 giugno 2005, https://leiterreports.typepad.com/blog/2005/06/can_bush_be_con_1.html.

¹⁸ *Ibidem*.

“giustificazioni normative in senso debole”, *idest* senza pretesa di verità ma, soltanto, al massimo di condivisibilità. Sorprende, piuttosto, per il più radicale problema che un realista giuridico *a là* Leiter – e chi scrive, va detto, si ispira a tale approccio – crede che non esista alcuna “giustificazione normativa in senso forte”, *idest* che esista un motivo scientificamente “vero” per abbracciare una determinata filosofia giudiziale ovvero un'altra, come sembrerebbe invece qui chiedere Leiter nel momento in cui sembra accettare la possibilità di essere vincolati da un *testo* precedente ma – inspiegabilmente – richiede giustificazioni per la vincolatività del *significato* originale di tale testo. Non è che il secondo elemento normativo manca di giustificazione: nel mondo realista di Leiter nessuno dei due può aspirare ad avere se non una giustificazione normativa in senso debole. Questo è il portato della svolta quineana, che Leiter ha traghettato per tutti noi nella filosofia del diritto¹⁹.

Ma al di là delle critiche normative, il nostro interesse era tutto proteso alla verifica della frase del “convertito” Randy Barnett, secondo cui «l’originalismo non è soltanto sopravvissuto ad dibattiti degli anni Ottanta, ma ha virtualmente trionfato sui propri rivali. L’originalismo è ora il prevalente approccio all’interpretazione costituzionale. Ancora più sorprendentemente, ha prevalso senza che nessuno scrivesse una definitiva formulazione dell’originalismo o una definitiva refutazione delle sue critiche»²⁰. Tanto le considerazioni “critiche” di Leiter, i dati portati in queste pagine e l’assenza di una effettiva alternativa rendono davvero difficile contestare che l’originalismo rimanga oggi la prospettiva più importante all’interno della dottrina giuridica statunitense e come teoria dell’interpretazione e come filosofia giudiziale.

A testimoniare il fatto, volendo, è, *ictu oculi*, lo stesso modo in cui lo scontro tra diverse teorie sia oggi configurato: se una volta originalismo o interpretivismo si opponevano al costituzionalismo vivente, oggi l’unico *discrimen* rimasto sembra essere quello tra originalisti e nonoriginalisti. Ma nel momento in cui la battaglia è impostata in una opposizione ad un preciso insieme di posizioni – le tesi originaliste – questo non è certo abbastanza per ritenere che tali posizioni siano *corrette* – banalmente, magari ha ragione Leiter e si tratta di un obnubilamento collettivo, una «patologia» – ma quantomeno fornisce un notevole affidamento sul fatto che quell’insieme di posizioni – l’originalismo, appunto – sia il *focus* dell’attuale dibattito costituzionale. Non a caso, con rammarico Leiter riconosce che l’obnubilamento è, appunto, «regnante»²¹.

¹⁹ A cominciare da IDEM, *Rethinking Legal Realism. Toward a Naturalized Jurisprudence*, in *Texas Law Review*, 1997, 167 ss., ora in IDEM, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 16.

²⁰ R. BARNETT, *An Originalism*, cit., 9.

²¹ B. LEITER, *Originalism redux*, cit.

Capitolo 2

IL SECOLO DELL'ATTIVISMO GIUDIZIARIO

1. FENOMENOLOGIA DELL'ATTIVISMO GIUDIZIARIO

In quel peculiare e recente filone d'indagine che è la storiografia originalista, vi è concordia nel ritenere che l'“origine dell'originalismo” – come si è detto: originalismo *teorizzato* – debba vedersi nella reazione al crescente attivismo giudiziario della Corte Suprema statunitense nel Ventesimo secolo e, segnatamente, nel Secondo dopoguerra, sotto le Presidenze di Earl Warren e Warren Burger¹. Per i suoi fautori e sostenitori, l'originalismo sarebbe sorto con il fine di ristabilire la corretta interpretazione del testo costituzionale americano – usurpato del suo significato originale da un'ideologia “progressista” che, incapace di imporsi attraverso il metodo democratico suggerito dalla Costituzione, avrebbe inoculato i propri valor in sede di applicazione giudiziale², sfruttando la sua sovrarappresentazione tra le file dell'apparato giudiziario³. Per i detrattori, invece, l'originalismo non sarebbe che un'«ideologia conservatrice emersa in reazione alla Warren Court (e la prima Burger

¹ *Ex multissimi* cfr. K.E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2004, 601-603; J.E. FLEMING, *Are We All Originalists Now? I Hope Not!*, in *Texas Law Review*, 2013, 1788. S.D. SMITH, *That Old-Time Originalism*, in G. HUSCROFT, B.W. MILLER, *The Challenge*, cit., 230; J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005, 2, 30; M. BERMAN, *Originalism is Bunk*, in *New York University Law Review*, 2009, 9; T. COLBY, *The Sacrifice of New Originalism*, in *The Georgetown Law Journal*, 2011, 716. J. GREENE, *Rule Originalism*, in *Columbia Law Review*, 2016, 1168-1669; F.B. CROSS, *Originalism—The Forgotten Years*, in *Constitutional Commentary*, 2012, 37; T. KECK, *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism*, Chicago, Chicago University Press, 156; L. STRANG, *Originalism's Promise, and Its Limits*, in *Cleveland State Law Review*, 2014, 82-83; E. MALTZ, *Foreword. The Appeal of Originalism*, in *Utah Law Review*, 1987, 792; M.J. HORWITZ, *Foreword. The Constitution of Change. Legal Fundamentality Without Fundamentalism*, in *Harvard Law Review*, 1993, 67; T.B. COLBY, P.J. SMITH, *The Return of Lochner*, in *Cornell Law Review*, 2015, 530.

² Cfr., *ex multis*, R. BERGER, *Government By Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment* (1977), II ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1997, 6; IDEM, *The Role of the Supreme Court*, in *University of Akron Little Rock Law Review*, 1980, 2; IDEM, *The Role of the Supreme Court in a Democratic Society*, in *Villanova Law Review*, 1981, 414; IDEM, *Symposium. The Activist Legacy of the New Deal Court*, in *Washington Law Review*, 1984, 766; L.A. GRAGLIA, *Judicial review on the Basis of “Regime Principles.” A prescription for Government by Judges*, in *South Texan Law Journal*, 1985, 441; AA.VV., *Original Meaning Jurisprudence. A Sourcebook*, Washington, Department of Justice, 1987, 4.

³ Per il nesso tra formazione universitaria nonoriginalista e apparato giudiziario cfr. R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 69-74, 133-138. Bork, rifacendosi a Schlesinger, affibbia parte della responsabilità per la diffusione dell'attivismo giudiziario alle tesi realiste, diffuse in particolare a Yale, facoltà ove era professore, che avrebbero instillato l'idea per cui i giudici ragionano al contrario (*reason backward*), scegliendo i risultati che più ritengono opportuni e trovando poi gli schemi giuridici attraverso cui giustificarli (*ivi*, 71). «I nuovi orientamenti [dottrinali] raggiungono le corti in vario modo. Professori imbevuti della cultura revisionista *liberal* divengono essi stessi giudici» (*ivi*, 135). «Molti studenti diventano assistenti giudiziari per un anno o due e portano con sé gli orientamenti della cultura accademica revisionista direttamente nelle corti federali. [...] Per di più, è importante per i giudici federali essere ben considerati e descritti negli scritti delle facoltà di diritto. Nel tempo, sdegno per il significato originale della Costituzione ha un impatto considerevole. L'impatto è ancor più considerevole sui giudici che arrivano in corte senza una idea sviluppata del ruolo del giudice, della sua portata e dei suoi limiti» (*ivi*, 134). Sul pensiero di Arthur Schlesinger v. *infra*.

Court)», corti “colpevoli” di aver implementato importanti progressi sociali nell’applicazione fedele del disposto costituzionale⁴.

Se l’originalismo nasce come reazione al dilagare di un asserito “attivismo giudiziario” della Corte Suprema americana, diviene necessario perlomeno stabilire che cosa si intenda qui con la locuzione in questione. In uno storico passaggio della storia costituzionale statunitense⁵ – la mancata conferma alla Corte Suprema di Robert Bork, uno dei principali esponenti dell’originalismo⁶ – il Senatore Orrin Hatch pose espressamente tale domanda:

«Senatore HATCH. [...] Ora, negli ultimi anni si è tanto sentito parlare al riguardo del problema dell’attivismo giudiziario. Come definirebbe l’attivismo giudiziario? Perché questa sembra essere una delle questioni centrali qui.

Giudice BORK. Credo lo definirei come il giudice che legge nella legge o nella Costituzione le sue personali preferenze politiche–e mi lasci essere chiaro su questo punto. Nessun essere umano può approcciarsi alle parole di una legge, con la storia e le altre evidenze di cui dispone, e non portarvi in qualche misura la sua visione morale dentro di essa, poiché ognuno di noi vede il mondo, capisce i fatti, attraverso una lente composta della nostra moralità e del nostro modo di intendere le cose. Ma vi è una enorme differenza tra l’inevitabile pregiudizio che si afferma e il giudice che consciamente cerca di tenere i propri pregiudizi fuori e cerca di essere il più imparziale possibile secondo le evidenze di cui dispone. C’è un enorme differenza tra quello e il giudice che incorpora l’idea di saggia politica dentro la Costituzione o una legge [...]

Senatore HATCH. In altre parole, in termini semplici, l’attivismo giudiziario è quando i giudici creano il diritto invece di interpretarlo?

Giudice Bork. Questa è una buona descrizione riassuntiva»⁷.

Semplificando in termini analitici lo scambio tra Bork e Hatch e la copiosa letteratura in materia, potremmo dire che l’attivismo giudiziario è la situazione in cui a) la condotta tenuta dal giudice è fattualmente diversa rispetto a quella richiesta dalla norma giuridica (elemento oggettivo) e b) la deviazione dal modello legale è da questi consapevolmente assunta – *idest*, voluta – e giustificata

⁴ J. FLEMING, *op. et loc. cit.* Cfr. R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as a Political Practice. The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Review*, 2006, 545-547, P. KARLAN, *Constitutional Law as Trademark*, in *University of California Davis Law Review*, 2009, 396; M. REDISH, M. ARNOULD, *Judicial Review, Constitutional Interpretation, and the Democratic Dilemma. Proposing a “Controlled Activism” Alternative*, in *Florida Law Review*, 2012, 1509 (ritenendo «orwelliano» considerare originalista qualsiasi metodo interpretativo che non conduca a risultati conservatori).

⁵ Cfr., *ex multis*, M. HORWITZ, *The Bork Nomination in American Constitutional History*, in *Syracuse Law Review*, 1988, 1029; F. GULIENZA III, D.J. REAGAN, D.M. BARRETT, *Character, Competency, and Constitutionalism. Did the Bork Nomination Represent a Fundamental Shift in Confirmation Criteria?*, in *Marquette Law Review*, 1992, 409; A. OGUNDELE, L. CAMP KEITH, *Reexamining the Impact of the Bork Nomination to the Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, 1999, 403; L. EPSTEIN, R. LINDSTÄDT, J. SEGALL, C. WESTERLAND, *The Changing Dynamics of Senate Voting on Supreme Court Nominees*, in *Journal of Politics*, 2006, 296; G. STONE, D. STRAUSS, *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*, New York, Oxford University Press, 2020, 7.

⁶ Cfr. *ex multis* J. O’NEILL, *op. cit.*, 108.

⁷ AA.VV., *Hearings Before The Committee On The Judiciary United States Senate One Hundredth Congress First Session On The Nomination Of Robert H. Bork To Be Associate Justice Of The Supreme Court Of The United States*, vol. I, Washington, U.S. government Printing Office, 1988, 180-181.

dalla necessità di ottenere un “miglior risultato politico” rispetto a quello che si otterrebbe dalla stretta applicazione della norma giuridica (elemento soggettivo)⁸. L’attivismo giudiziario rientra così nel *genus* delle condotte antiggiuridiche del giudice, differenziandosi, tuttavia, per il fatto che l’eversione della norma giuridica è qui *voluta e giustificata*.

Da una parte, infatti, sarebbe incorretto parlare di “attivismo giudiziario” per l’errore “in buona fede” del giudice, derivante dalla semplice incapacità di questo nell’intendere la volontà legislativa ovvero per elementi esterni indipendenti (ad es., si pensi al caso di un decisivo errore di battitura nei codici giuridici in uso)⁹. Dall’altra, il profilo della giustificazione separa l’attivismo giudiziario dalla mera “corruzione privata” del giudice: il “giudice attivista” viola il diritto positivo allo stesso modo del “giudice corrotto”, ma laddove il secondo è interessato ad un mero arricchimento personale, economico o di potere, il primo agisce per un ideale *lato sensu* politico – ritenendo di fare la proverbiale “cosa giusta”. L’opposto del giudice attivista è, da questo punto di vista il giudice “deferente” [*restraintist*]:

«[u]n giudice deferente è un giudice che si sente strettamente costretto dal suo intendimento del diritto rilevante nel caso concreto, mentre un giudice attivista è maggiormente pronò a considerare altri fattori. Un giudice deferente potrebbe così dare molto peso ad elementi come il precedente o l’intento del legislatore come guida per raggiungere la decisione. Un attivista, all’opposto, potrebbe considerare fattori come il suo senso di giustizia, i bisogni percepiti della comunità, e le aspettative della pubblica opinione»¹⁰.

Il giudice attivista, tendenzialmente, non descrive il suo comportamento come antiggiuridico. Il motivo per cui il giudice non riconosce il proprio attivismo è presto detto: nei diversi ordinamenti costituzionali contemporanei esisterebbe una fondamentale idea per cui «il corretto ruolo istituzionale dei giudici in una democrazia è semplicemente quello di *applicare* il diritto e far rispettare la volontà del legislatore»¹¹; nel momento in cui il giudice attivista «sostituisce con le proprie preferenze

⁸ Lo «elemento doloso» (*scienter element*) di K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, in *California Law Review*, 2004, 1476, che riprende un articolo di D. O’SANNLAIN, *On Judicial Activism*, Feb. 29, 2004, <https://open-spaces.com/articles/on-judicial-activism/>. *Contra* F. CROSS, S. LINDQUIST, F.B. CROSS, A. LINDQUIST, *The Scientific Study of Judicial Activism*, in *Minnesota Law Review*, 2007, 1767-1768. La definizione attraverso un elemento oggettivo e soggettivo ripropone i «due fattori [che] attraversano la varietà degli approcci [all’attivismo giudiziario]» già individuati dallo studio di B. CANON, *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, in *Judicature*, 1982, 238-239.

⁹ *Contra* C. GREEN, *An Intellectual History of Judicial Activism*, in *Emory Law Journal*, 2008, 1196 (considerando anche l’errore come ipotesi di attivismo giudiziale).

¹⁰ J.P. WENZEL, S. BOWLER, D.J. LANOUÉ, *Legislating From the State Bench. A Comparative Analysis of Judicial Activism*, in *American Politics Quarterly*, n. 3/1997, 364.

¹¹ B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, in *Legal Theory*, 1995, 487. Cfr. anche R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Oxford-Portland, Hart, 1986, 8 («L’opinione più popolare, in Inghilterra e negli Stati Uniti, insiste sul fatto che i giudici sono sempre tenuti, in ogni decisione, a seguire il diritto piuttosto che cercare di migliorarlo. Può non piacergli [...] ma sono comunque tenuti ad applicarlo»).

politiche quelle del legislatore»¹² questi infrangerebbe proprio tale aspettativa, «legiferando dallo scranno» (*legislating from the bench*)¹³. In altre parole, il giudice attivista si fa legislatore.

Pur potendo interessare qualsiasi livello dell'ordinamento – si pensi alla dibattuta manipolazione interpretativa delle vera finalità dello *Sherman Act*, semplice legge ordinaria – l'attivismo giudiziario mantiene un legame privilegiato con il giudizio di costituzionalità: «in una forma di governo costituzionale, un giurista è considerato attivista [...] nella misura in cui decide una controversia su basi *estrinseche alla Costituzione*. In ultima analisi, è la Costituzione verso cui il giurista è “attivista” o “deferente”, sebbene simili principi sovrintendano anche l'interpretazione delle leggi ordinarie»¹⁴. Non è un caso, da questo punto di vista, che l'attivismo giudiziale sia non solo generalmente valutato con riferimento alla Corte Suprema e all'interpretazione costituzionale ma, più in particolare, nella specifica situazione del controllo di costituzionalità della legge.

Ovviamente questa “definizione di lavoro” dell'attivismo giudiziario è lungi dall'essere incontrovertibile. Per alcuni, la nozione riposa su di un fraintendimento – o meglio un indebito restringimento – della nozione di ‘diritto’, recepita nei termini angustamente ristretti del positivismo giuridico¹⁵. I giuristi di tradizione scolastica, ad esempio, non considerando attività antiggiuridica quella del giudice che disconosce applicazione ad una legge *ingiusta* – poiché molto semplicemente un diritto sufficientemente ingiusto non è diritto¹⁶ – non riterrebbero che il giudice che trasgredisce una disposizione contraria alla legge naturale stia contravvenendo alcuna norma, perché trattasi, in realtà, di “disposizione apparente”. E lo stesso discorso sembrerebbe potersi fare per quel filone della filosofia del diritto legato alla celebre formula di Gustav Radbruch sull'invalidità del “diritto intollerabilmente ingiusto”¹⁷ – seppur coi maggiori ambiti di ambiguità che la circondano¹⁸.

Una versione moderna dell'argomento giusnaturale – sorprendentemente declinata in senso antimetafisico – è avanzata da Ronald Dworkin in precipuo riferimento al fenomeno dell'attivismo giudiziario dei giudici costituzionali. Si potrebbe quasi dire che la suggestione che muove l'intera riflessione dworkiniana in filosofia del diritto sia proprio dedicata al tema dell'attivismo e della discrezionalità giudiziaria. Per Dworkin, contrariamente a quanto sostengono i positivisti di

¹² R. LEVY, R. GLICKSMAN, *Judicial Activism and Restraint in the Supreme Court's Environmental Law Decisions*, in *Vanderbilt Law Review*, 1989, 350.

¹³ Per la possibilità che non vi sia coincidenza tra i due concetti cfr. B. PEABODY, *Legislating from the Bench. A Definition and a Defense*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2007, 207-208.

¹⁴ T. SOWELL, *Judicial Activism Reconsidered*, Hoover Institution, Stanford (CA), 1989, 2.

¹⁵ Come chiaramente illustrato John Gardner, la proposizione su cui convergono tutti i giuspositivisti, da Hobbes ad Hart, da Bentham a Coleman, da Austin a Kelsen e Raz, è che «in qualsiasi sistema giuridico, la validità di una norma, e dunque la sua appartenenza al diritto di quel sistema, dipende dalle sue fonti, non dai suoi meriti». J. GARDNER, *op. et loc. cit.*

¹⁶ La frase, come noto, è un calco di San Tommaso da Agostino cfr. SAN T. D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4, c. (citando dal *De Libero Arbitrio* di Agostino).

¹⁷ Cfr. G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, n. 1/1946, 105.

¹⁸ È infatti ancora aperto il dibattito sulla natura descrittiva o prescrittiva della formula: cfr., per un'ipotesi filologicamente convincente sulla natura prescrittiva, B.H. BIX, *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, *American Journal of Jurisprudence*, 2011, 45 ss.

tradizione hartiana, il giudice non è mai *assolutamente discrezionale*, poiché è sempre tenuto al rispetto dei principi, i quali, tuttavia, diversamente dalle regole ordinarie (*rules*)¹⁹ non possiedono una struttura applicativa del tipo «tutto o nulla» (*all-or-nothing fashion*)²⁰ ma un peso (*weight*)²¹ che l'interprete è chiamato a valutare, di volta in volta, bilanciando l'insistenza di ciascun principio sul caso concreto, la c.d. discrezionalità in senso debole²². I positivisti *a là Hart* – e con essi i giudici che, credendo alla versione convenzionale di Hart si percepiscono come erroneamente legislatori, e pertanto cercano di nascondere dietro strani apprezzamenti storici le proprie pronunce – si ingannano poiché non riescono a scorgere l'esistenza dei principi, che escludono la discrezionalità giurisdizionale in senso forte²³.

Su un piano ancor più teorico e filosofico, l'attivismo giudiziale non esisterebbe, banalmente, se non fosse di fatto possibile conoscere ed applicare concretamente il diritto. Vuoi per la contraddittorietà delle fonti del diritto – c.d. tesi scettico-realista²⁴ – vuoi la naturale indeterminatezza del linguaggio – c.d. tesi scettico-postmoderna, associata ai *critical legal studies*²⁵ – il problema dell'attivismo giudiziale sarebbe superfluo in questi casi, perché, molto banalmente, “il diritto” è fondamentalmente inconoscibile. Se non è possibile applicare il diritto nel senso di applicare la volontà altrui, non ci si può logicamente chiedere se il giudice stia facendo la volontà del legislatore ovvero, nel caso dell'attivismo giudiziario, sostituendo le proprie preferenze politiche alla legge: l'antecedente – l'indeterminatezza del diritto – esclude il conseguente – la valutazione della correttezza dell'attività giudiziale.

Rigettare compiutamente queste diverse critiche all'“ontologia dell'attivismo giudiziario” esula dai fini di questo lavoro, e sarebbe peraltro una attività probabilmente non necessaria alla luce dei celebri lavori della dottrina che maggiormente ha affrontato questi temi. In risposta alla tradizione giusnaturale più risalente, due osservazioni possono svolgersi: da una parte, anche accettando l'esistenza di un diritto naturale, rimane aperta la possibilità che il giudice opti per una soluzione X irrispettosa e del soluzione Y determinata dalle norme giuridiche e dalla soluzione Z determinata dal

¹⁹ Cfr. R. DWORKIN, *The Model of Rules I* (1967), in IDEM, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, 21.

²⁰ *Ivi*, 24.

²¹ *Ivi*, 26.

²² *Ivi*, 31-32.

²³ *Ivi*, 44.

²⁴ Cfr. ad es. K.N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, in *Vanderbilt Law Review*, 1950, 395 ss., citato in B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, cit., 483.

²⁵ Cfr., M.V. TUSHNET, *Legal Scholarship: Its Causes and Cure*, *Yale Law Journal*, 1981, 1205 ss., e IDEM, *A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory*, in *Southern California Law Review*, 1985, 683 ss. Per un catalogo dei *critical legal scholars* associati con tale posizione, oltre a Tushnet, cfr. K. KRESS, *Legal Indeterminacy*, in *California Law Review*, 1989, 283 ss. *Contra*, v. i contributi di F.I. MICHELMAN, *Politics as Medicine. On Misdiagnosing Legal Scholarship*, in *Yale Law Journal*, 1981, 1224 ss., L.B. SOLUM, *On the Indeterminacy Crisis. Critiquing Critical Dogma*, in *University of Chicago Law Review*, 1987, 462 ss., F. SCHAUER, *Easy Cases*, in *Southern California Law Review*, 1985, 399 ss., 549.

diritto naturale. Banalmente, quello che si vuol dire è che l'esistenza del diritto naturale lascia concettualmente impregiudicata la possibilità dell'attivismo giudiziario.

È tuttavia vero che in questa accezione giusnaturale diverse occasioni tipiche dell'attivismo giudiziario sarebbe quantomeno difendibili come applicazione del diritto naturale. Pertanto, preferisco qui difendere un'accezione forte di 'attivismo giudiziario', tale per cui la decisione giudiziale X, diversa da quanto richiesto norma positiva Y, ma conforme al precetto naturale Z, rimane sempre un caso di attivismo giudiziario: un caso giusto, morale, buono, di attivismo giudiziario, ma pur sempre un caso di attivismo. Il motivo dietro questa scelta è presto detto: per le stesse ragioni per cui Hart ha famosamente argomentato *contro* l'equivalenza tra il riconoscimento di una disposizione come legale e la risoluzione della questione dell'obbedienza, è su basi *epistemologiche* che ci si oppone a considerare "diritto" soltanto l'attività giuridica conforme a presunti principi naturali. Ad accettarla, viceversa, il diritto della Germania nazionalsocialista sarebbe stato un "non diritto" nonostante, nella pratica, esercitasse la stessa funzione di organizzazione sociale – seppur in modo ripugnante – dei diritti degli altri stati. In questa ricostruzione, si perderebbero importanti esperienze umane: quale vantaggio epistemologico deriva del privarsi di nozioni come "diritto ingiusto", "provvedimento immorale", "legge iniqua"? Sono in fondo esperienze che l'uomo sperimenta dalla proverbiale notte dei tempi e che la letteratura e la storia hanno meravigliosamente rappresentato: dall'obbedienza di Antigone alla legge degli dei contro i precetti positivi di Creonte, al rifiuto di Tommaso Moro di obbedire alla legge del Parlamento – che, seppur legge, violava il diritto divino. Sol che liberi il diritto positivo da un'aurea di "intrinseca augurabilità morale" – l'errore dei "positivisti ideologici", per dirla con Guastini²⁶ – ne discende che considerare qualcosa come giuridico non dice molto – *rectius*: nulla – su cosa la persona debba, moralmente, fare²⁷.

Per quanto attiene invece alle riflessioni dworkiniane vi sono due problemi. In primo luogo, esattamente come il giusnaturalista classico, anche nel caso di Dworkin non è esclusa la possibilità che il giudice agisca in contraddizione rispetto al dato giuridico: il fatto che sulle aree su cui non insistono le regole insistano i principi non esclude logicamente la possibilità per il giudice di agire indipendentemente dalle norme *e dai principi*. Il secondo e più grave problema è che, diversamente da Dworkin, per valutare se il giudice stia agendo contro regole e principi, per una propria finalità di giustizia sostanziale, non possiamo affidarci al giudice stesso: dal fatto che il giudice pretenda di stare applicando alcuni principi *non deriva* che egli lo stia effettivamente facendo²⁸. Per Dworkin, invece,

²⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, n. 2/2007, 1380-1383.

²⁷ Il concetto di «inerzia morale» del positivismo giuridico. Cfr. J. GARDNER, *Legal Positivism. 5½ Myths*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2001, 202.

²⁸ «Esiste una distinzione–e vi può essere una divergenza–tra ciò che i giudici dicono di stare facendo, quello che pensano di stare facendo e la più accurata descrizione oggettiva di quello che stanno in effetti facendo. Loro potrebbero dire e anche credere che stanno scoprendo e applicando un diritto già esistente, potrebbero seguire procedure che assumono

è così: per questo motivo la sua teoria è stata ironicamente ribattezzata da Leslie Green, sulla scorta di Kelsen, il «principio di Mida»²⁹, dal momento che tutto ciò che il giudice dworkiniano dice si trasforma in oro, in verità. Nella ricostruzione di Dworkin, l'unico attivismo giudiziario che rimane possibile è quello che lo stesso giudice riconosce come tale: ma fintantoché esisterà un'aspettativa sull'idea che il giudice applichi e non crei il diritto – in tutti gli ordinamenti: anche quelli di *common law* che per alcune vulgate, diffuse da autori di *civil law*, concepirebbero il giudice come creatore del diritto – è chiaro che difficilmente un giudice esplicitamente riconoscerà di stare agendo al di fuori della norma al fine di realizzare una qualche forma di giustizia sostanziale. Il privilegio epistemico che Dworkin riconosce al giudice è quindi quanto mai difficile da sostenere: senza di esso si dilata, verosimilmente, l'area dell'attivismo giudiziario.

Per quanto attiene invece la tesi dell'indeterminatezza del diritto – che inficerebbe l'utilità di un discorso sull'attivismo giudiziario stante l'impossibilità di stabilire quando, effettivamente, il giudice violi la norma giuridica, vuoi per problemi inerenti alla natura del linguaggio umano ovvero del diritto – il discorso si pone in termini diversi a seconda che si recepisca una visione più o meno radicale di questa tesi. Nel caso di una «indeterminatezza razionale globale» – per riprendere ancora la chiara epistemologia di Brian Leiter – la «classe [delle ragioni giuridiche] è insufficiente a giustificare un solo risultato in qualsiasi caso [concreto]». Nel caso di una «indeterminatezza razionale locale», invece, la classe delle ragioni giuridiche è «insufficiente a giustificare un solo risultato in una particolare classe di casi». La differenziazione tra originalisti e nonoriginalisti è tendenzialmente una differenziazione all'interno di una opzione *non* scettico-radicale. Specialmente dopo che Mark Tushnet, a seguito di certe critiche, ha emendato l'aspetto più radicale dei *critical legal studies*, l'ipotesi scettico-radicale pare oggi ufficialmente desueta³⁰. Pertanto, possiamo escludere questa possibilità con una semplice stipulazione, ancorché legata alla mera vita quotidiana: in alcuni casi, il diritto – come espressione dell'autorità normativa – è conoscibile e determinabile³¹, e di conseguenza si può sensatamente parlare di un giudice che non rispetta il precetto normativo.

Detto di queste note posizioni, esiste infine un senso diverso – e forse più cogente per i temi che affrontiamo qui – per cui l'espressione 'attivismo giudiziario' potrebbe costituire un pernicioso fraintendimento, che è bene qui affrontare ed eliminare. Da un certo punto di vista, è chiaro infatti

questa finalità, e ciononostante potrebbero nei fatti stare creando nuovo diritto. Non soltanto questa divergenza non è improbabile, ma anche laddove si crei diritto, sembrerà sempre più corretto se questo fatto è nascosto e si crede che la decisione applichi diritti già esistenti». J. MACKIE, *The Third Theory of Law*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 7.

²⁹ L. GREEN, A. THOMAS, voce *Legal Positivism*, in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2019 Edition, <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>>.

³⁰ Sostanzialmente, dalla proposizione il 'diritto è sempre indeterminato' si è passati a 'la parte interessante del diritto è indeterminata'. Cfr. M.V. TUSHNET, *Defending the Indeterminacy Thesis*, in *QLR*, 1996, 341, e IDEM, *Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2005, 108.

³¹ Cfr. F. SCHAUER, *Formalism*, in *Yale Law Journal*, 1988, 531.

che ogni giudice, in fin dei conti, *agisce*: accettando che esista un catalogo delle “ragioni giuridiche” e che, almeno in alcuni frangenti, quell’insieme determini compiutamente e chiaramente il comportamento giudiziario con riferimento al caso concreto, il giudice che applichi fedelmente la volontà del legislatore – *idest*, applichi correttamente il diritto come manifestazione della volontà sovrana – sta, a tutti gli effetti, *agendo*, almeno tanto quanto il giudice che tradisce la norma adottando una decisione difforme da quella prevista dalle norme giuridiche³². È alla luce di questa accezione “ampia” dell’attivismo giudiziario – comprendente tutte le attività de giudice – che si spiegano alcune posizioni dottrinali che dibattono di un attivismo giudiziario “buono” ed uno “cattivo” – financo uno “orribile” – dove nel “buono” sarebbe ricompresa il controllo di costituzionalità della legge per come effettivamente disciplinato dalla norma giuridica³³.

Militano, tuttavia, diversi motivi a favore di una concezione “ristretta” dell’attivismo giudiziario – *idest*, una concezione riferita ai soli casi in cui il giudice non applica fedelmente la norma giuridica perché «quello che è imposto [giudizialmente] è moralmente preferibile a quello che esiste [legalmente] – o a quello che il popolo vuole»³⁴. In primis, da un punto di vista esegetico, questo senso ristretto è quello proprio di chi ha per primo ha impiegato l’espressione ‘attivismo giudiziario’: in un celebre numero sulla rivista *Fortune* del 1947, Arthur Schlesinger descrisse il contrasto presso la Corte Suprema tra l’ala Black-Douglas degli «attivisti giuridici» e la coalizione dei Frankfurter-Jackson dei «campioni della deferenza giudiziale (*self-restraint*)»³⁵. Non solo, Schlesinger declinerà i concetti di ‘attivismo giudiziario’ e ‘deferenza giudiziaria’ secondo quella serie di tratti oppositivi che tutt’oggi rimangono caratteristici.

«[q]uesto conflitto può essere descritto in molti modi. Il gruppo Black-Douglas [gli attivisti] crede che la Corte Suprema debba svolgere un ruolo affermativo nel promuovere il *welfare social*; il gruppo Frankfurter-Jackson difende una politica di deferenza giudiziaria. Un gruppo è maggiormente interessato all’utilizzo del potere giudiziario per far valere la propria concezione di bene sociale; l’altro a espandere lo spettro di apprezzamenti permissibile al legislatore, anche se si tratta di garantire decisioni che privatamente [quei giudici] condannano. Un gruppo considera la Corte uno strumento per realizzare desiderati risultati sociali; il secondo come uno strumento per permette alle altre branche del governo di realizzare i risultati che il popolo vuole, nel bene e nel male. In breve, l’ala Black-Douglas sembra più interessata a decidere i casi particolare in accordo con le proprie concezioni della società; l’ala Frankfurt-Jackson con il

³² V. ad. es. G. JONES, *Proper Judicial Activism*, in *Regent University Law Review*, 2001, 41, 43.

³³ Cfr. A.D. HELLMAN, *Judicial Activism. The Good, the Bad, and the Ugly*, in *Mississippi College Law Review*, 2002, 253, e, G. JONES, *op. ult cit.*

³⁴ T. SOWELL, *op. cit.*, 15.

³⁵ A.M. SCHLESINGER, *The Supreme Court: 1947*, in *Fortune*, gennaio 1947, 74-78.

mantenere il potere giudiziario nel suo posto, determinato ma limitato, all'interno del sistema americano»³⁶.

A fianco della paternità del termine, si deve rilevare come l'uso della dicitura 'attivismo giudiziario' per descrivere un'attività che tracima i confini della corretta applicazione del diritto sia diventato largamente maggioritario³⁷. E non senza ragioni: giusta o sbagliata che sia l'obbedienza alla norma giuridica sembra esservi, come si diceva, una comune aspettativa nei diversi ordinamenti sull'idea che il giudice applichi la volontà altrui, e non sia egli stesso legislatore – *idest*, che egli faccia rispettare le regole e non le crei³⁸. In questo senso, se 'attivismo giudiziario' andasse a coprire tutta l'area denotata da 'attività giudiziale', si dovrebbe inventare un nuovo termine per descrivere quel sottoinsieme dell'attività del giudice posta in essere in difformità rispetto alle norme giuridiche e con l'intento di realizzare una maggiore giustizia sostanziale. L'espressione, invece, è utile fintantoché possiede qualcosa di distintivo dall'insieme totale dell'attività giudiziale. Per motivi epistemologici, dunque, 'attivismo giudiziario' ha un senso se e solo se non coincide con 'attività giudiziale'.

L' '-ismo' nella parola dovrebbe fare proprio questo. Descrivendo una situazione – quella del giudice che per il giusto sacrifica ciò che è diritto – senza caricarla, linguisticamente, di connotati eccessivamente negativi – 'attivismo' non è in sé un vocabolo negativo³⁹ – 'attivismo giudiziario' esprime una propria autonomia concettuale. L'uso tendenzialmente peggiorativo del termine⁴⁰ è

³⁶ Ivi, 201. Leggendo il contributo alla luce dell'evoluzione della letteratura successiva, che è rimasta sostanzialmente aderente a quelle differenziazioni, è difficile non plaudere alla portata scientifica dell'articolo – scritto peraltro per un pubblico di non specialisti – e le critiche sembrano affatto speciose. Cfr., per una valutazione positiva, K.D. KMIEC, *op. cit.*, 46, e per una critica C. GREEN, *op. cit.*, 1203-1207.

³⁷ Cfr. ad es. J. O'NEILL, *Originalism*, cit., 135.

³⁸ Il dato è onnipresente da Francis Bacon a Montesquieu, fino ad arrivare a Blackstone, che paradossalmente ritiene proprio la tradizione di *common law* estranea dalla creazione giudiziaria del diritto: «per quanto in molti paesi tutto sia lasciato all'apprezzamento del giudice [*in the breast of the judge*], presso di noi questi può soltanto dichiarare e pronunciare, il diritto non crearlo o rimodellarlo». W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. III, 1769, ora in IDEM, London, Maxwell, 1855, 551. Più noto il passaggio di Montesquieu, secondo cui «i giudici non sono [...] che le bocche che pronunciano le parole della legge, non animati da altro [*des êtres inanimés*], e non possono moderarne o regolarne la forza». MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1777), liv. xi, chap. vi, leggibile in IDEM, Paris, Dalibon, 1823, 136. Per l'affermazione di Francis Bacon cfr. F. BACON, *Judicature* (1612), in IDEM, *Essays*, London, J.M. Dent, 1925, 162 («i giudici devono ricordare che il loro compito è *jus dicere*, e non *jus dare*; interpretare il diritto e non crearlo o disporlo»).

³⁹ «Attivismo [at-ti-vi-smo] s.m. 1 (*filos.*) dottrina che tende ad affermare la superiorità dell'azione rispetto al pensiero teorico 2 (*pedag.*) dottrina che considera l'attività spontanea del fanciullo come centro e punto di partenza del processo educativo 3 l'essere in continua attività, il vivere molto attivamente: *nonostante l'età dimostra un grande-* 4 partecipazione attiva, a titolo volontario, a un'organizzazione politica o sindacale; anche, l'insieme degli attivisti: *mobilitare l'-*¶ Deriv. di *attivo*». Aa. Vv., *Il grande dizionario Garzanti della Lingua Italiana*, Milano, Garzanti-Gulliver, 1993, 164-165.

⁴⁰ «'Attivismo' rimane, in ogni caso, un termine di obbrobrio. Tutti vogliono appropriarsi ed utilizzare la parola in modo tale che il proprio approccio sia corretto e l'alternativa "attivista". Così 'attivismo' significa soltanto 'giudici che si comportano male' – e ciascuna persona riempi diversamente la definizione di 'male'. [...] I liberals affermano che mancare di rispetto ad un precedente è "attivista"? Bene, i conservatori possono allora affermare che il principio del precedente è esso stesso attivista! Affermano i liberal di oggi (e i conservatori di ieri) che rifiutarsi di far valere un atto del Congresso in ragione della Costituzione è attivista? Bene, i conservatori possono affermare che non invalidare un atto del congresso è attivista! Evviva!». F.H. EASTERBROOK, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, in *University of Colorado Law Review*, 2002, 1403-1404.

spiegabile solo alla luce dell'aspettativa, come detto, secondo cui «il corretto ruolo istituzionale dei giudici in una democrazia è semplicemente quello di *applicare* il diritto e far rispettare la volontà del legislatore»⁴¹. Solo che si impieghi la semplice distinzione tra ciò che “il diritto che è” ed ciò che “il diritto dovrebbe essere”, tuttavia, ‘attivismo giudiziario’ è scientificamente apprezzabile, nel primo reame, in quanto descrive un insieme *particolare* di comportamenti che il giudice può porre in essere, senza connotarli in termini linguisticamente negativi.

Nonostante tutte le critiche possibili, allora, mi sembra che rimanga un serio potenziale euristico nella nozione di ‘attivismo giudiziario’ e che le critiche alla nozione – etichettata come «vuota, una maschera per una posizione sostanziale»⁴² – possano essere indirizzate semplicemente ad usi ingenui o “colloquiali” della stessa, *idest* non-scientifici:

«come molte frasi ad effetto, “attivismo giudiziario” ha acquisito così tanti differenti significati da confondere più di quanto chiarisca. E al tempo stesso non è un termine che può essere semplicemente derubricato come “vuoto per vaghezza”, dal momento che al cuore di questo fenomeno risiedono preoccupazioni sul significato e la stessa sopravvivenza del diritto»⁴³.

Essere consapevoli che la nozione di attivismo giudiziario è parassitaria rispetto a quella di diritto e che vi è almeno un senso in cui l'espressione è poco significativa – *idest*, quando coincide con la totalità dell'*attività* giudiziaria, ricomprendendovi dunque anche istanze di fedele applicazione del diritto – diviene allora l'unico necessario prerequisito per l'impiego di questa utile espressione.

2. LE ORIGINI: DA *MARBURY* A *DRED SCOTT*

Come facile intuire, l'attivismo giudiziario è un fenomeno che travalica i confini spazio temporali della storia statunitense Stati Uniti d'America. Nell'avvento del *praetor peregrinus* e alla sua attività correttiva delle punte di più estremo formalismo dello *ius civile*⁴⁴, nell'antipatia della rivoluzione francese per il potere giudiziario che giustificò la gerarchizzazione dell'apparato dopo la rivoluzione⁴⁵, ovvero nelle stigmatizzazione di Beccaria dell'interpretazione «secondo lo spirito delle leggi»⁴⁶, si possono scorgere risalenti esempi di attivismo giudiziario o dei lamenti verso tale

⁴¹ B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, cit., 487.

⁴² F.H. EASTERBROOK, *op. cit.*, 1403.

⁴³ T. SOWELL, *op. cit.*, 1.

⁴⁴ «Il diritto pretorio è ciò che i pretori introdussero per aiutare, sopperire o correggere il diritto civile in ragione dell'utilità pubblica». Papiniano D. 1.1.7.1. «Ma queste iniquità [del diritto civile] furono emendate dall'editto del pretore». Gai. 3. 25. Cfr. R. LAMBERTINI, *Avviamento allo studio del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2015, 39, e D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Torino, Giappichelli, 2006, 16-17.

⁴⁵ «Ai giudici è proibito decidere attraverso disposizioni generali o regolamentari nei casi a loro sottoposti». *Code civil*, art. 5. Cfr. *amplius* M.H. DAVIS, *The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel, and the U. S. Supreme Court*, in *The American Journal of Comparative Law*, n.1/1986, 49-50

⁴⁶ «Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni». C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, Sansoni, 1958, 52. Per Beccaria, al giudice non deve essere concesso di interpretare la legge: «[n]emmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori» (*ivi*, 51). È evidente, qui, che con 'interpretare' Beccaria si sta riferendo a quel tipo di interpretazione-applicativa che lascia un qual margine di libertà all'interprete, che per l'autore deve invece attenersi, dal punto di vista applicativo, al «sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge

fenomeno. Tuttavia, soltanto dietro l'influsso dell'indagine americana la letteratura internazionale ha iniziato ad impiegare la dicitura in questione con una certa frequenza, per descrivere o criticare il comportamento delle Corti supreme, costituzionali o internazionali⁴⁷.

Quanto balza all'occhio contemplando l'indagine costituzionale statunitense è l'assiduità e la dedizione con cui il tema del potere giudiziario e dei suoi possibili abusi è ivi trattato. Se consideriamo come problematica annessa all'attivismo giudiziario la celebre «difficoltà contromaggioritaria»⁴⁸ – *idest*, il problema delle corti costituzionali come elemento antidemocratico, in quanto deputate ad annullare la volontà popolare espressa tramite il metodo maggioritario – possiamo affermare che il ruolo e i limiti dell'apparato giudiziario federale costituiscano uno dei fulcri della riflessione costituzionale americana, almeno dall'istituzione della Repubblica. Già Hart notava la «concentrazione del pensiero americano sul processo giudiziale [*judicial process*]»: «la semplice spiegazione per questa concentrazione è, senza dubbio, il ruolo decisamente straordinario che le corti, e su tutte la Corte Suprema, ricoprono nel governo dell'America»⁴⁹.

A fianco del *judicial review of legislation*, che *icto oculi* giustifica, per Hart, la maggiore dedizione americana solo in confronto all'esperienza della ex-madre patria inglese⁵⁰, le ipotesi con cui spiegare questa dedizione al ruolo dell'apparato giudiziario sono plurime ed è qui possibile soltanto adombrarle: la lunga vita della Costituzione americana, che ha dato più ampia possibilità di sviluppo alle problematiche del costituzionalismo; la struttura federale degli Stati Uniti, che ha trovato nell'apparato giudiziario federale un fondamentale elemento di stabilizzazione a fronte di esiziali spinte centrifughe; l'assenza di una *House of Lords* e della rispettiva classe deputata all'esercizio del potere giurisdizionale; infine, a livello socio-culturale, un profondo sospetto verso la burocrazia ed una assoluta celebrazione del diritto all'autogoverno, in contrapposizione alle culture europee rimaste per lungo tempo non solo legate alla tradizionale forma di stato monarchica, ma caratterizzate da una

generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza» (*ibidem*).

⁴⁷ Cfr., per l'evidenza del nesso con il diritto statunitense e l'applicazione della categoria in altri ordinamenti, S.C. GROVER, *Judicial Activism and the Democratic Rule of Law. Selected Case Studies*, Cham, Springer, 2020, 2; N. PETERSEN, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2017, 60-61; K.M. HOLLAND (a cura di), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York, St. Martin's Press, 1991, 1-7; L. PEREIRA COUTINHO, M. LA TORRE, S.D. SMITH (a cura di), *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham-New York, Springer, 2015, v-viii; . Si distaccano, invece, per il fatto di non riferirsi esplicitamente all'esperienza americana nell'uso della categoria M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (a cura di), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2013, e J. ZAIDEN BENVINDO, *On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Heidelberg, Springer, 2010. Per un esempio di attivismo giudiziario applicato al contesto europeo, segnatamente al sistema di asilo politico cfr. S. VELLUTI, *Reforming the Common European Asylum System. Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Heidelberg, Springer, 2014.

⁴⁸ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962), II ed., New Haven-London, Yale University Press, 1986, 16.

⁴⁹ H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream*, in IDEM, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 124.

⁵⁰ *Ibidem*.

minore spinta all'indipendenza individuale⁵¹. Per questi e altri fattori, si potrebbe dire che, se gli Stati Uniti hanno introdotto il giudizio di costituzionalità delle leggi con riferimento ad una Costituzione scritta e rigida, la dottrina statunitense è stata anche la prima a prendere le distanze dall'istituto e a stigmatizzarne la natura apparentemente antidemocratica, in questo aliena alla stessa tradizione repubblicana statunitense⁵².

Se questi argomenti contribuiscono a spiegare l'attenzione riservata alle asserite degenerazioni dell'apparato giudiziale federale negli Stati Uniti, l'interesse per l'attivismo giudiziario può ancor più semplicemente spiegarsi alla luce del fatto che lo stesso controllo di costituzionalità delle leggi⁵³ – inteso in senso moderno⁵⁴ – è stato sancito in una pronuncia che, per plurimi aspetti, è inevitabile catalogare come attivista⁵⁵. Infatti, il “peccato di attivismo” della giurisprudenza costituzionale statunitense sarebbe “originale” allorché affonderebbe le proprie radici nella celeberrima *Marbury v. Madison* del 1803, con cui il Chief Justice Marshall affermò – incidentalmente – l'indiscutibilità del controllo giurisdizionale sulle leggi da parte del potere giurisdizionale. Così, anche se le problematiche inerenti allo straripamento dell'ordine giudiziario desteranno un vero allarme solo nel Novecento, giudizio di costituzionalità e attivismo giudiziale risultano essere “storicamente consustanziali”.

Seppur certamente noti, è necessario riprendere gli snodi principali della pronuncia per enfatizzarne quegli aspetti di attivismo giudiziario che non sempre sono stati messi in evidenza dalla letteratura extra-statunitense⁵⁶. In un febbrile febbraio del 1801, con i repubblicani di Jefferson sicuri vincenti alle lezioni del novembre precedente ma ancora privi di un Presidente – a causa del pareggio nel collegio elettorale tra Thomas Jefferson e Aaron Burr – lo sconfitto candidato John Adams istituisce

⁵¹ Cfr. B. BAILYN, *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

⁵² L'«ineluttabile realtà» di Bickel, secondo cui «il controllo di costituzionalità delle leggi [*judicial review*] è una forza contro-maggioritaria nel nostro sistema». A.M. BICKEL, *op. et loc. ult. cit.*

⁵³ Contro la riconducibilità del controllo di costituzionalità moderno delle leggi a *Marbury v. Madison*, cfr. R. CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, 1989, Lawrence, University Press of Kansas, 125.

⁵⁴ Dove ‘moderno’ significa fondato su di un atto di volontà umano, e non sui principi del diritto naturale. Come noto, già nel *Dr. Bonham's Case* (1610) Edward Coke affermò che un atto del Parlamento «contrario al comune diritto e ragione» sarebbe «nullo» (*void*). Cfr. E. CORWIN, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, in *Michigan Law review*, 1914, 553. Tuttavia, diversi autori ritengono che non possa essere configurato come un modello risalente di controllo di costituzionalità delle leggi: cfr., ad es., R.H. HELMHOLZ, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, in *Journal of legal analysis*, 2009, 325 ss.

⁵⁵ *Ex multissimi*, cfr. W. WAYNE JUSTICE, *Two Faces of Judicial Activism*, in *George Washington Law Review*, 1992, 2, G.A. SPANN, *Pure Politics*, *Michigan Law Review*, 1990, 1979, nota 18, 2, W.W. VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in *Duke Law Journal*, 1969, 6-33, R.L. CLINTON, *Game Theory, Legal History, and the Origins of Judicial Review. A Revisionist Analysis of Marbury v. Madison*, in *American Journal of Political Science*, 1994, 300; D.E. MARION, *Judicial Faithfulness or Wandering Indulgence – Original Intentions and the History of Marbury v. Madison*, in *Alabama Law Review*, 2006, 1041 ss.

⁵⁶ V. ad es. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, 174-177; A. DI GIOVINE, *Gli Stati Uniti*, in A. DI GIOVINE, A. ALGOSTINO, F. LONGO, A. MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, Le Monnier, 2017, 385-386; A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 2014, 1093-1095.

sedici nuove *Circuit Courts*, insediandovi giudici di sicura fede federalista – quelle che passeranno alla storia come le «nomine di mezzanotte»⁵⁷. Eletto presidente quattro giorni più tardi, un furente Thomas Jefferson ordina al suo Segretario di Stato, James Madison, di trattenere quelle nomine giudiziali che l'Amministrazione Adams non aveva fatto in tempo a consegnare. Tra le nomine trattenute vi è quella di William Marbury a giudice di pace per il Distretto di Columbia, il quale, privato della carica, chiede alla Corte Suprema l'adozione di un *writ of mandamus* che obblighi l'Amministrazione, nella persona di James Madison, a perfezionare la nomina.

Secondo le ricostruzioni maggioritarie, la domanda di Marbury, presentata direttamente alla Corte Suprema, doveva essere dichiarata inammissibile, senza alcuna possibilità di vagliarne il merito. La competenza della Corte Suprema si divide infatti in una giurisdizione in grado unico o “originale”, e una d'appello: nella prima sono conosciute le controversie «concernenti ambasciatori, altri ministri pubblici e consoli, e quelle in cui uno Stato sia parte»; «in tutti gli altri casi [...], la Corte Suprema ha competenza d'appello, in diritto e in fatto, con le eccezioni e le modalità stabilite dal Congresso»⁵⁸. Non essendo né un ambasciatore od altro pubblico ufficiale di stato *estero*, Marbury non era legittimato a ricorrere direttamente alla Corte e doveva invece suscitare la giurisdizione ordinaria di primo grado.

Invece di rigettare *tout court* la ricevibilità della questione, il Chief Justice Marshall redige una lunga *opinion* in cui riconosce il diritto di Marbury alla nomina e, al tempo stesso, rigetta la possibilità di concedere l'agognato *writ of mandamus* poiché questo poteva essere adottato dalla Corte solo nella capacità di giudice di appello⁵⁹. Avendo il Congresso espressamente previsto la possibilità di adottare *writs of mandamus* anche per la giurisdizione originaria della Corte, l'aggiunta doveva considerarsi incostituzionale in quanto comportava un'indebita estensione legislativa della competenza costituzionale della Corte⁶⁰. Questa circostanza diventa così l'occasione per poter recisamente affermare che la natura scritta della Costituzione americana impone di dichiarare nulla qualsiasi legge che si fosse posta ad essa in contrasto⁶¹.

Marbury si segnala come una pronuncia attivista in tutte le ricostruzioni possibili: «Marshall non dovette soltanto ignorare il fatto che la Corte non aveva assolutamente alcuna giurisdizione» e che la domanda di Marbury «sarebbe dovuta essere rigettata senza pensarci due volte», ma «dovette pure distorcere la legge per poterla renderla passibile di una pronuncia di incostituzionalità»⁶². La previsione di *writs of mandamus* era infatti una pratica comune in tutte le Corti di appello secondo i

⁵⁷ S.E. MORISON, *The Oxford History of the American People*, New York, Oxford University Press, 1965, 358.

⁵⁸ U.S. Const. art. 3, § 2 cl. 2.

⁵⁹ R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 23.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cfr. H.A. JOHNSON, voce *Marbury v. Madison*, in K.L. HALL, *Oxford Companion*, cit., 606.

⁶² R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 23.

principi di *common law* e la previsione legislativa “incriminata” pareva proprio riferirsi alla giurisdizione di appello. Ma anche si fosse riferita alla giurisdizione originale, Marshall trascurerebbe – *rectius*, per alcuni, *volontariamente* ignorerebbe⁶³ – il dettato costituzionale, dove si stabilisce che «la Corte Suprema ha giurisdizione di appello, *con le eccezioni e modalità che stabilisca il Congresso*»⁶⁴. Insomma, anche qualora fosse sussistita giurisdizione, l’occasione per affermare il *judicial review* pareva riposare su un deliberato fraintendimento e del testo legislativo e della Costituzione.

Gli acclarati profili di invalidità giuridica non hanno impedito a *Marbury* di divenire nel tempo una delle più celebrate sentenze in due secoli storia giuridica statunitense⁶⁵ vuoi per l’esempio di «pura politica» da parte di Marshall, ovvero, in punta di diritto, per aver ricondotto il giudizio di costituzionalità al dato positivo della natura scritta della Costituzione – in contrasto con le antiche idee giusnaturali⁶⁶. Ciononostante, *Marbury v. Madison* è a tutti gli effetti un esempio di pronuncia attivista secondo la definizione che ci siamo dati. Storicamente *giustificata* dalla necessità di affermare il controllo di legittimità in termini chiari – per contrastare le spinte centrifughe dei repubblicani di Jefferson – John Marshall manipolò il diritto per una finalità che la storia non avrebbe infine mancato di celebrare.

In soccorso di Marshall, peraltro, arriverà lo stesso pensiero originalista. In *Congress v. The Supreme Court* del 1969, Raoul Berger, che insieme a Robert Bork sarà il grande esponente del «vecchio originalismo» e padre dell’originalismo teorizzato moderno, svolgerà una importante indagine storica volta a verificare se la conclusione di Marshall sulla capacità della Corte Suprema di dichiarare l’invalidità delle leggi federali e degli Stati che si fossero poste in contrasto con la Costituzione riposasse sull’intendimento originario degli stessi costituenti, *al di là* dell’argomentazione di Marshall e dei profili di pretestuosità della sua pronuncia. In base una riflessione «fondata sulla finalità e la struttura della Costituzione»⁶⁷, Berger concludeva che il controllo di costituzionalità delle leggi era dato implicito in tutti i costituenti, per la «diffusa paura di oppressione da parte del governo federale, centrata in particolare sulla minaccia di un “dispotismo legislativo”»⁶⁸.

⁶³ W.H. ROSE, *Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution*, in *Political Science and Politics*, n. 2/2003, 209 ss. *Contra* C.B. BUDZISZ, *Marbury v. Madison. How History Has Changed John Marshall's Interpretation of the Constitution: A Response to Winfield H. Rose*, in *Political Science and Politics*, n. 3/2004, 385 ss., e J.H. ANDERSON, *John Marshall's Opinion in Marbury v. Madison Does Not Rely on a Misquoting of the Constitution. A Response to Rose*, in *Political Science and Politics*, n. 2/2004, 199 ss.

⁶⁴ U.S. Const. art. 3, § 2 cl. 2. (enfasi aggiunta).

⁶⁵ *Marbury* ha infatti ottenuto lo status di «grande caso» del diritto americano solo alla fine del Diciannovesimo secolo: cfr. D.M. DOUGLAS, *The Rhetorical Uses of Marbury V. Madison. The Emergence of a Great Case*, in *Wake Forest Law Review*, 2003, 386.

⁶⁶ *Marbury* è l’unica sentenza esposta dall’Archivio nazionale americano, a fianco delle Dichiarazione d’indipendenza e della Costituzione: cfr. J.C. TUOMALA, *Marbury v. Madison and the Foundation of Law*, in *Liberty University Law Review*, 2010, 297.

⁶⁷ R. BERGER, *Congress v. The Supreme Court*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1969, 293.

⁶⁸ *Ivi*, 8.

Se *Marbury v. Madison* diverrà «la pietra angolare del diritto costituzionale»⁶⁹, la “seconda volta” in cui una legge verrà giudicata incostituzionale nella storia giuridica statunitense sarà invece occasione per uno tra i più tetri esempi di attivismo giudiziario nella famigerata sentenza *Dred Scott v. Sandford*, che «i giuristi e costituzionalisti americani considerano [...] la peggiore decisione mai presa dalla Corte Suprema»⁷⁰, la sua «peggiore atrocità»⁷¹, «la più odiosa azione mai intrapresa da una branca del governo federale»⁷², «un errore agghiacciante»⁷³, «una bugia al cospetto di Dio»⁷⁴, «un abominio»⁷⁵, e altri epiteti poco lodevoli ricompilati nella recente opera monografica su *Dred Scott* di Mark Graber⁷⁶.

Della vicenda è necessario dare un minimo inquadramento, stante l'assenza di una trattazione specifica nella letteratura italiana. Nel 1803, superando i suoi dubbi sulla costituzionalità dell'allargamento degli Stati Uniti in assenza di un espresso emendamento⁷⁷, il presidente Thomas Jefferson acquista dalla Francia l'allora territorio della Louisiana – ricomprendete in realtà all'incirca tutti i territori ad ovest del Mississippi – per quindici milioni di dollari⁷⁸. L'affare, denominato *Louisiana Purchase*, è «probabilmente il più importante evento nella storia costituzionale americana dalla ratifica del Bill of rights [...] alla crisi della secessione e della guerra civile [...]»⁷⁹.

Se non che, l'allargamento sollevava il problema della natura schiavista o non-schiavista dei nuovi territori, bandita la schiavitù nel Nordovest del paese nel 1787⁸⁰. Il tentativo degli antischiavisti di impedire l'ammissione del Missouri come “stato schiavista” fece intensificare le tensioni fino al celebre Compromesso del 1820, ove il Missouri fu ammesso come stato schiavista “al prezzo” dell'ammissione del Maine come stato non schiavista⁸¹ – in tal modo non alterando la bilancia di stati schiavisti e non schiavisti all'interno dell'Unione⁸². Al tempo stesso, si sancì il principio per cui la

⁶⁹ H. BURTON, *The Cornerstone of Constitutional Law. The Extraordinary Case of Marbury v. Madison*, in *American Bar Association Journal*, n. 10/1950, 805 ss.

⁷⁰ W. EHRLICH, voce *Scott v. Sandford*, in K. HALL, J. ELY JR., J. GROSSMAN (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 1992, 889.

⁷¹ C. EISGRUBER, *Dred Again. Originalism's Forgotten Past*, in *Constitutional Commentary*, 1993, 41.

⁷² G. JACOBSON, *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*, Totowa, Rowman & Littlefield, 1986, 44.

⁷³ A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Haven, Yale University Press, 1978, 41.

⁷⁴ F. DOUGLASS, *The Frederick Douglass Papers. Series One: Speeches, Debates, and Interviews*, vol. III, New Haven, Yale University Press, 1985, 147.

⁷⁵ C. SUNSTEIN, *Dred Scott and Its Legacy*, in R. GEORGE (a cura di), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000, 86.

⁷⁶ M. GRABER, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, New York, Cambridge University Press, 2006, 15-16.

⁷⁷ Cfr. E. SOMERVILLE BROWN, *The Constitutional History of the Louisiana Purchase*, Clifton, Kelley, 1972, e R. KNOWLES, *Balance of Forces and the Empire of Liberty. States' Rights and the Louisiana Purchase*, in *Iowa Law Review*, 2003, 343 ss.

⁷⁸ Cfr. M.S. PAULSEN, S. CALABRESI, M.W. MCCONNELL, S. BRAY, W. BAUDE, *The Constitution of the United States*, III ed., St. Paul, Foundation Press, 2016, 730

⁷⁹ *Ivi*, 730

⁸⁰ *Ivi*, 731

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

schiavitù sarebbe stata esclusa in tutti i neo-stati al di sopra del parallelo 36° 30'. Il compromesso ebbe il merito di dare inizio ad una politica conciliativa che, secondo le ricostruzioni dominanti, avrà il merito di posporre di diversi anni la Guerra civile⁸³. Tuttavia, l'adozione del *Kansas-Nebraska Act* nel 1854 – che lasciò alle popolazioni dei neo-stati la possibilità di decidere sulla questione della schiavitù – comporterà l'abolizione del Compromesso e renderà il Kansas una terra di sanguinosa lotta politica («*bleeding Kansas*») in cui abolizionisti e sostenitori della schiavitù si contenderanno il potere per sette anni (1854-1859)⁸⁴.

In questo quadro, nel 1857, si offre ad una Corte Suprema solidamente in mano a giudici vicini alle istanze sudiste l'opportunità di mettere una pietra tombale sulla logica del *Missouri Compromise* (che, seppur abrogato, continuava a regolamentare le cause nel frattempo instaurate), e di affermare l'intangibilità della proprietà in schiavi. Dred Scott era uno «uno schiavo negro del Dr. Emerson [...] chirurgo nell'esercito degli Stati Uniti»⁸⁵, da questi portato con sé negli Stati liberi dell'Illinois e del Wisconsin⁸⁶. Una volta riportato a St. Louis (Missouri), Scott aveva agito perché fosse riconosciuto il suo stato di persona libera: il ragionamento, inoppugnabile, faceva leva sull'acquisita libertà durante il soggiorno negli stati liberi – per i quali, appunto, giuridicamente, qualsiasi individuo non poteva che essere libero – ed il principio della giurisprudenza del Missouri per cui «una volta liberi, per sempre liberi»⁸⁷. Tuttavia, la Corte Suprema del Missouri, invalidando il giudizio di accoglimento di primo grado – favorevole a Scott – su appello di Sanford – fratello della moglie del defunto Emerson, cui era stato lasciato in custodia Scott – ne riaffermerà la schiavitù, dichiarando contemporaneamente superato il principio “uno volta libero, per sempre libero”. A *Dred Scott* non rimaneva che l'appello alla Corte Suprema federale.

Il Chief Justice Taney firmerà l'*opinion* con cui, per il voto di sette a due, verrà decretata l'irricevibilità della richiesta di Scott. In prima battuta, la Corte Suprema stabilirà che una persona di colore non poteva essere considerata un cittadino degli Stati Uniti – *idest*, dell'apparato federale – ma soltanto degli Stati membri che avessero inteso proibire la schiavitù e riconoscere la cittadinanza ai neri liberti. In tale ottica, tuttavia, Dred Scott non aveva alcun diritto ad appellarsi alla Corte Suprema federale ed il suo appello doveva, pertanto, essere dichiarato inammissibile. Similmente a quanto avvenuto in *Marbury*, tuttavia, l'irricevibilità della causa diviene tuttavia l'occasione per un importante *obiter dictum*:

⁸³ Cfr., *ex multis*, W. SHADE (a cura di), *Encyclopedia of U.S. Political History*, Vol. III, Washington D.C., CQ Press, 2010, 84-85; J.A. CRUTCHFIELD, C. MOUTLON, T. DEL BENE, *The Settlement of America An Encyclopedia of Westward Expansion from Jamestown to the Closing of the Frontier*, New York, Routledge, 2015, 337-338; 96.

⁸⁴ E. GREENBERG, *Dred Scott and the Dangers of a Political Court*, Lanham (MD), Lexington Books, 2010, 51-53.

⁸⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁸⁶ W. EHRLICH, voce *Scott v. Sandford*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion to The Supreme Court of the United States*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, 888.

⁸⁷ *Ibidem*.

«Taney, un partigiano sudista, aveva in odio l'arroganza del Nord sulla questione della schiavitù e specialmente il principio, offensivo per il Sud, che sottostava l'accettazione da parte del Nord del Compromesso del Missouri: "la schiavitù è un male e va limitato fintantoché non può essere finita". Le sue mire, dunque, sono più ambiziose: stabilire, una volta per tutte l'incostituzionalità del Compromesso e, soprattutto, ritrovare nel testo costituzionale il diritto a possedere schiavi»⁸⁸.

Dove ritrovare un siffatto diritto? Cambiando il significato del "regolare processo di diritto" (*due process of law*) senza il quale nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà – una garanzia, come storicamente documentato, di natura essenzialmente *procedurale* e *giudiziale*⁸⁹ – in una garanzia sul contenuto *sostanziale* di qualsiasi atto giuridico, anche del Congresso:

«i diritti di proprietà sono unificati ai diritti della persona, e posti sullo stesso livello dal quinto emendamento alla Costituzione, che prevede che nessuna persona possa essere privata della vita, della libertà e della proprietà, senza regolare processo di diritto. Ed un atto del Congresso che privi un cittadino degli Stati Uniti della sua libertà o della sua proprietà, meramente perché si è recato o ha portato con sé la sua proprietà in un particolare territorio degli stati uniti [il caso appunto di Scott, "proprietà" trasportata in uno stato libero dal padrone Emerson], e che non ha compiuto alcuna offesa contro il diritto, potrebbe difficilmente essere insignito del titolo di regolare processo di diritto»⁹⁰.

Quello del Justice Taney è un limpido esempio di attivismo giudiziario, dove la manipolazione del significato della disposizione costituzionale è appunto *voluta* e *giustificata* da un fine politico – condivisibile o meno che sia il riconoscimento dell'intangibilità della proprietà in schiavi – e risulta qui doppiamente interessante. In primo luogo, la prima pronuncia che dichiara l'incostituzionalità di una legge dopo *Marbury v. Madison* lo fa, ancora una volta, in un *obiter dictum* che non doveva, a seguire la logica dello stesso Taney, aver alcuno spazio stante la asserita irricevibilità del ricorso. In seconda battuta, è in questa deprecata pronuncia che "nasce" quel *Substantive Due Process* che – insieme alla *Substantive Equal Protection* – andrà a sostenere plurime successive pronunce "attiviste" nel Novecento, moralmente e giuridicamente invece tutt'oggi difese dalla dottrina. In questo senso, avrà gioco facile l'originalismo a mettere in evidenza l'origine "oscura" dei ragionamenti che sostengono oggi plurime pronunce attiviste, adombrando l'incoerenza dei loro sostenitori, fermi nello stigmatizzare *Dred Scott* come manifesto esempio di abuso giudiziale:

«*Lochner* impiegò il *substantive due process* per abrogare una legge statale che limitava il numero di ore dei dipendenti delle pasticcerie. *Roe* fece uso del *substantive due process* per creare un diritto costituzionale all'aborto. *Lochner* e *Roe* hanno, pertanto, un comune e terribile antenato. Ma quando si che riconosce ad un giudice il potere di dare contenuto sostanziale alla *due process*

⁸⁸ R.H. BORK, *Tempting*, cit., 30.

⁸⁹ Cfr. R.C. WILLIAMS, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, in *Yale Law Journal*, 2010, 408 ss.

⁹⁰ *Dred Scott*, 60 U.S. 393, 450.

clause, *Dred Scott*, *Lochner*, e *Roe* sono egualmente validi esempi di diritto costituzionale. Ti può piacere o non piacere la politica o la morale del giudice, ma hai accettato, per quello che interessa la Costituzione, la legittimità del suo imporre quella politica e moralità su di te. Si dice che Lenin abbia scritto: “Chi dice A deve dire B”. In questo era logicamente corretto. Chi dice *Roe* deve dire *Lochner* e *Scott*. Questo è veementemente negato dagli odierni sostenitori della politica giurisprudenziale [*judicial policymaking*], ma il rigetto è superficiale e significa semplicemente che stanno apprezzando le politiche che sono posta in essere»⁹¹.

Marbury e *Dred Scott* forniscono così i due più chiari esempi dell’attivismo giudiziale nel primo secolo di vita degli Stati Uniti: l’uno, volendo, luminoso in quanto riconobbe un principio nuovo nella storia giuridica; l’altro tetro, per la riaffermazione della schiavitù di una persona legalmente libera e per aver infine contribuito ad ingenerare una guerra civile⁹². Tuttavia, se questi rimasero casi isolati – per quanto dibattuti – soltanto il Novecento darà all’attivismo giudiziale l’estensione e la pervasività che, infine, porteranno a quella reazione dottrinale che oggi va sotto il nome di originalismo.

Non a caso, nelle “biografie” dell’attivismo giudiziario si guarda, essenzialmente, al Ventesimo secolo. Proprio seguendo una di queste biografie si potrebbe parlare di un “vecchio” e “nuovo” attivismo giudiziario⁹³: se il “vecchio attivismo giudiziario” della *Lochner Era* consisterà in una reazione conservatrice (*rectius*: libertaria) avverso la legislazione sociale – specialmente quella adottata nelle more del piano *New Deal* di Theodor Roosevelt – e i limiti alla libertà contrattuale ed all’iniziativa economica, con «nuovo attivismo», invece, si può descrivere la giurisprudenza *liberal* della *Warren Court* che, a partire da metà degli anni Cinquanta, imbraccherà la lotta per i diritti civili e la centralizzazione dell’ordinamento federale. Con una differenza, non di poco conto a livello pratico: se la *Lochner Era* è stata fondamentalmente archiviata, la *Warren Era*, come si avrà modo di accennare, non pare ancora finita.

3. LA “LOCHNER ERA” E L’ATTIVISMO DEL LAISSEZ-FAIRE

I sostenitori dell’originalismo hanno sempre visto nella neutralità il valore fondamentale dell’approccio originalista, l’elemento che lo rendeva vincente sul suo principale antagonista, il costituzionalismo vivente, accusato di perpetuamente variare, nei risultati interpretativi e applicativi, in ragione delle preferenze politiche del giudice. L’originalismo, da questo punto di vista, si propone come l’unico metodo oggettivo che prescindendo tanto dalla condivisibilità o meno dei risultati quanto dal soggetto che applica il metodo poteva garantire lo Stato di diritto (*rule of law*) fondato, come detto, sull’idea che il giudice applica il diritto, non lo crea. La neutralità diviene così una delle cifre determinanti dell’originalismo:

⁹¹ R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 32

⁹² Cfr., *ex multis*, , 643.

⁹³ Cfr. A. MASON, *Judicial Activism: Old and New*, in *Virginia Law Review*, 1969, 385 ss.

«[c]he alcuni commentatori che affermano di essere originalisti soccombano ad influenze non neutrali non dimostra l'impossibilità di aderenza ad una più pura, più neutrale versione della teoria. Per di più, anche una diluita forma di originalismo è risultata essere nei fatti più neutrale che virtualmente qualsiasi altra teoria costituzionale. È questo potenziale di neutralità che spiega l'attrazione viscerale per l'originalismo»⁹⁴.

Si può spiegare alla luce di questa pretesa neutralità una certa enfasi, da parte degli stessi originalisti, nel denunciare l'attivismo giudiziario della Corte Suprema a partire dal 1897 – il «vecchio attivismo giudiziario», contrapposto a quello «nuovo» delle successive Corti Warren e Burger. Il motivo, retoricamente, è evidente: l'originalismo è accusato di essere meramente un attivismo giudiziario conservatore che, avvolto dietro un preteso manto di neutralità ed oggettività, vuole semplicemente prendere possesso della Corte Suprema. Se l'attivismo dei primi quarant'anni del Ventesimo secolo è consistito in una reazione libertario-conservatrice avverso la legislazione sociale ed in particolare il *New Deal* di Theodor Roosevelt, stigmatizzare questo tipo di giurisprudenza come attivista testimonia, nel pensiero degli originalisti – spesso personalmente riconducibili a posizioni conservatrici e per questo potenzialmente d'accordo con il contenuto *politico* delle decisioni della *Lochner Era* – l'indipendenza della metodologia originalista dall'ideologia politica dei suoi proponenti⁹⁵. Coerentemente, Bork – l'originalista *par excellence*⁹⁶ e al tempo stesso il grande lume della *Chicago School of Antitrust*, radicata nei teoremi economici neoclassici, e dunque potenzialmente simpatetico all'agire della Corte Suprema della *Lochner Era*⁹⁷ – non esita a definire *Lochner v. New York* come «il simbolo, invero la quintessenza, dell'usurpazione giuridica del potere»⁹⁸. Egualmente, il Chief Justice William Rehnquist – altra figura importante nell'affermazione dell'originalismo, come si avrà modo di dire – descrive *Lochner* come «una delle più malaugurate decisioni che la [Corte Suprema] ha mai reso»⁹⁹.

Lochner, infatti, è la pronuncia simbolo di un quarantennio (1897-1937) in cui «la Corte invalidò approssimativamente duecento normative economiche, generalmente attraverso la clausola del

⁹⁴ E. MALTZ, *op. cit.*, 794. Per la potenziale perdita di questa neutralità nel “nuovo originalismo” cfr. T. COLBY, *The Sacrifice*, cit., 744-764.

⁹⁵ Cfr. S. CHOUDHRY, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 13-14.

⁹⁶ Cfr. J. O'NEILL, *op. cit.*, 160.

⁹⁷ In riferimento alle leggi abrogate dalla Corte nella *Lochner Era*, Bork dirà: «[m] olte di queste leggi erano perniciose. La legge sulle farmacie era progettata meramente per impedire ai consumatori di godere, e ai farmacisti di soffrire, la competizione di servizi e medici a minor prezzo. La legge sul ghiaccio era un tentativo di dare agli esistenti produttori di ghiaccio il profitto di monopolio a spese dei consumatori. La legge sul salario minimo ha l'effetto di mettere i lavoratori meno qualificati fuori dal mercato del lavoro e limitare la competizione di altri attraverso organizzazioni sindacali. Forse ci sarebbe dovuta essere una disposizione costituzionale che rendeva invalide tali leggi. Ma non c'era, e la Corte non aveva alcuna competenze nell'invalidarle». R.H. BORK, *Tempting*, cit., 46-47. Il giudizio è effettivamente riconosciuto dalla dottrina: cfr. S. CHOUDHRY, *op. et loc. cit.* («un altro gruppo di quanti criticano *Lochner* rigetta la sua teoria di applicazione costituzionale ma accetta la sua teoria politica. L'esempio principe qui è Robert Bork [...]»).

⁹⁸ R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 44.

⁹⁹ W. REHNQUIST, *The Supreme Court. How It Was, How It Is*, New York, Morrow, 1987, 205.

regolare processo del quattordicesimo emendamento»¹⁰⁰. La sentenza è così divenuta “parte per il tutto” di un lungo arco temporale in cui una Corte «recalcitrante ed attivista [...] si oppose ad una legislazione progressista assolutamente popolare ed economicamente necessaria»¹⁰¹: dalle leggi sull’orario di lavoro massimo¹⁰² o sul salario minimo¹⁰³, a provvedimenti che proibivano clausole contrattuali che escludevano l’adesione sindacale (*Yellow-dogs contracts*)¹⁰⁴, fino a normative finalizzate alla regolazione dei prezzi¹⁰⁵, al contenimento dell’entrata nel mercato di determinati attori economici¹⁰⁶ o alla creazione di sistemi pensionistici pubblici¹⁰⁷. In alcune ricostruzioni l’attivismo giudiziario ispirato al *laissez-faire*, all’autoregolazione dell’economia e all’esclusione della intervento pubblico avrebbe infine contribuito ad aggravare gli effetti della Grande depressione¹⁰⁸. Per quanto l’intero periodo di crescente tensione sia oggi unanimemente ricompilato sotto l’etichetta di “*Lochner Era*” – formulazione resa celebre dalla diffusione del manuale di Laurence Tribe¹⁰⁹ – già nel 1897, ben otto anni prima di *Lochner*, in *Allgeyer v. Louisiana*¹¹⁰ il Justice Rufus Peckham aveva adottato una *opinion of the Court* nella stessa guisa che sarà di *Lochner*. Davanti ad una legge dello della Louisiana che multava qualsiasi individuo che avesse stipulato o comunque accettato un contratto di assicurazione marina con una qualsiasi compagnia che non rispettasse le regolamentazioni statali, Peckham aveva affermato che

«la libertà menzionata [nella *Due Process Clause* del quattordicesimo emendamento] non implica soltanto il diritto del cittadino alla libertà dal mero restringimento fisico della sua persona, come nel caso dell’incarcerazione, ma si ritiene che il termine abbracci il diritto del cittadino ad essere libero nel godimento di tutte le sue facoltà; [...] di utilizzarle in tutte le modalità legali; di vivere e lavorare dove preferisca; di guadagnarsi la propria sussistenza secondo qualsiasi vocazione legale; di perseguire qualsiasi vocazione o occupazione, e a tal fine [libero di] porre in essere tutti i contratti che siano propri, necessari e essenziali affinché questo porti ad una positiva conclusione le finalità sopra menzionate»¹¹¹.

¹⁰⁰ G.R. STONE, L.M. SEIDMAN, C.R. SUNSTEIN, M.V. TUSHNET, P.S. KARLAN, *Constitutional Law*, VI ed., Austin-New York, Wolters Kluwer-Aspen Publishers, 2009, 749.

¹⁰¹ T.B COLBY, P.J. SMITH, *The Return*, cit., 539.

¹⁰² *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

¹⁰³ *Morehead v. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936); *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

¹⁰⁴ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

¹⁰⁵ *William v. Standard Oil Co.* 278 U.S. 235 (1929); *Ribnik v. McBride* 277 U.S. 350, 357 (1928); *Tyson & Brother v. Baton* 273 U.S. 418 (1927).

¹⁰⁶ *New State Ice Co. v. Liebmann* 285 U.S. 262 (1932); *Louis K. Liggett Co. v. Baldridge* 278 U.S. 105 (1928).

¹⁰⁷ *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.*, 295 U.S. 330 (1935).

¹⁰⁸ T. COLBY, P. SMITH, *op. et loc. ult. cit.*, che si rifanno a F. STRONG, *The Economic Philosophy of Lochner: Emergence, Embrasure and Emasculation*, in *Arizona Law Review*, 1973, 419 ss.

¹⁰⁹ D. BERNSTEIN, *Lochner v. New York. A Centennial Retrospective*, in *Washington University Law Quarterly*, 2005, 1521.

¹¹⁰ 165 U.S. 578 (1897).

¹¹¹ *Allgeyer*, 165 U.S. 578, 589.

Ecco che, come in *Dred Scott*, la garanzia processuale a non essere privati della vita, della libertà o della proprietà secondo un regolare processo di diritto – *idest*, il *Procedural Due Process* – diveniva requisito sostanziale sul contenuto di qualsiasi atto che aspirasse ad essere configurato come diritto. *In primis*, le leggi dei singoli stati. Alla implicita domanda su fin dove si potesse spingere questa non specificata “libertà contrattuale” di cui non si poteva *comunque* essere privati – ch  verosimilmente, non si sarebbe spinta fino a comportare l’abrogazione, ad es., della normativa che criminalizzava la prostituzione, nonostante vi fosse a tutti gli effetti un potenziale legame contrattuale¹¹² – Peckham rispondeva che la teorizzazione era impossibile e che solo attraverso un approccio caso per caso si sarebbero potuti delineare i contorni della libert  contrattuale¹¹³.

La vicenda di *Lochner* non sembra, da questo punto di vista, molto differente. Una legge dello stato di New York fissava in sessanta ore settimanali e dieci ore giornaliere i limiti insuperabili dell’attivit  lavorativa richiedibile ai lavoratori nei panifici dello stato¹¹⁴, le cui condizioni lavorative – caratterizzate da lunghi orari in ambienti umidi e insalubri – erano state descritte da un famoso articolo di Edward Marshall sul *New York Press*, significativamente intitolato «Pane e sporco cucinati insieme»¹¹⁵: il pezzo diede alla questione «la pubblicit  che avrebbe reso politicamente percorribile la strada della legislazione sull’orario ridotto», e lo stesso Marshall si spese in prima persona in favore della causa¹¹⁶. Finalmente, il 2 maggio 1895, il *Bakeshop Act* veniva firmato dal governatore Levi Morton dopo essere stato approvato unanimemente nelle due camere legislative dello Stato¹¹⁷.

Si trattava di una vittoria non soltanto per i fornai impiegati nelle panetterie dello Stato di New York, ma per un intero movimento che da decenni sosteneva la necessit  di una legislazione sociale a tutela dei lavoratori che si trovavano in una posizione contrattualmente debole. La vittoria a livello politico, tuttavia, era destinata ad essere sovvertita da una Corte molto pi  simpatetica alle istanze degli oppositori alla legislazione sociale, i quali «fondavano i loro argomenti sulle teorie del darwinismo sociale e laissez-faire economico» e ritenevano «leggi del genere [...] una ingiustificata intrusione governativa nel mercato»¹¹⁸. Non si trattava di una contrariet  *in re ipsa* all’intervento pubblico, ma a quel tipo di intrusione che comportava il trasferimento di risorse da una categoria ad un’altra:

«la filosofia sottostante affermava che l’unico fine legittimo del governo in generale [...] era la protezione dei diritti individuali e lo sviluppo del benessere collettivo *totale* [...]. Ne discendeva come corollario che qualsiasi legge imposta su alcuni individui o societ  per ridistribuire risorse

¹¹² Quest’argomento sar  fatto proprio da Scalia in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 592 (2003) (Scalia, J., dissenting). Cfr. anche A. AMAR, *Against Lochner*, in *The Georgetown Journal Of Law & Public Policy*, 2008, 433.

¹¹³ 165 U.S. 578, 590 (1897).

¹¹⁴ P. KENS, voce *Lochner v. New York*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion*, cit., 588.

¹¹⁵ E. MARSHALL, *Bread and Filth Cooked Together*, in *New York Press*, 30 settembre 1894, § 4.

¹¹⁶ P. KENS, *Lochner v. New York. Rehabilitated and Revised, but Still Reviled*, in *Journal of Supreme Court History*, 1995, 37.

¹¹⁷ D. BERNSTEIN, *op. cit.*, 1482.

¹¹⁸ P. KENS, *op. et loc. ult. cit.*

e beneficiare così alcune persone a scapito di altro [...] avrebbe esorbitato i limiti impliciti dell'autorità legislativa»¹¹⁹.

Joseph Lochner era un proprietario di uno di questi panifici, uno dei tanti “*boss bakers*” che aveva subito un danno economico dalla limitazione dell'orario di lavoro dei propri dipendenti. Multato per aver permesso ad un suo inserviente di lavorare più di sessanta ore in una settimana, aveva ricorso contro la sanzione, perdendo tanto in primo grado quanto in sede di appello. Lochner aveva infine deciso di appellarsi alla Corte Suprema affinché dichiarasse l'incompatibilità del *Bakeshop Act* con la *Due Process Clause* del Quattordicesimo emendamento, in ragione dell'ingiusta limitazione di libertà – qui declinata come “libertà contrattuale” – che la legge gli avrebbe imposto, sulla scia di quanto già affermato dalla Corte in *Allgeyer*. Anche qui, l'*opinion of the Court* sarà redatta dal Justice Peckham con esiti sostanzialmente identici: dal momento che la legge in questione interferiva con la libertà contrattuale – diritto non enumerato in Costituzione (*unenumerated right*) ma per la Corte riconducibile al più generale diritto di libertà del Quattordicesimo emendamento – e mancavano apparentemente «circostanze che [escludessero] tale diritto», il provvedimento era da ritenersi illegittimo¹²⁰.

Tanto dal punto di vista “retorico” quanto sostanziale, l'*opinion* di Peckham non è più ricamata o retoricamente efficace di quella dallo stesso adottata in *Allgeyer* – una sorta di attivismo giudiziario senza gli acuti emotivi di *Marbury* o *Dred Scott*. Non a caso l'immediata accoglienza della decisione sarà dimessa, quasi tiepida:

«[d]i per sé il caso non sembra particolarmente drammatico, controverso, o importante. L'Attorney General era titubante nella sua difesa della legge dello Stato sull'orario massimo per i lavoratori dei panifici. Quando fu adottata, la decisione non sembrò suscitare molta agitazione nel sistema politico. Diversamente dalle precedenti decisioni della Corte relativamente alla tassa sul reddito e le ingiunzioni lavorative, non vi sono evidenze che il caso abbia avuto conseguenze importanti per la politica americana [...]. Nel breve termine, parte dei riformisti negli stati furono indubbiamente scoraggiati dal richiedere protezioni più forti contro il numero eccessivo di ore di lavoro, ma nessuno si arrese. [...] I giudici della Corte Suprema furono lenti nel riconoscere il caso come particolarmente degno di nota. [...] Diversamente da *Adkins v. Children's Hospital* la sentenza *Lochner* non fu nemmeno percepita come così importante da essere formalmente rivista. Solo a partire dagli anni Quaranta i giudici iniziarono a citare il caso con regolarità»¹²¹.

Dove nasce allora la specialità di *Lochner*? La ragione dell'elevazione della sentenza a simbolo di un quarantennio giurisprudenziale e, contemporaneamente, dell'attivismo giudiziale *tout court* – al punto che «parliamo di “lochnerizzare” quando vogliamo dire che i giudici sostituiscono le loro

¹¹⁹ L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, vol. I, New York, Foundation Press, 2000, 1348.

¹²⁰ *Lochner*, 198 U.S. 45, 53 (Peckham, J.).

¹²¹ H. GILLMAN, *De-lochnerizing Lochner*, in *Boston University Law Review*, 2005, 859.

preferenze politiche a quelle del legislatore»¹²² – è riconducibile alla nota *dissenting opinion* del Justice Holmes e alla sua successiva celebrazione nella giurisprudenza e dottrina sul finire degli anni Quaranta¹²³. In opposizione al Justice Peckham e agli altri giudici di maggioranza, Holmes famosamente affermerà che

«[q]uesto caso è deciso in base ad una teoria economica su cui una larga parte del paese non ha alcuna opinione. Se mi chiedessero se sono d'accordo con quella teoria, desidererei studiarla di più e più a lungo prima di farmi un'idea. Ma io non credo che questo sia mio diritto, poiché il mio accordo o disaccordo non ha niente a che vedere con il diritto di una maggioranza a vedere tradotte le proprie idee in diritto. È riconosciuto in varie decisioni di questa corte che le costituzioni statali e le leggi degli stati possono regolare la vita in molti modi che noi, se fossimo legislatori, troveremmo poco saggi o, se volete, tirannici, come in questo, e che come in questo interferiscono con la libertà contrattuale. Le leggi sulla domenica e sull'usura sono antichi esempi. [...] La libertà di un cittadino di fare come preferisce fintanto che non interferisce con la libertà degli altri di fare lo stesso, che è il *refrain* di molti noti autori, è turbata dalle leggi sulla scuola, dagli uffici postali, da ogni stato o istituzione municipale che prende denaro per scopi ritenuti desiderabili, piaccia o non piaccia. Il Quattordicesimo emendamento non traduce in legge la Statica sociale di Mr. Herbert Spencer. L'altro giorno abbiamo considerato legittima la legge del Massachusetts sulle vaccinazioni. [...] Due anni fa, abbiamo mantenuto la proibizione della vendita di azioni sui margini o a futura consegna nella costituzione della California. [...] La decisione che accoglie la legge sulle otto ore di lavoro per i minatori è ancora recente. [...] Alcune di queste leggi incarnano convinzioni o pregiudizi che i giudici possono facilmente condividere. Altre no. Ma non si suppone che una costituzione incarni una particolare teoria economica, che sia quella paternalista e della relazione organica del cittadino nello stato o del *laissez faire*. È fatta per persone di idee fundamentalmente diverse, e il fatto che troviamo alcune opinioni naturali e familiari o nuove ed anche scioccanti non dovrebbe influire sul nostro giudizio in merito alla compatibilità con la Costituzione delle leggi che le incarnano»¹²⁴.

Nonostante un prosieguo ben più incerto – che secondo Bork «rovinò tutto»¹²⁵ – la *dissenting opinion* di Holmes farà la storia, divenendo il manifesto della deferenza giudiziale, ancorata ai valori del noncognitivismo e dello scetticismo tipici del grande padre del realismo giuridico americano. In questo, la sua prospettiva sarà ben diversa dal concorrente *dissenting* del Justice Harlan che,

¹²² W. WIECEK, *Liberty Under Law. The Supreme Court In American Life*, Baltimore, John Hopkins, 1988, 124-125.

¹²³ «*Lochner* acquisì il suo stato simbolico solo sul finire degli anni Quaranta, quando il Justice Frankfurter iniziò a citare il caso, generalmente riportando l'attenzione sulla "famosa protesta" di Holmes contro l'erronea visione della Corte. [...] In altre parole, il viaggio di *Lochner* verso l'anticanone [...] ebbe inizio con la concentrazione sull'opinione dissenziente di Holmes come una canonica e lungimirante descrizione di quella che diventerà la prevalente visione dell'opportuno ruolo del giudice». T.B. COLBY, P.J. SMITH, *op. ult. cit.*, 535-536.

¹²⁴ *Lochner*, 198 U.S. 45, 75-76 (Holmes, J., dissenting).

¹²⁵ R.H. BORK, *Tempting*, cit., 45.

rifacendosi alla presunzione di costituzionalità della legge teorizzata da Thayer¹²⁶, considerava il semplice dubbio sulla potenziale legittimità del *Bakeshop Act* come un indicatore della sua validità. Tanto la difesa della deferenza giudiziale e il rispetto per il processo democratico, che può portare a risultati ripugnanti per l'interprete chiamato ad applicarli da parte di Holmes – viene in mente qui il detto scaliniano per cui «il giudice che apprezza sempre i propri giudizi è un pessimo giudice»¹²⁷ – renderanno celebre il dissenso di Holmes, quanto l'*opinion of the Court*, per contrasto, diventerà «una delle più disprezzate decisioni della Corte Suprema dell'ultimo secolo, [...] l'immagine simbolo [*poster boy*] dell'attivismo giudiziario senza principi»¹²⁸ e «delle lotte costituzionali in merito al New Deal negli anni Trenta»¹²⁹.

Secondo forse solo alla fama di *Dred Scott*, *Lochner* è rimasto come «uno dei più vituperati casi [giudiziari] nella storia degli Stati Uniti»¹³⁰, la «bestia nera della moderna letteratura costituzionale»¹³¹, il suo «capro espiatorio»¹³². E più di *Dred Scott*, sarà *Lochner* a divenire il simbolo dell'«inadempienza e [del]l'abuso giudiziale»¹³³, «un perfetto caso di attivismo giudiziale»¹³⁴, «un'abbreviazione [...] per uno dei peggiori peccati dell'attivismo giudiziale soggettivo»¹³⁵, «un'intrusione illegittima delle corti in un reame propriamente riservato alle branche politiche dell'ordinamento»¹³⁶ «al servizio della libera iniziativa economica»¹³⁷. Per quanto un manipolo di voci alternative abbia recentemente tentato sollevare il macigno di condanna storica che grava sulla pronuncia¹³⁸, questo non impedisce a *Lochner* di rimanere una delle famigerate sentenze che definiscono l'«anticanone», *idest* l'insieme di «casi che ogni teoria degna di considerazione deve

¹²⁶ Cfr. J.B. THAYER, *The Origins and Scope of the American Constitutional Doctrine*, Boston, Little Brown and Company, 1893, 16-17.

¹²⁷ Cfr. S. PRAKASH, *A Fool for the Original Constitution*, in *Harvard Law Review Forum*, 2016, 29.

¹²⁸ J.R. ROGERS, G. VANBERG, *Resurrecting Lochner. A Defense of Unprincipled Judicial Activism*, in *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 2007, 442.

¹²⁹ J. BALKIN, *Wrong the Day it Was Decided. Lochner and Constitutional Historicism*, in *Boston University Law Review*, 2005, 684.

¹³⁰ B. SIEGAN, *Economic Liberties and the Constitution*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1980, 23.

¹³¹ T. MORRISON, *Lamenting Lochner 's Loss. Randy Barnett's Case for a Libertarian Constitution*, in *Cornell Law Review*, 2005, 840.

¹³² R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading Of The American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 82.

¹³³ B. SIEGAN, *op. et loc. cit.*

¹³⁴ D. MAYER, *The Myth of Laissez-faire Constitutionalism. Liberty of Contract During the Lochner Era*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2019, 218.

¹³⁵ A. SOIFER, *The Paradox of Paternalism and Laissez-Faire Constitutionalism. United States Supreme Court 1888-1921*, in *Law & History Review*, 1987, 250.

¹³⁶ C. SUNSTEIN, *Lochner's Legacy*, in *Columbia Law Review*, 1987, 874.

¹³⁷ R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 44.

¹³⁸ Cfr. J.R. ROGERS, G. VANBERG, *op. ult. cit.*, B. SIEGAN, *op. ult. cit.*, 113-125, e R. EPSTEIN, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge (MA) Harvard University Press, 1985, 128-129.

dimostrare essere stati impropriamente decisi»¹³⁹ e che tutti «i legittimi pronunciamenti costituzionali devono essere pronti a rigettare»¹⁴⁰: insomma, «gli esempi paradigmatici di cosa *non* è il diritto»¹⁴¹. Ma vi è un'ulteriore e più profonda ragione per cui l'attivismo di *Lochner* «continua a gettare una lunga ombra sul pensiero costituzionale nonostante il trionfo politico del New deal e il rigetto della libertà contrattuale negli ultimi anni Trenta»¹⁴². Infatti, al tempo della *Lochner Era* furono i sostenitori del progresso sociale a stigmatizzare l'interventismo della Corte e l'abuso del potere giudiziario, sposando la posizioni di Holmes sulla deferenza giudiziale e il rispetto per il principio democratico-maggioritario. Non si criticava tanto il contenuto della sentenza quanto la possibilità stessa che la Corte potesse decidere di una questione politica che non era apparentemente contemplata dalla Costituzione. Esattamente come in *Dred Scott*, ci si considerava davanti ad un'ipotesi di attivismo giudiziario “conservatore”, “reazionario”, e si decise di stigmatizzarlo essenzialmente per quello che era: un abuso giudiziale, *in primis* e al di là del contenuto politico:

«[L]a narrazione convenzionale [sulla sentenza] è costruita su un'implicazione della critica del Justice Holmes a *Lochner*: giudici devoti ad un'economia del laissez-faire e alla protezione degli interessi dei ricchi sostituirono in modo aggressivo e illegale le loro personali preferenze politiche a quelle di un legislatore più progressista che cercava di proteggere i lavoratori da datori di lavoro abusanti e da condizioni di lavoro insalubri»¹⁴³.

Nelle sempre cristalline osservazioni di Horwitz, lui stesso un *liberal*, per il quale, tra l'altro, «*Lochner* ha posto in essere il pensiero giuridico progressista»¹⁴⁴, sinonimo di «filosofia del diritto *liberal*» (*liberal jurisprudence*)¹⁴⁵,

«dopo l'opinione dissenziente del Justice Holmes, divenne un punto di partenza comune tra i progressisti denunciare la Corte Suprema degli Stati Uniti per l'immissione delle proprie reazioni e preferenze politiche e sociali nel diritto. Il diritto costituzionale, accusavano, era stato politicizzato. L'unica istituzione autorizzata a fare scelte politiche nel nostro sistema costituzionale, ritenevano, era il legislativo. Da questa critica progressista dei cosiddetti «nove vecchi uomini» discese il grido di battaglia della filosofia giuridica *liberal*: “deferenza giudiziale” [*judicial restraint*]. Per quasi mezzo secolo fino alla decisione in *Brown* [in cui l'attivismo giudiziario svoltò a favore dei *liberals*], l'idea che le corti dovessero obbedire alle politiche del legislatore divenne il principale articolo di fede della filosofia giuridica *liberal*. Tutto cambiò con *Brown*, poiché questa spinse il pensiero *liberal* ad iniziare il graduale abbandono del dogma della

¹³⁹ J. BALKIN, S. LEVINSON, *The Canons of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1998, 1018.

¹⁴⁰ J. GREENE, *The Anticanon*, in *Harvard Law Review*, 2011, 380.

¹⁴¹ R. PRIMUS, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, in *Duke Law Journal*, 1998, 245.

¹⁴² J. ELY, JR., *Economic Due Process Revisited*, in *Vanderbilt Law Review*, 1991, 218.

¹⁴³ T.B. COLBY, P.J. SMITH, *The Return*, cit., 537.

¹⁴⁴ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law. 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, 33.

¹⁴⁵ IDEM, *The Jurisprudence of Brown and the Dilemmas of Liberalism*, in *Harvard Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, 1979, 599.

deferenza giudiziale. Negli ultimi venticinque anni [la filosofia giuridica *liberal*] ha faticato a dare un senso giuridico a quell'abbandono»¹⁴⁶.

Accusando la sentenza di attivismo giudiziario – appunto, l'averе sostituito alla volontà del legislatore lecitamente espressa le personali preferenze politiche dei giudici – la frangia progressista della cultura giuridica americana si sarebbe dunque creata un imbarazzante precedente. Quando negli anni Cinquanta Earl Warren sarebbe asceso alla Presidenza della Corte Suprema e avrebbe iniziato ad utilizzare lo stesso *modus operandi* di Peckham e, dopo, dei «quattro cavalieri»¹⁴⁷ della «vecchia Corte»¹⁴⁸ che oppose il *New Deal* – agendo, tuttavia, nel caso della *Warren Court* per finalità simpatetiche all'ideologia *liberal* – i liberal-progressisti che avevano stigmatizzato il comportamento attivista della Corte nella *Lochner Era* si troveranno nel difficile imbarazzo di fornire una ragione per cui il “vecchio attivismo giudiziario” di stampo conservatore era male, mentre il “nuovo”, illuminato dal pensiero *liberal* e dai movimenti per i diritti civili, risultava invece accettabile. È significativo che lo studioso che dedicherà il proprio capolavoro a Earl Warren¹⁴⁹ espliciti la scomoda equivalenza tra *Lochner* ed il futuro simbolo dell'attivismo giudiziario *liberal* e progressista, quella *Roe v. Wade* che riconoscerà il diritto ad abortire liberamente almeno nel primo trimestre di gravidanza:

«[c]’era un tempo in cui la *Due Process Clause* era utilizzata da questa Corte per abolire leggi che erano ritenute irragionevoli, cioè, poco sagge o incompatibili con qualche particolare filosofia economica o sociale. In questo modo la *Due Process Clause* fu utilizzata, ad esempio, per nullificare leggi che prescrivevano orari massimi di lavoro nelle panetterie, [come in] *Lochner v. New York* [...]». Potrebbe essere, in ogni caso – almeno, non è il genere di affermazione che uno può smentire – che il “diritto all'aborto” o i diritti non economici in genere siano maggiormente in sintonia con «l'idealizzazione dell'America di questa generazione», piuttosto che i “diritti” affermati in *Lochner* o *Dandridge*. Ma questo modo di vedere le cose, di certo, è esattamente il punto fondamentale della filosofia di *Lochner*, che garantisce una inusuale protezione a quei “diritti” che sembrano in qualche modo più urgenti, a prescindere dal fatto che la Costituzione suggerisca una qualche speciale attenzione per loro. La Costituzione ha poco da dire riguardo ai contratti, meno riguardo all'aborto, e quelli che vogliano speculare su quale dei due i costituenti avrebbero più probabilmente tutelato potrebbero rimanere insoddisfatti dalla risposta. La Corte

¹⁴⁶ *Ivi*, 600.

¹⁴⁷ Così erano chiamati in allusione ai cavalieri dell'apocalisse i giudici Pierce Butler, James Clark McReynolds, George Sutherland, e Willis Van Devanter: cfr. W.M. WIECEK, voce *New Deal*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion*, cit., 678, e W.E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court Reborn. The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York, Oxford University Press, 1996, 3 ss. All'opposto, i giudici Brandeis, Cardozo e Stone erano simpateticamente etichettati come i «tre moschettieri»: cfr. D.E. HO, K.M. QUINN, *Did a Switch in Time Save Nine?*, in *Journal of Legal Analysis*, 2010, 70. In questo, il Chief Justice Hughes e il giudice Roberts mantenevano un equilibrio, con Hughes che era tuttavia più vicino alle istanze progressiste e Roberts a quelle dei «quattro cavalieri»: cfr. E. LAZARUS, *Closed Chambers. The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, New York, Penguin Books, 1999, 283.

¹⁴⁸ W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court. Past and Present*, in *American Bar Association Journal*, 1973, 362.

¹⁴⁹ *Democracy and Distrust* contiene infatti la sorprendente epigrafe: «Per Earl Warren. / Non hai bisogno di molti eroi / se scegli con cautela». J.H. ELY, *Democracy*, cit., v.

continua a rinnegare la filosofia di *Lochner*. Eppure, come la *concurrency* del Justice Stewart ammette, è onestamente impossibile considerare *Roe* come il prodotto di qualsiasi cosa di diverso»¹⁵⁰.

La *Lochner Era* si chiuderà in *West Coast v. Parrish* del 1937¹⁵¹, pronuncia in cui la Corte Suprema riconobbe la legittimità costituzionale di una legge dello Stato di Washington che fissava il salario minimo femminile, superando la sua precedente dottrina in *Adkins* del 1908. La sentenza passerà alla storia come «il cambio in tempo che salvò i nove» (*the switch in time that saved the nine*)¹⁵², dal momento che, modificando la propria giurisprudenza – il cambiamento (*switch*) appunto – la Corte “disinnescò” il piano del presidente Roosevelt, che ormai estenuato dalla resistenza della Corte tentava di riformarne la composizione – il celebre «piano di impacchettamento della Corte» (*court-packing plan*) – per potervi immettere giudici più sensibili alle sue istanze. Significativamente, il Justice Owen Roberts, che aveva votato per l’incostituzionalità dello stesso tipo di provvedimento in *Adkins* quattordici anni prima, ribalterà la propria visione, difendendo la legge sul salario minimo femminile.

È stato rilevato, tuttavia, come il primo voto su *West Coast* avvenne nel dicembre del 1936, mentre Roosevelt sottoporrà al Congresso il suo piano di riforma della Corte soltanto nel febbraio del 1937. Se certo le diffuse critiche alla Corte saranno uno dei motivi del cambiamento, il *revirement* giurisprudenziale non era stato una conseguenza diretta dalla proposta legislativa di riforma, che peraltro appariva politicamente senza speranze. Ma, come suggerisce ironicamente Bork, in soccorso di Roosevelt e del suo New Deal, falciato da numerose pronunce della Corte¹⁵³, giungerà un alleato ben più efficace: la mortalità. «I giudici che cercavo di far valere i limiti costituzionali sul potere federale erano decisamente anziani»¹⁵⁴ e «nel giro di quattro anni dimissioni, ritiri e morti consentirono a Roosevelt di rifare la Corte come desiderava»¹⁵⁵.

Quello che è importante sottolineare, in ogni caso, è il *modo* in cui l’attivismo di *Lochner* verrà superato dalla *New Deal Court*, a partire da *West Coast*. Nelle more del dibattito sulla Corte Suprema, infatti, era andata sviluppandosi la teoria della Costituzione vivente, in base alla quale il *significato*

¹⁵⁰ IDEM, *The Wages of Crying Wolf. A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 1973, 937, 939. La prima citazione interna è da *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, 729 (1963), la seconda da K.L. KARST, H.W. HOROWITZ, *Reitman v. Mulkey. A Telophase of Substantive Equal Protection*, in *The Supreme Court Review*, 1967, 58.

¹⁵¹ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

¹⁵² I nove sono, ovviamente, i giudici della Corte Suprema. La frase è costruita su una variante de “la toppa in tempo che ne salva nove” (*the stitch in time that save the nine*) che significa «c meglio». Cfr., sulla genesi della formula, J.Q. BARRETT, *Attribution Time. Cal Tinney's 1937 Quip, “A Switch in Time'll Save Nine”*, in *Oklahoma Law Review*, 2021, 229 ss., consultabile già in <https://ssrn.com/abstract=3586608>.

¹⁵³ Tra cui, in particolare, si ricorda l’annullamento del *National Industrial Recovery Act* del 1933 in *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), dell’*Agricultural Adjustment Act* del 1933 in *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936) e del *National Bituminous Coal Act* del 1935 in *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

¹⁵⁴ R.H. BORK, *Tempting*, cit., 56.

¹⁵⁵ *Ivi*, 56-57

della Costituzione non era da considerarsi fisso, immutabile o, per usare un termine che andremo a specificare più avanti, «newtoniano». Al contrario, tale significato poteva e doveva cambiare con il mutare delle circostanze e delle aspettative della popolazione americana e pertanto, pur restando ferma l'obbligazione dei giudici all'osservanza del diritto, la costituzione che doveva essere applicata era quella vivente nelle sensibilità e bisogni dell'America del tempo.

Tuttavia, *West Coast* non rappresenterà l'abbraccio del costituzionalismo vivente da parte della Corte: anzi,

«sorprendentemente, questa elaborazione progressista di una teoria di una costituzione mutevole [*changing constitution*] in reazione alla visione statica del significato della Costituzione della *Lochner Court* si interruppe dopo il 1937. Non troviamo più l'affermazione progressista per cui il significato costituzionale muta nel tempo fino a quando la *Warren Court* ritornò all'idea di una costituzione mutevole»¹⁵⁶.

La Corte, al contrario, riaffermerà il dato tradizionale dell'originalismo (inteorizzato) per cui il cambiamento giurisprudenza non avveniva alla luce di un supposto mutamento del significato della Costituzione, bensì in ragione della riaffermazione del suo *significato originale*, che la *Lochner Court* aveva abbandonato al fine di perseguire i suoi ideali politico-economici:

«[l]a vittoriosa maggioranza pro-New Deal cercò di dipingere il suo trionfo non come una rivoluzione costituzionale, ma come una restaurazione costituzionale. La nuova maggioranza [nella Corte] giustificherà il superamento dei precedenti della *Lochner Court* non perché una costituzione vivente inevitabilmente richiedeva una periodica reinterpretazione e adattamento ad un mondo in cambiamento, ma piuttosto sul presupposto che proprio la maggioranza *Lochner* aveva essa stessa abbandonato le verità senza tempo della legittimità costituzionale»¹⁵⁷.

È, questo, davvero un punto chiave che, se non decresce l'importanza dell'attivismo della *Lochner Court*, estende la dominanza dell'originalismo come metodo interpretativo standard almeno fino agli Cinquanta.

Quel teorema, inerente la «costituzione vivente», sviluppato per superare il conservatorismo della *Lochner Court*, tornerà infine utile quando si tratterà di “razionalizzare” la giurisprudenza di una *Warren Court*, che, diversamente dalle precedenti corti attiviste, abbandonerà anche la parvenza di un ancoraggio storico, per quanto manipolato, delle proprie sentenze. Non a caso, è in ragione di quest'ultima giurisprudenza, non di quella della *Lochner Court*, che si osserverà, negli anni Settanta, quella sollevazione dottrinale che prenderà infine il nome di ‘originalismo’.

¹⁵⁶ M.J. HORWITZ, *Foreword. The Constitution of Change*, cit., 1993, 56

¹⁵⁷ *Ivi*, 56-57.

4. DALLA WARREN COURT A ROE V. WADE: L'ATTIVISMO E I DIRITTI CIVILI

Ab urbe condita, come visto, l'attivismo giudiziario è in qualche modo presente, seppur in filigrana, nella storia costituzionale americana ottocentesca: questo ci ha mostrato una rivisitazione di *Marbury* e *Dred Scott*. Solo con la *Lochner Era*, tuttavia, il problema dell'“usurpazione giudiziale della democrazia” si era finalmente manifestato in tutta la sua gravità, e nella riflessione dottrinale e nella sensibilità pubblica. Da una parte, *Lochner* sarebbe divenuto il «il simbolo dei giudici che usurpano l'autorità legislativa basando le proprie decisioni su preferenze politiche anziché sul diritto»¹⁵⁸; dall'altra il *Substantive Due process* – quella «contraddizione in termini, del tipo «un rosso verde pastello» (*green pastel redness*)¹⁵⁹ – avrebbe infine esplicitato quelle possibilità manipolative che erano state percorse, per la prima volta, in *Dred Scott*.

Se, come detto, l'attivismo della *Lochner Court* sarebbe “rientrato” attraverso la riaffermazione del significato originale della *Due Process Clause* – che in quanto garanzia procedurale non aveva nulla da dire in merito al contenuto sostanziale delle leggi ma richiedeva semplicemente che la privazione della vita, libertà o della proprietà avvenisse *secundum legem* e non, dunque, *ad nutum* – il vero punto di non ritorno nell'ascesa dell'attivismo giudiziario sarà la giurisprudenza della Corte Suprema guidata da Earl Warren. Come ricorda anche chi cerca di mettere in luce gli elementi più sinceramente giuridici di questa giurisprudenza, contrastandone la mera natura politica, «[l]e molte decisioni “attiviste” della *Warren Court*, tesi ad espandere i diritti individuali e la giurisdizione delle Corti federali, sono l'esempio paradigmatico delle corti interessate a proteggere i diritti delle minoranza. Invero, nell'accademia e in politica, la *Warren Court* è ancora sinonimo di attivismo giudiziario»¹⁶⁰. Semplificando enormemente, si potrebbe dire che vi sono quattro fondamentali “eredità” che la *Warren Court* ha lasciato nella storia, non solo giuridica, degli Stati Uniti: *in primis* e su di un scalino totalmente suo – «il momento che definisce il moderno diritto costituzionale americano»¹⁶¹ – la Corte guidata da Earl Warren renderà possibile il superamento della segregazione razziale nelle scuole con la celebre pronuncia *Brown v. Board of Education*. Inoltre, alla *Warren Court* si riconoscono almeno altre tre nevralgiche influenze: l'affermazione del principio «una persona, un voto» relativamente ai sistemi elettorali degli stati in *Reynolds*, l'approfondimento dei diritti degli indagati in *Gideon* e *Miranda* e, infine, la creazione in *Griswold* di quel *right of privacy* che renderà possibile, otto anni più tardi, *Roe v. Wade*, il manifesto dell'attivismo giudiziario di stampo *liberal* “moderno”, che la successiva *Burger Court* adotterà nel 1973 ma il cui spirito è essenzialmente radicato nel *modus*

¹⁵⁸ H. GILLMAN, *op. cit.*, 861.

¹⁵⁹ J.H. ELY, *Democracy*, cit., 18

¹⁶⁰ R.E. ZIETLOW, *The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)*, in *Ohio State Law Journal*, 2008, 257.

¹⁶¹ R.H. BORK, *Tempting*, cit., 74.

agendi della Corte di Earl Warren. Tutte queste eredità, per i motivi che qui ci interessano, presentano profili di attivismo giudiziario.

In principio fu *Brown*. Con una frase divenuta storica, Alexander Bickel ricorderà una quindicina di anni dopo la decisione: «*Brown v. Board of Education* fu l'inizio»¹⁶². Di cosa esattamente? Riprendendo l'affermazione di Bickel, così risponde Philip Kurland nel 1979, uno dei diversi eminenti giuristi che sollevarono numerosi dubbi sul nuovo *modus agendi* della Corte Suprema, preparando il terreno per l'avvento dell'originalismo¹⁶³: «*Brown* fu l'inizio di una espansiva sindrome neo-giusnaturalista che permette ai giudici di agire non come meri interpreti della Costituzione, ma come suoi creatori»¹⁶⁴, e l'istigazione «di una rivoluzione sociale [...] ancora in atto»¹⁶⁵, e che noi, quarantuno anni dopo, non possiamo certo dire conclusa¹⁶⁶. Come si è visto nelle pagine precedenti, non si trattava della prima volta in cui la Corte sembrava seguire i propri convincimenti morali piuttosto i dettami del diritto – *Dred Scott* e *Lochner* sono lì a ricordarlo – *Brown* «fu l'inizio», tuttavia, «perché fece tabula rasa» (*it wiped clean the slate*)¹⁶⁷ delle tradizionali categorie su cui si era fondata l'applicazione costituzionale – *idest*, nella riconducibilità a Costituzione delle scelte della Corte, che nel caso di *Brown* è semplicemente *pretesa*, non *motivata* – ancorando la propria decisione ad un «suo personale *ipse dixit*»¹⁶⁸.

Tutto ebbe inizio con la morte improvvisa del Chief Justice Fred Vinson nell'estate del 1953. Il presidente Eisenhower deciderà allora di nominare Earl Warren a capo della Corte Suprema, rispettando la promessa fatta a quest'ultimo in cambio dell'aiuto nella precedente campagna elettorale. Ex-pubblico ministero, Earl Warren era salito a notorietà pubblica grazie ai tre mandati come governatore della California e, soprattutto, correndo come candidato vicepresidente del repubblicano Thomas Dewey nelle elezioni del 1948, vinte tuttavia da Truman in una dei più memorabili rovesciamenti elettorali della storia statunitense¹⁶⁹. Successivamente, Warren aveva aiutato Eisenhower ad ottenere la candidatura all'interno del partito repubblicano.

Già prima dell'ascesa di Warren, la Corte guidata da Vinson si era impegnata in importanti pronunce che, in qualche modo, avevano preparato il terreno per *Brown*. In *McLaurin* la Corte aveva infatti

¹⁶² A.M. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York, Harper & Row, 1970, 7.

¹⁶³ Insieme a Paul Freund, Herbert Wechsler e Alexander Bickel. Cfr. I. SILVER, *The Warren Court Critics. Where Are They Now That We Need Them*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1976, 374

¹⁶⁴ P.B. KURLAND, *Brown v. Board of Education was the Beginning. The School Desegregation Cases in the United States Supreme Court: 1954-1979*, in *Washington University Law Quarterly*, 1979, 316.

¹⁶⁵ *Ivi*, 404.

¹⁶⁶ Come affermano con argomenti difficilmente controvertibili G.R. STONE, D.A. STRAUSS, *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*, New York, Oxford University Press, 2020, 18-40.

¹⁶⁷ P.B. KURLAND, *op. ult. cit.*, 316.

¹⁶⁸ *Ivi*, 317.

¹⁶⁹ Storica l'immagine di Truman che mostra trionfalmente la già stampata edizione del Chicago Tribune con su scritto «Dewey sconfigge Truman». Cfr. H.L. COLSTON, «Dewey defeats Truman». *Interpreting Ironic Restatement*, in *Journal of Language and Social Psychology*, 2000, 46 ss.

ritenuto invalide le tristemente note le leggi che permettevano la segregazione razziale nelle *graduate schools* e in *Sweatt* aveva fatto lo stesso con riferimento alle facoltà di giurisprudenza. Ciononostante, Vinson non era mai arrivato a dichiarare l'invalidità della dottrina del «separati ma eguali» affermata dalla Corte in *Plessy v. Ferguson* del 1896 – in base a cui l'eguale protezione della legge contenuta nel quattordicesimo emendamento era rispettata fintantoché studenti bianchi e neri avessero ricevuto lo stesso grado di trattamento scolastico – ma si era limitato a deprecarla nelle due citate sentenze.

Due anni dopo tali pronunce, nel 1952, era già iniziata avanti alla Corte Suprema la discussione di una importante azione legale portata avanti dall'Associazione nazionale per l'avanzamento delle persone di colore (NAACP) e finalizzata ad abolire la segregazione nelle scuole pubbliche tra studenti bianchi e neri: l'azione in questione era una delle tante all'interno di una generale campagna iniziata già a metà degli anni Trenta, tesa a migliorare le condizioni dell'educazione dei bambini di colore. Il problema che rallentava la soluzione della controversia, tuttavia, era il rimedio legale (*relief*): qualora si fosse ritenuta incostituzionale la dottrina del *separate but equal* per incompatibilità con l'eguale protezione della legge, come sostenevano appunto i legali della NAACP, sarebbe stato necessario rivedere giuridicamente l'intero sistema di istruzione pubblica nei diversi Stati.

Morto improvvisamente Vinson nell'estate del 1953, il neo-Chief Justice Warren riuscirà invece, attraverso un'abile opera di convincimento politico, a sbloccare la situazione di stallo, persuadendo i suoi colleghi a decidere separatamente la questione di merito – sulla compatibilità della dottrina del *separate but equal* con la segregazione scolastica – e quella inerente la prescrizione sul come fattivamente realizzare l'eguaglianza – *idest*, il rimedio da concedersi nel caso concreto. Ecco dunque il motivo dello sdoppiamento di *Brown* in *Brown I*¹⁷⁰, che nel 1954 sancirà l'incostituzionalità della dottrina *Plessy* con riferimento alle istituzioni scolastiche pubbliche, e *Brown II*¹⁷¹, che nel 1954 rimetterà agli stati e ai ricorrenti il compito di revisionare l'intero sistema educativo.

Oltre al superamento dell'*impasse*, il secondo successo di Warren sarà l'unanimità con cui entrambe le decisioni verranno prese, che nella narrazione comune della dottrina, difficilmente contestabile peraltro, avrà un peso decisivo nell'accettazione delle sentenze da parte del sistema giuridico e, in ultima analisi, del paese stesso. Questi successi testimoniavano il genio politico di Warren, il più evidente simbolo di una corte manifestamente politica e eroicamente vicina agli interessi degli «emarginati» (*outsiders*), in quanto composta a sua volta da *outsiders* come erano, per diversi motivi, Warren, Douglas e Black. Come ricorda in un uno splendido passaggio Morton Horwitz:

«[m]a Warren pure era un emarginato rispetto alla sofisticata cultura giuridica. Quando era a giurisprudenza [Horwitz si è laureato ad Harvard nel 1967] era normale prendere in giro Warren

¹⁷⁰ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁷¹ 349 U.S. 294 (1955).

perché chiedeva spesso dallo scranno se una particolare posizione giuridiche era “giusta”. Un sofisticato giurista non avrebbe mai parlato in quel modo. Questo è il senso in cui dico che Warren e Black erano degli emarginati nella sofistica cultura giuridica. I canali di promozione e reclutamento alle corti supreme della maggior parte delle democrazie sono molto più professionalizzati, molto più condizionati dalla propria presenza in tribunale. Uno che è nominato alle più alti corti d’Inghilterra, della Francia o praticamente qualsiasi altra nazione democratica ha generalmente trascorso una vita distinta in tribunale, spesso come giudice di una corte inferiore. Solo in America i politici divengono giudici della Corte Suprema, e Black e Warren erano politici. Solo in America i nominati alla Corte Suprema sono stati in grado di rimanere indipendenti dal più recente orientamento della giurisdizione federale. E solo in America vi sono giudici della Corte Suprema che non sono necessariamente educati a non chiedere la domanda “è giusto”. Black e Warren portarono qualcosa di speciale e di unico alla Corte Suprema»¹⁷².

Questa assenza di “sofisticazione giuridica” nelle pronunce della *Warren Court* rende peraltro il racconto *giuridico* di *Brown* piuttosto semplice. In *Brown I*, il Chief Justice Warren considererà insufficiente l’evidenza storica sulla compatibilità o meno della dottrina del «*separate but equal*» con la clausola per l’eguale protezione della legge del Quattordicesimo emendamento, come invece affermato dalla Corte in *Plessy*¹⁷³. Al contempo, affermerà l’impossibilità di un test di valutazione dell’eguale educazione dei discendenti bianchi e neri che fosse basato semplicemente sulla comparazione di «edifici, curricula, qualifiche e salari degli insegnanti e altri fattori “tangibili” », dal momento che questi erano stati effettivamente resi eguali nelle strutture degli studenti bianchi e neri considerate nel caso di specie. Dopo aver retoricamente ricordato che non si poteva «riavvolgere le lancette dell’orologio al 1868, quando l’emendamento fu adottato, o al 1896, quando *Plessy v. Ferguson* fu redatta »¹⁷⁴, Warren arriva alla domanda fondamentale dell’opinion: «la segregazione dei bambini nelle scuole pubbliche sulla base della sola razza, anche se le strutture fisiche e gli altri fattori “tangibili” siano resi eguali, depriva i bambini del gruppo di minoranza di eguali opportunità educative?».

La risposta a tale interrogativo era decisa: «noi crediamo di sì»¹⁷⁵. La motivazione di tale convincimento, invece, appariva più labile. Per la Corte, la separazione degli studenti neri ingenerava di per sé un «sentimento di inferiorità»¹⁷⁶ che nuoceva al loro apprendimento¹⁷⁷, ma la base per una

¹⁷² M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, in *Washington and Lee Law Review*, 1993, 11.

¹⁷³ «Nella migliore delle ipotesi, sono inconcludenti». *Brown I*, 347 U.S. 489.

¹⁷⁴ *Ivi*, 492.

¹⁷⁵ *Ivi*, 493.

¹⁷⁶ *Ivi*, 494.

¹⁷⁷ In *Sweatt v. Painter* [...], trovando che la segregazione dei neri nelle facoltà di diritto non potesse riconoscere loro eguali opportunità educative, questa Corte si affidò in larga misura «a quelle qualità che sono insuscettibili di una misura oggettiva ma che predispongono al successo in una facoltà di diritto». In *McLaurin v. Oklahoma State Regents* [...] la Corte, nel richiedere che ad un neo ammesso ad una [*graduate school*] per bianchi fosse trattato come gli altri studenti, ancora diede peso alla «... sua abilità di studiare, di discutere e scambiare punti di vista con

simile considerazione non poteva semplicemente fondarsi in un simile giudizio datone in alcune Corti inferiori, come la sentenza sembra subito adombrare. Pertanto, anche se in tono incidentale, l'*opinion* fa riferimento ad alcuni studi psicologici nella controversa nota n. 11 (*footnote* 11), i quali confermerebbero l'idea di Warren per cui 'segregazione' equivale a 'differenza di trattamento', sul terreno educativo, a causa di tale «sentimento di inferiorità». Come scriverà più tardi Gary McDowell, «in tale caso [...] la Corte aveva largamente abbandonato precedenti costituzionali e legali in favore di sociologia e psicologia»¹⁷⁸. Il dispositivo, in ogni caso, seguirà solenne, decretando peraltro il temporaneo abbandono della *Due Process Clause* come strumento principe dell'attivismo giudiziario in favore di quella «eguale protezione della legge» che la NAACP riteneva appunto violata dalla dottrina del *separate but equal*:

«[n]oi concludiamo che nel campo dell'educazione pubblica la dottrina del «separati ma eguali» non ha posto. Strutture educative separate sono inerentemente ineguali. Per questo, riteniamo che i ricorrenti e quanti si trovino in situazioni simili e per cui sono state esperite le azioni sono, in ragione della lamentata segregazione, privati dell'eguale protezione delle leggi [equal protection of the laws] garantita dal Quattordicesimo emendamento. Questa conclusione rende superflua qualsiasi discussione sul fatto che tale segregazione violi la clausola del giusto processo [Due Process Clause] del Quattordicesimo emendamento»¹⁷⁹.

In ogni caso, rimaneva aperto il problema del rimedio giuridico da offrirsi. Cosa seguiva a questa sentenza? Come doveva allora procedere la desegregazione? Questo doveva essere il rimedio previsto da *Brown II*, la quale tuttavia rimetterà, quasi “pilatescamente”, la questione ai ricorrenti ed agli stati:

«[s]e *Brown I* conteneva chiarezza morale senza un esplicito fondamento dottrinale, *Brown II*—resa un anno più tardi—mancherà di entrambi. La NAACP chiedeva che la desegregazione avvenisse immediatamente, od almeno secondo dei termini prestabiliti. Gli stati ritenevano entrambe le soluzioni impraticabili. La Corte, timorosa dell'ostilità ed anche della violenza che sarebbero discese dall'adizione delle posizioni della NAACP, abbracciò un punto di vista simile a quello degli stati—ma insistendo che il progresso iniziasse presto. [...] Una Corte ammirabilmente unanime sul merito nel 1954 divenne ambigualmente, invero vanamente unanime sulla questione centrale del rimedio nel 1955»¹⁸⁰.

Il problema creato dalla remissione della questione fu infatti evidente:

altri studenti e, in generale, imparare la propria professione». [...] Queste considerazioni si applicano con maggior forza ai bambini nelle scuole elementari e superiori. Separati da altri della stessa età e qualifica solo in ragione della loro razza genera un sentimento di inferiorità in relazione al loro status nella comunità in grado di avere un effetto sui loro cuori e le loro menti in un modo difficilmente poi rimediabile». *Ivi*, 493-494.

¹⁷⁸ G.L. McDOWELL, *Were the Anti-Federalists Right? Judicial Activism and the Problem of Consolidated Government*, in *Publius*, 1982, 104.

¹⁷⁹ *Ivi*, 495.

¹⁸⁰ D.J. HUTCHINSON, voce *Brown v. Board of Education*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion*, cit., 112.

«*Brown II* impose sostanziali costi a tutte le parti in causa. Il costo di produrre piani multimilionari di desegregazione fu affibbiato sui ricorrenti e all'NAACP, che erano a corto di personale, malamente finanziati, e oggetto di ostilità. [...] I distretti scolastici si trovarono in mezzo ad uno scontro politico tra uno sparuto numero di residenti simpatetici alla riforma che cercavano di far funzionare la desegregazione e la vasta maggioranza che si opponeva al cambiamento e vedeva la questione come combustibile per i propri interessi. I parlamentari del sud e i governatori regionali furano particolarmente espliciti nel loro rifiuto di assecondare le decisioni»¹⁸¹.

Concentrandosi ora su *Brown I* – per le finalità di attivismo giudiziario che qui interessano – la domanda è una sola: il *decisum* di *Brown* è riconducibile alla Costituzione ovvero è semplicemente espressione di una volontà politica, per quanto illuminata, dei giudici? Perché, *ça va sans dir*, il semplice fatto che la segregazione comprometteva l'apprendimento scolastico non poteva di per sé determinarne l'incostituzionalità, assente una norma che esplicitamente ne prescrivesse l'illegalità. L'«eguale protezione della legge» di cui parlava il Quattordicesimo emendamento implicava dunque il divieto di segregazione razziale, qualora questa fosse ritenuta in contrasto con un eguale condizione di benessere giuridico?

Vi sono stati famose risposte positive a questa domanda, che hanno dunque sostenuto di poter difendere *Brown* come decisione fondata sull'effettivo significato del Quattordicesimo emendamento e non sulla moralità politica della questione in gioco. Significativo che i due più celebri tentativi siano provenuti da due celebri originalisti, Robert Bork e Mitchell McConnell. Per il primo, la compatibilità originalista di *Brown* deriverebbe dal fatto che i redattori del quattordicesimo emendamento intendevano «dare attuazione ad una fondamentale idea di eguaglianza delle persone di colore»: il fatto che al tempo considerassero compatibile con tale eguaglianza la dottrina *separate but equal* non rileva più di tanto, poiché se la Corte ha convenuto che la compatibilità è un impossibile fattuale – in quanto la segregazione importa sistematicamente una diseguaglianza a danno dei neri – è giustificato il superamento della dottrina con la decisione di *Brown*. McConnell, invece, parte dal dato storico per cui «[n]el 1870, Charles Sumner tentò per la prima volta, in accordo con il Quattordicesimo emendamento di proibire la segregazione scolastica», portando tale battaglia direttamente al Congresso, spalleggiato da Benjamin Butler¹⁸². La campagna politica di Sumner testimonia un convincimento “originale” sull'incompatibilità tra eguale protezione della legge e dottrina del *separate but equal* che *Plessy* avrebbe invece successivamente fissato¹⁸³.

Ciononostante, il tentativo di riportare il *decisum* di *Brown* al significato originale sembra, interpretativamente, un fallimento. Come vedremo, *Government By Judiciary* di Berger – l'opera del

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² M.W. McCONNELL, *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 1995, 984-985.

¹⁸³ Cfr. *ivi*, 1140.

1977 che, insieme a *Neutral Principles* di Bork del 1971, dà i natali all'originalismo teorizzato negli anni Settanta – porrà una serie ipoteca, per non dire una “pietra tombale”: su ogni tentativo di far riposare *Brown* sul significato originale dell'«eguale protezione della legge» del Quattordicesimo emendamento. Non si tratta, beninteso, della semplice circostanza per cui le fonti storiche non sostengono l'idea che tale disposizione dovesse realizzare una generale integrazione razziale o la possibilità che una certa forma di eguaglianza sostanziale implicasse l'impossibilità della “segregazione egalitaria” di *Plessy*: si tratta, invece, del fatto che *espressamente* coloro che adottarono il quattordicesimo emendamento contemplavano, considerandola perfettamente legittima, la segregazione scolastica. L'analisi di Berger confermerà così, storicamente, le riflessioni di parte dottrina contemporanea a *Brown* che, seppur simpatetica al risultato in termini morali – si trattava pur sempre di autori di orientamento progressista – non riusciva a trovare una logica giuridica nella sentenza.

Non a caso, i più famosi sostenitori nonoriginalisti ricorrono, ancor oggi, a due strategie diverse per difendere la legittimità di *Brown*. Da una parte, minoritariamente, vi è chi dilata il concetto di ciò che è propriamente di “diritto”¹⁸⁴. Infatti, se una tradizione di *common law*, pretesamente lasciata integrata o confermata dall'avvento della costituzione rigida¹⁸⁵, riserverebbe una funzione creativa al giudice, non v'è motivo di ritenere *Brown* illegittima: l'attivismo giudiziario non sarebbe vero attivismo poiché il legislatore stesso avrebbe riservato al giudice un ruolo creativo del diritto¹⁸⁶. L'unica forma di attivismo, paradossalmente, poteva essere il rifiuto di esercitare tale potere creativo. Questa strategia interpretativa, tuttavia, sembra in contrasto con le più basilari idee del *common law* stesso, dalla divisione tra funzione legislativa e giurisdizionale al principio di supremazia del Parlamento.

La parte largamente maggioritaria, e forse più avveduta, dei difensori di *Brown* si sfila invece da ogni tentativo di riportare la pronuncia al significato originario del Quattordicesimo emendamento e

¹⁸⁴ Cfr. D.A. STRAUSS, *The Common Law Genius of the Warren Court*, in *William and Mary Law Review*, 2007, 845 ss. Strauss è, peraltro, l'unico *esplicito* difensore moderno della Costituzione vivente: cfr. IDEM, *The Living Constitution*, cit.

¹⁸⁵ Per Strauss, l'errore fondamentale nella lettura convenzionale che contesta la legalità di *Brown* – e implicitamente di molte altre decisioni della Warren Court – risiede nell'indebita riduzione del “giuridico” ad un fondamento nel «testo e nell'intendimento originale», che divengono così le uniche fonti del diritto. IDEM, *The Common Law*, cit., 850. Al contrario, il diritto statunitense sarebbe radicato in una tradizione di *common law* ove la nozione di ‘diritto’ comprende l'innovazione prudenziale da parte del giudice dei materiali normativi. Cfr. *ivi*, 858-859

¹⁸⁶ Conclude Strauss: «l'idea che la Warren Court fosse illegale [*lawless*] deve essere abbandonata. Quell'idea può aver guadagnato consenso per diverse ragioni, tra cui l'implicita premessa che la legalità deve consistere nella fedeltà ad un testo autoritativo o ai riveriti costituenti. La fondamentale correttezza delle maggiori decisioni della Warren Court diviene chiara, tuttavia, solo che si riconosca che esiste un'altra concezione di quello che significa seguire il diritto. La concezione di *common law* enfatizza l'umiltà, la cautela, e il vincolo al passato, ma senza negare il valore dell'innovazione e la necessità di fare giudizi morali. L'approccio di *common law* può combinare questi elementi senza diventare asistemático. Giudicati alla luce di quella concezione di legalità – la quale ha una forza come un'altra di essere il corretto approccio al diritto costituzionale – la buona reputazione della Warren Court, almeno da questo punto di vista, dovrebbe essere assicurata». *Ivi*, 879.

preferisce ribaltare l'assunto¹⁸⁷: non è tanto *Brown* a non essere giustificabile in termini originalisti, ma l'originalismo che non può accomodare *Brown* al proprio interno¹⁸⁸. In altre parole: *Brown* è *fondamentale* (nel senso "che dà fondamento") al diritto costituzionale e qualsiasi teoria che non può dimostrarne la liceità sarebbe da rigettare¹⁸⁹. Significativamente, Cass Sunstein ha affermato: «un approccio all'interpretazione costituzionale è inaccettabile se implica l'incorrettezza di *Brown v. Board of Education*»¹⁹⁰. In questo modo, evidentemente, *Brown* diviene un'arma contro l'originalismo, seguendo il quale, apparentemente, dovrebbe arriversi alla rinuncia di *Brown* e di ritornare alle cupe giornate di *Plessy* e della segregazione dei bambini di colore nelle scuole pubbliche¹⁹¹.

Brown fu, in ogni caso, come notava Bickel, soltanto l'inizio: l'attivismo giudiziario della *Warren Court* si espanse presto verso altri lidi ed altre materie che, per una corte più interessata alla giustizia che al diritto, sembravano ormai mature per una riforma. La seconda grande eredità della *Warren Court* lo testimonia: la ristrutturazione giurisprudenziale del sistema elettorale statunitense è considerato il luogo in cui più chiaramente emerge l'attivismo di tale giurisprudenza: «a causa del loro impatto sul processo politico, i casi inerenti il riapporzionamento – *Sims* e la sua progenie – sono verosimilmente i casi più attivisti della *Warren Court*»¹⁹². In *Baker v. Carr* del 1962¹⁹³ la Corte sancì la competenza dei giudici federali a conoscere della cause inerenti l'apporzonamento (*reapportionment*) – *idest*, il modo in cui venivano "disegnati" i distretti di voto che, come noto dalla pratica del *gerrymandering*¹⁹⁴, ha un ruolo particolarmente importante nel condizionamento degli esiti del processo elettorale, tanto federale quanto, come nel caso di specie, statale.

Arrogatasi tale competenza, la Corte avrebbe poi invalidato, nel 1963, la strutturazione dei distretti elettorali dello Stato del Georgia in quanto ritenuta lesiva del principio «una persona, un voto»¹⁹⁵. Il colpo decisivo sarà però sferrato in *Reynolds v. Sims* del 1964, in cui la Corte sancì l'incompatibilità tra la eguale protezione della legge del Quattordicesimo emendamento e qualsiasi sistema rappresentativo *statale* che non attribuisse i voti in ragione della popolazione. Il problema è che il Senato degli Stati Uniti, riconoscendo due senatori a ciascuno stato a prescindere dalla popolazione, costituisce un chiaro esempio di sistema di rappresentanza non proporzionale alla popolazione, e le

¹⁸⁷ Cfr. L.H. TRIBE, *On Reading*, cit., 16-17, e M.V. TUSHNET, K. LEZIN, *What Really Happened in Brown v. Board of Education*, in *Columbia Law Review*, 1991, 1919-1920.

¹⁸⁸ Cfr. M.W. MCCONNELL, *op. ult. cit.*, 952.

¹⁸⁹ Cfr. J.M. BALKIN, S. LEVINSON, *The canons of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1998, 997.

¹⁹⁰ C.R. SUNSTEIN, *In Defense of Liberal Education*, in *Journal of Legal Education*, 1993, 26.

¹⁹¹ Cfr. R.H. BORK, *Tempting*, cit., 77-78.

¹⁹² R.E. ZIETLOW, *The Judicial Restraint*, cit., 271.

¹⁹³ 369 U.S. 186 (1962).

¹⁹⁴ «La pratica di disegnare i confini dei collegi elettorali a vantaggio di una determinata persona, partito, od altro gruppo». W.E.Y. ELLIOTT, voce *Gerrymandering*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion*, cit., 388.

¹⁹⁵ *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963).

camere dei vari stati risultano da sempre essere costruite come un riflesso del governo federale: il Chief Justice Warren si limiterà a trovare l'analogia «inopportuna e irrilevante»¹⁹⁶. Come conseguenza della sentenza, «almeno una camera degli organi legislativi di quasi tutti gli stati era considerata invalida, ed entrambe nella maggior parte dei casi. La decisione presagì una «rivoluzione istituzionale»¹⁹⁷.

Il segno televisivamente visivo dell'attivismo giudiziario della Warren Court – non solo agli occhi pubblico statunitense, grazie alla diffusione planetaria del cinema americano – è forse l'area della procedura penale e dei diritti dell'indagato¹⁹⁸. In particolare, il caso *Miranda*¹⁹⁹ in cui furono creati quei *Miranda warnings*, in base ai quali, ormai proverbialmente, al sottoposto a misura restrittiva della libertà personale deve essere ricordato che «ha il diritto di rimanere in silenzio», che «qualsiasi cosa dirà potrà essere e sarà usata contro [questi] in tribunale», che «ha diritto a un avvocato durante l'interrogatorio» e che, «se non può permettersi un avvocato, gliene sarà assegnato uno d'ufficio»²⁰⁰. La terza eredità della *Warren Court* dice, al tempo stesso, quanto fragili siano le innovazioni introdotte dell'attivismo giudiziario, potenzialmente riformabili senza nessun effettivo controllo: infatti, le successive formazioni della Corte Suprema – a partire dalla *Burger Court*²⁰¹ – ridurranno significativamente il significato e l'efficacia pratica di tali guarentigie attraverso una «nascosta» forma di *overruling*²⁰².

La quarta eredità sarà, infine, *Griswold v. Connecticut*²⁰³, pronuncia dal significato solo simbolico, nel momento in cui fu decisa, ma che condusse poi a *Roe v. Wade* – adottata sì dalla successiva *Burger Court* ma il cui fondamento giuridico era stato preparato dal Justice Douglas in *Griswold* e la cui paternità ideale rimane, pertanto, saldamente radicata nell'azione della *Warren Court*. Nel caso di specie, una «stranamente stupida legge» dello Stato del Connecticut del 1879 rendeva criminale l'utilizzo di qualsiasi mezzo che prevenisse la contraccezione²⁰⁴. La controversia giudiziale era artefatta: «la causa fu iniziata da due membri della *Planned Parenthood League* del *Connecticut*. Il direttore esecutivo e il direttore medico erano stati persuasi a violare la legge dando informazione,

¹⁹⁶ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 573 (1964).

¹⁹⁷ G.E. BAKER, voce *Reynolds v. United States*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion*, cit., 853.

¹⁹⁸ S.F. SMITH, *Activism as Restraint. Lessons from Criminal Procedure*, in *Texas Law Review*, 2002, 1057 ss., J.B. GROSSMAN, *The Roots of Rootless Activism*, in *American Bar Foundation Research Journal*, 1985, 147 ss., part. 151.

¹⁹⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

²⁰⁰ Cfr. *United States v. Plugh*, 648 F. 3d 118 – Court of Appeals, 2nd Circuit (2011).

²⁰¹ «La *Burger Court* decise che il materiale probatorio acquisito in violazione di *Miranda* potesse essere ciononostante utilizzato per contestare la testimonianza dell'imputato». S.F. SMITH, *op. cit.*, 1070, nota 60. Il caso cui si riferisce Smith è *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

²⁰² Cfr. J. LONDON JOSET, *May It Please the Constitution. Judicial Activism and Its Effect on Criminal Procedure*, in *Marquette Law Review*, 1996, 1021, e B. FRIEDMAN, *The Wages of Stealth Overruling (with Particular Attention to Miranda v. Arizona)*, in *Georgetown Law Journal*, 2010, 1.

²⁰³ 381 U.S. 479 (1965).

²⁰⁴ *Griswold*, 381 U.S. 527 (Stewart, J., dissenting).

istruzioni e consulto medico a persone sposate riguardo ai metodi per prevenire la contraccezione»²⁰⁵. La legge, peraltro, non era mai stata applicata²⁰⁶.

Il “problema” dei ricorrenti risiedeva nel fatto che, per quanto «stupida» la legge, nessuna disposizione della Costituzione sembrava di per sé vietare ad uno Stato di proibire l'utilizzo di metodi anticoncezionali. La Corte, tuttavia, si affiderà alla *opinion* del Justice Douglas, il quale, farà emergere dalla Costituzione un diritto alla riservatezza (*right of privacy*) che sarebbe stato violato dalle legge del Connecticut. Douglas rilevò, innanzitutto, che diversi diritti, come la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di associazione, «hanno delle penombre, formate da emanazioni di quelle garanzie che aiutano a dare loro vita e sostanza»²⁰⁷. Quanto, voleva affermare, qui Douglas era abbastanza incontrovertibile, seppur descritto con toni quasi organicistici: in *NAACP v. Alabama*, sentenza cui l'*opinion* si riferisce, la Corte aveva ritenuto contrastante con «la libertà di associazione e la riservatezza [*privacy*] nell'associarsi»²⁰⁸ l'imposizione della diffusione dei nomi degli appartenenti ad una determinata associazione. Che si potesse ledere un diritto costituzionalmente garantito ledendo un presupposto dello stesso non era mai seriamente stato in posto in dubbio²⁰⁹.

Tuttavia, il punto controverso seguitava a venire. Queste «penombre» dei singoli diritti, enumerati dalla Costituzione, sarebbero state in grado di creare un generale, indipendente «diritto alla riservatezza» [*right of privacy*]: «[i]l presente caso, dunque, riguarda una relazione che giace nella zona di riservatezza [*zone of privacy*] creata da diverse fondamentali garanzie costituzionali»²¹⁰. La chiosa retorica finale sanciva infine il *climax* dell'*opinion*:

«[v]ogliamo permettere alla polizia di perquisire i sacri precinti delle camere maritali per i segni dell'uso di contraccettivi? L'idea stessa ripugna alla nozione di riservatezza che circonda la relazione maritale. Noi abbiamo a che fare con un diritto alla riservatezza più antico del Bill of Rights – più antico dei nostri partiti politici, più antico del nostro sistema scolastico. Il matrimonio è un mettersi insieme per i tempi migliori e peggiori, auguratamente duraturo e intimo al punto da essere sacro. È un'associazione che promuove uno stile di vita, non lo causa; una armonia nel vivere, non una fede politica; una fedeltà bilaterale, non progetti commerciali o sociali. Eppure è

²⁰⁵ M.W. McCANN, voce *Griswold v. Connecticut*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion*, cit., 408.

²⁰⁶ S.G. CALABRESI, *Substantive Due Process After Gonzales v. Carhart*, in *Michigan Law Review*, 2008, 1525.

²⁰⁷ *Griswold*, 381 U.S. 484.

²⁰⁸ *Ivi*, 483.

²⁰⁹ «Non c'è nulla di eccezionale in questo pensiero, tranne il linguaggio su penombre e emanazioni. Le Corti spesso riconoscono protezione ad una libertà costituzionale creando una zona di profilassi [*buffer zone*], proibendo al governo di fare qualcosa che non è di per sé proibito ma che verosimilmente porta ad un'invasione in un diritto specificato dalla Costituzione Douglas cioè *NAACP v. Alabama*, in cui la Corte Suprema affermò che uno stato non poteva imporre la pubblicazione dei nomi dei membri di una organizzazione dal momento che ciò avrebbe avuto un effetto deterrente sui diritti del primo emendamento dei membri in merito all'azione politica e legale». R.H. BORK, *Tempting*, cit., 97.

²¹⁰ *Griswold*, 381 U.S. 485.

un'associazione per un principio tanto nobile quanto quelli sottesi nelle nostre precedenti decisioni»²¹¹.

Quella che era una pronuncia meramente simbolica diventerà, per usare l'espressione critica di Bork, una «bomba costituzionale ad orologeria» [*constitutional time bomb*] dell'attivismo giudiziario, avendo creato il precedente di un nebuloso *right of privacy* che, se ritenuto poco pericoloso nel caso di una pronuncia esclusivamente simbolica, era invece destinato a produrre i propri effetti oltre l'arco temporale della *Warren Court*. *Griswold* diventerà al tempo stesso una delle sentenze maggiormente rappresentative di cosa l'interpretazione costituzionale non doveva essere per molti studiosi di diritto: è in questa pronuncia, ben prima di *Roe*, che l'originalismo troverà le ragioni d'esistenza; non a caso, nel primo scritto originalista – quel *Neutral Principles* che Bork redigerà nel 1971²¹², prima di *Roe* – *Griswold* è il caso principe utilizzato per descrivere l'attivismo giudiziario della *Warren Court*.

Nonostante il primo vagito dell'originalismo, la «bomba» di cui parla Bork era destinata ad esplodere di lì a poco, nel 1973. Quattro anni più tardi dopo *Griswold*, infatti, Earl Warren si dimetterà dalla Corte Suprema. Al suo posto, un Richard Nixon scandalizzato dall'attivismo giudiziario della Corte Suprema individuerà in Warren Earl Burger il nuovo Chief Justice. La scelta si rivelerà, dal punto di vista delle aspirazioni di Nixon – ed è difficile pensare che non fossero autentiche – un autogoal: sarà infatti proprio sotto la guida di Warren Burger che la Corte Suprema adotterà – con il suo voto favorevole per quanto dopo rinnegato – *Roe v. Wade*, la sentenza che più di tutte catalizza, ancora oggi, le tensioni valoriali negli Stati Uniti d'America ed incarna la portata dell'attivismo giudiziario nel mondo contemporaneo. Non vi è, infatti, altra pronuncia che si fa spazio all'interno dei programmi politici contemporanei, sia essa descritta come l'oggetto di una strenua difesa ovvero come obiettivo di un agognato *overruling* da realizzarsi attraverso la nomina di giudici fedeli al significato originale della Costituzione²¹³.

Come noto, in *Roe* la Corte Suprema riconoscerà il diritto costituzionale di ogni donna all'aborto fino al terzo mese di gravidanza, la possibilità degli stati di limitarlo nel secondo semestre – fino al punto di sussistenza (*viability*) esterna al grembo – salvi motivi di salute della donna. Infine, nel terzo semestre o comunque successivamente al punto di sussistenza, lo Stato è libero di proibire, se ritiene opportuno, l'aborto per tutelare «la potenzialità della vita umana». È interessante il contrasto, nell'*opinion* di maggioranza del Justice Blackmun, tra la lunga dissertazione sulla storia dell'aborto,

²¹¹ *Ivi*, 485-486

²¹² Cfr. cap III, § 2.1.

²¹³ Nelle elezioni presidenziali del 2020, vinte da Joe Biden, quest'ultimo ha promesso di rendere *Roe* «il diritto delle genti», mentre lo sconfitto Donald J. Trump aveva promesso di nominare altri giudici originalisti affinché si giungesse all'*overruling* di *Roe*. Cfr. K. SMITH, *Biden pledged to make Roe v. Wade "the law of the land"*, in *Cbs News*, 6 ottobre 2020, <https://www.cbsnews.com/news/biden-roe-v-wade-law-land-supreme-court-supporters/>; M. PENGELLY, R. LUSCOMBE, *Trump says overturning Roe v Wade 'possible' with Barrett on Supreme Court*, in *The Guardian*, 28 settembre 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/sep/27/trump-amy-coney-barrett-supreme-court-ro-v-wade>.

sulle motivazioni che possono indurre a limitarlo e le ragioni giuridiche della legittimità incostituzionale di una legge lo proibisse. In punta di diritto, infatti, Blackmun si limiterà a dire che

«[q]uesto diritto alla riservatezza, che sia fondato nel concetto di libertà personale del Quattordicesimo emendamento e le connesse restrizione sull'azione degli stati, come crediamo che sia, o, come la Corte distrettuale ha determinato, nella riserva di diritti alle persone del Nono emendamento, è sufficientemente largo da ricomprendere la decisione di una donna sul terminare o meno la propria gravidanza»²¹⁴.

Commenterà Bork, diciassette anni più tardi:

«[t]utto qui. Questa è la croce dell'*opinion*. La Corte non si sentì nemmeno obbligata a decidere la questione a quale parte del testo costituzionale dovesse essere legato il diritto alla riservatezza o il corollario diritto all'aborto. L'*opinion* sembra riguarda quella come una tecnicità che in realtà non importa, ed infatti *non importa*, dal momento che il diritto non discende dalla Costituzione ma è immesso a forza dentro di essa. L'*opinion* non dice nemmeno che principio sorregga il nuovo diritto in modo tale che possiamo sapere sia perché copra una libertà di abortire sia che cosa potrebbe coprire in futuro. Ci viene semplicemente detto che ovunque tale diritto possa essere localizzato e qualsiasi cosa possa coprire, è "sufficiente largo" per le finalità che interessano. Questo non è un ragionamento legale, ma una affermazione arbitraria [*fiat*]]»²¹⁵.

Il tono polemico di Bork verso la mancata argomentazione giuridica della sentenza da parte della *Burger Court* non era che lo stadio terminale dell'incredulità della dottrina davanti alla giurisprudenza della precedente *Warren Court*. Già nel 1957, Bickel e Wellington guardavano preoccupati alla «crescente incidenza dell'affermazione dogmatica generale, della formulazione di risultati accompagnata da poco o da nessuno sforzo per giustificarli secondo ragione, insomma, di motivazioni che non motivano [*opinions that do not opine*]]»²¹⁶.

Roe non è, allora, che l'incarnazione ultima dell'attivismo giudiziario, la sentenza che compendia un secolo in cui il ruolo della magistratura federale è stato profondamente stravolto e, con esso, è cambiata la stessa fisionomia del mondo giuridico americano²¹⁷. Poiché certo la preminenza di *Roe* nella parabola dell'attivismo non può derivare dalla sue innovatività: vi erano già stati plurimi casi d' attivismo giudiziario, lodevoli sotto il profilo morale (*Brown*) o storicamente esecrati (*Lochner* o *Dred Scott*). *Roe* è, semplicemente, il punto di arrivo di questa ascesa dell'attivismo e per la debolezza del ragionamento giuridico e per l'importanza della questione su cui la Corte decideva di incidere, questione che era – ed è – oggetto di intenso dibattito pubblico e su cui la popolazione è e rimane

²¹⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973).

²¹⁵ R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 114.

²¹⁶ A.M. BICKEL, H.H. WELLINGTON, *Legislative Purpose and the Judicial Process. The Lincoln Mills Case*, in *Harvard Law Review*, 1957, 3.

²¹⁷ La «seduzione politica del diritto» di cui parlerà Bork. R.H. BORK, *The Tempting*, cit.

sostanzialmente divisa²¹⁸. *Roe* ingenera così il grande sussulto non solo di quella parte d'America che si sentirà in disaccordo con il contenuto politico delle pronunce del potere giurisdizionale – *qui* il diritto all'aborto, che evidentemente, per quanti vedono nel feto una vita umana, non potrebbe che essere assimilabile all'omicidio – ma al tempo stesso suscita la preoccupazione di quella parte, non esclusivamente conservatrice²¹⁹, che si percepisce spogliata, in nome del riconoscimento di diritti non riconducibili alla Costituzione, di due fondamentali diritti, questi sì evidentemente impressi nel testo costituzionale.

Da una parte, l'attivismo giudiziario incide sul valore federalismo, che lungi dal ridursi ad una mera strutturazione amministrativa esprimeva la natura profondamente variegata dello storico pluralismo degli Stati Uniti ed era ultimamente legata al valore della libertà individuale. Come scrive sempre Bork,

«il federalismo aveva anche un importante aspetto benigno, la protezione della libertà individuale. [...] Le persone che trovavano oppressiva la legislazione statale potevano votare con i loro piedi, e così fecero in numero impressionante. I neri iniziarono grandi migrazione verso gli stati del nord quando gli stati del sud palesemente discriminavano. Le attività che trovano la tassazione o la regolazione statale troppo pesante si spostavano da un'altra parte. Gli individui si muovevano per evitare pesanti tassazioni sul reddito o sul patrimonio. Di certo, questa libertà di movimento aveva un prezzo, ma decisamente minore che spostarsi da una regolazione nazionale, e molti trovarono il prezzo meritevole di essere pagato. Quella libertà sarebbe drasticamente compressa se il governo nazionale avesse il potere di imporre su tutti gli stessi pesi. [...] Il federalismo è, per di più, l'unica protezione costituzionale della libertà che è neutrale. I vari emendamenti alla Costituzione specificano quale libertà è protetta – libertà di parola, di stampa, di religione, libertà da perquisizioni irragionevoli, e così via. Se una libertà che ti è cara non ricade in quelle categorie (o non piace ai giudici che creano nuovi diritti costituzionali), non troverai protezione dalle corti. Ma se in un altro stato la libertà che tu considera preziosa è permessa, puoi trasferirti lì, e la libertà di quale libertà ti è preziosa rimane soltanto tua, non dipende da quanti fecero la costituzione. In questo senso, il federalismo è la garanzia costituzionale più protettiva della libertà dell'individuo di fare le proprie scelte»²²⁰.

²¹⁸ Cfr. L. SAAD, *Americans' Abortion Views Steady in Past Year*, in *Gallup*, 29 giugno 2020, <https://news.gallup.com/poll/313094/americans-abortion-views-steady-past-year.aspx>.

²¹⁹ Farà storia, in qualche modo, la posizione di Bickel, il quale riconosceva che «se fossi un parlamentare voterei per una legge simile a quella che la Corte ha finito per creare [con *Roe*]». A.M. BICKEL, *The Wages*, cit., 926. Al tempo stesso, affermava: È, in ogni caso, una decisione pessima. Non perché danneggerà la Corte – non lo farà; e non perché sia in conflitto con la mia idea di progresso o con l'idea che ne abbia secondo le evidenze la società – non lo è. È cattiva perché è cattivo diritto costituzionale, o piuttosto perché *non* è diritto costituzionale in alcun modo e non dà quasi nessun senso del dovere di provare ad esserlo». (*ivi*, 947). Nonostante oggi sia considerato un conservatore per il suo rigetto di *Roe*, Bickel era certamente un costituzionalista di orientamento progressista, come riconoscono T.B. COLBY, P.J. SMITH, *The Return*, cit., 559. Non a caso, Bork colloca l'amico fraterno Bickel nei «teorici del revisionismo costituzionale liberal».

R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 187.

²²⁰ R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 52-53.

Ma più gravemente – ed è questo il “grande lamento” degli originalisti, che invece si potrebbero ritrovare nel contenuto politico di certe pronunce attiviste (si pensi alla tutela della libertà economica in *Lochner* o al superamento della segregazione razziale in *Brown*) – l’attivismo giudiziario è, per tanti americani il tradimento del diritto costituzionale all’autogoverno e alla sovranità popolare: «Il grande risultato americano di un autogoverno rappresentativo in un sistema federale con separazione dei poteri è deteriorato in un governo attraverso voto di maggioranza nella commissione di nove non eletti giudici a vita, totalmente non-democratico e totalmente centralizzato e con i giudici che svolgono la funzione legislativa»²²¹. Come afferma Graglia, ancor più chiaramente,

«il costituzionalismo [*idest*, l’idea che determinate materie siano sottratte al principio maggioritario] può rappresentare alla meglio un inconveniente e alla peggio un grande ostacolo alla soluzione di problemi contemporanei. Per fortuna, i costituenti furono sufficientemente saggi da porre pochissime restrizioni sull’autogoverno, con il risultato che il peso del costituzionalismo non è molto grave. L’attivismo giudiziario, tuttavia, ha perverso il costituzionalismo in uno stratagemma per annullare il fine principale della Costituzione, che era quello di creare un sistema federale di autogoverno rappresentativo, combinato ad una separazione dei poteri. L’incubo dell’élite culturale americana è che le politiche pubbliche ritornino nelle mani del popolo americano. In accordo con l’élite culturale, la funzione del diritto costituzionale è impedire che questo avvenga. La funzione dei professori di diritto costituzionale e teoria costituzionale è quella di perpetuare la finzione centrale in base alla quale le controverse sentenze di incostituzionalità della Corte Suprema sono interpretazioni della Costituzione in qualche arcano senso. [...] La funzione di una utile ed onesta dottrina costituzionale è esporre questa finzione»²²².

Ad esporre questa finzione e denunciare la politicizzazione indebita della Corte Suprema sarà proprio il sollevamento originalista degli anni Settanta che, attraverso un articolo di Bork nel 1971 e un libro di Raoul Berger nel 1977, “smaschererà” la giurisprudenza della *Warren Court*, propugnando il ritorno alla Costituzione originale.

²²¹ L.A. GRAGLIA, *A Restrained Plea for Judicial Restraint*, in *Constitutional Commentary*, 2014, 226.

²²² IDEM, *It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 297.

Capitolo 3

DOMINIO, CRISI E RINASCITA DELL'ORIGINALISMO

1. L'ORIGINALISMO INTEORIZZATO

A chi capitasse di sfogliare le *law reviews* americane di oggi, potrebbe apparire che l'originalismo ivi dibattuto sia un fenomeno sostanzialmente moderno e legato ad una parte, magari pure politicamente connotata, della dottrina e della politica statunitense. L'impressione non sarebbe soltanto comprensibile, ma per certi versi pure corretta: l'originalismo di cui si dibatte oggi – il «nuovo originalismo», secondo la dicitura resa celebre da Keith Whittington nel 2004¹ – rappresenta l'evoluzione di una forma di originalismo propugnato – sotto l'egida di altri nomi, tra cui capeggia *'interpretivism'*² – da due professori di diritto negli anni Settanta, Robert Bork e Raoul Berger, e a cui oggi ci si riferisce oggi con la speculare dicitura di «vecchio originalismo»³. In questa visione d'acchito, pertanto, le radici dell'originalismo si estenderebbero – al più tardi – ai primi anni Settanta e si riallaccerebbero, come si dirà nel prossimo paragrafo, alla riflessione della *Process Jurisprudence*.

Questa ricostruzione, tuttavia, rischia di ingenerare un pernicioso fraintendimento. Infatti, una certa forma di originalismo è riconosciuta come l'indiscusso metodo di interpretazione costituzionale negli Stati Uniti da prima della guerra d'indipendenza ed almeno fino ai dibattiti dottrinali durante la *Lochner Era*⁴. Questo “dominio dell'originalismo” nella storia costituzionale statunitense è un dato consolidato non solo – come prevedibile – nella letteratura originalista, ma presso tutta la più rilevante dottrina giuridica. La natura “intrinsecamente originalista” del costituzionalismo statunitense permarrà intatta, infatti, fino a quando, nel Ventesimo secolo, la diffusione della teoria della Costituzione vivente – sviluppata nei primi due secolo del Ventesimo secolo in contrapposizione

¹ K.E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2004, 599.

² J.H. ELY, *Democracy*, cit., 1980.

³ K.E. WHITTINGTON, *op. et loc. cit.*

⁴ «L'originalismo [*original meaning jurisprudence*] è stata la forma dominante di interpretazione costituzionale durante la maggior parte della storia della nostra nazione. Eccetto per un breve periodo all'inizio di questo secolo [*il riferimento è a Lochner*], l'originalismo è stato sinonimo con l'idea di interpretare la Costituzione dalla fondazione dell'Union ed almeno fino alla metà degli anni Sessanta, quando è diventato più usuale per i giudici affidarsi a fonti extratestuali di valori per creare regole costituzionali». AA.VV., *Original Meaning Jurisprudence. A Sourcebook*, Washington (DC), U.S. Department of Justice. Office of Legal Policy, 12 marzo 1987, i. «Nonostante l'originalismo [*original meaning jurisprudence*] non è mai stata universalmente praticata, ha dominato nell'applicazione della Costituzione per i primi 150 anni della storia della nostra nazione». *Ivi*, 2. Ovvero cfr. Bork: «Uomini come Joseph Story, James Kent, James Bradley Thayer, e Thomas Cooley vedevano la Costituzione come diritto – una forma particolarissima di diritto, forse, una che richiede un trattamento speciale – ma pur sempre diritto. I problemi principali erano i soliti di interpretazione e applicazione [*construction*]. Soltanto a partire dall'ultima metà questo secolo, mi pare, iniziò ad essere suggerito seriamente, e con argomenti elaborati, che le corti avevano il potere di creare e applicare contro la volontà della maggioranza valori che non potevano in alcuno senso reale essere trovati nella Costituzione». R.H. BORK, *Styles in Constitutional Theory*, in *South Texas Law Journal*, 1985, 384. Cfr. anche IDEM, *The Tempting*, cit., 351.

all'apparente rigidità costituzionale della *Lochner Court* – e le conquiste sociali introdotte dall'attivismo giudiziario della *Warren Court* renderanno i ragionamenti sull'intenzione storica dei costituenti più difficili da sostenere integralmente. Da qui la volontà di *riaffermare* il ruolo cardine dell'intenzione del costituente nell'interpretazione costituzionale da parte di Bork, Berger e dei loro moderni successori originalisti. Come sintetizza lo stesso Whittington:

«nessuna versione dell'originalismo è destinata ad essere completamente nuova. Come metodo di interpretazione costituzionale negli Stati Uniti, l'originalismo ha una lunga storia. È stato prominentemente propugnato a partire dai primissimi dibattiti sul significato della Costituzione. In diversi momenti della storia americana, l'originalismo non era una teoria dell'interpretazione costituzionale terribilmente autoconsapevole, in parte poiché, in quanto importante componente di qualsiasi approccio percorribile alla comprensione del significato della Costituzione, non aveva sostanzialmente rivali. L'originalismo, nella sua forma moderna, autoconsapevole, emerse solo dopo che i tradizionali approcci erano stati attaccati e, in una certa misura, scalzati»⁵.

Certo, l'originalismo di cui è impregnata l'interpretazione costituzionale fino alla *Lochner Era* è una sua particolare variante, sostanzialmente coincidente con quel «vecchio originalismo» che sarà di Bork e Berger e che la maggior parte degli originalisti odierni giudica oggi troppo semplicistico: un originalismo dove la parte del leone è svolta dall'intento del costituente (*original intent*), declinazione a sua volta del basilare criterio dell'intenzione del legislatore (*legislative intent*) nell'interpretazione delle leggi (*statutory interpretation*) della tradizione di *common law*, tanto in America quanto, soprattutto, nella ex-madrepatria. Oggi, invece, nonostante importanti autori che continuano a difendere con convinzione il ruolo centrale svolto dalle intenzioni, l'originalismo ha svoltato, come vedremo, nella direzione del significato pubblico originario (*public meaning originalism* o *original public meaning originalism*).

Al netto della differenza metodologica, ciò che conta è la più generale verità: l'idea che il significato della Costituzione dovesse essere ricercato in un significato *storico* del testo è dato così indiscusso, nella storia giuridica americana, da frustrare qualsiasi aspettativa per una specifica dottrina che attesti il fatto in termini espliciti. Parlare di un "approccio originalista" non avrebbe avuto senso, in tanto che esso coincideva, banalmente, con l'interpretazione stessa della Costituzione ed ogni possibile dibattito ermeneutico si svolgeva all'interno di questa cornice. In questo senso si parla qui, allora, di 'originalismo inteorizzato'. Con tale espressione non si vuole certo adombrare l'idea che non vi fossero concetti o nozioni che sovrintendevano l'interpretazione costituzionale. Al contrario: vi era esattamente quell'embrione di ermeneutica che oggi l'originalismo contemporaneo si è impegnato a riaffermare e articolare. Il senso dell'originalismo inteorizzato risiede semplicemente nell'idea –

⁵ K.E. WHITTINGTON, *op. et loc. cit.*

sostanzialmente unanime – per cui certi assiomi interpretativi originalisti erano talmente connaturati alla dottrina e alla giurisprudenza americane che parlare di una *teoria originalista* risultava una superfetazione inopportuna, quasi insensata.

1.1. Il dominio dell'originalismo inteorizzato

L'idea che l'originalismo fosse il metodo standard di approccio all'interpretazione costituzionale è stata chiaramente affermata da due eminenti storici del diritto certamente non sono sospettabili di posizioni originaliste come Morton Horwitz e Howard Gillman⁶. Così Gillman, in un celebre articolo, affermerà che

«[q]uello che è trascurato da questo quadro dottrinale [L'A. si riferisce qui all'attuale dibattito tra originalisti e nonoriginalisti] è la contingenza storica di questo dibattito, quanto la relazione tra questo dibattito e la costruzione dello stato americano nel Ventesimo secolo. Dal tempo della fondazione e per tutto il Diciannovesimo secolo, vi era consenso nelle motivazioni dei tribunali e nei trattati giudici sul fatto che i giudici fossero obbligati ad interpretare la Costituzione sulla base del significato originale delle disposizioni costituzionali. Questa concezione dell'interpretazione era il prodotto di un certo numero di assunzioni riguardo al costituzionalismo americano, ed in particolare l'idea che la Costituzione fosse una sorta di legge fissa o un contratto su cui ci si era accordati. Nel senso che rappresentava un preciso atto di legislazione posto in essere da precisi legislatori e che dunque doveva essere interpretato avendo in mente le loro intenzioni, come peraltro imponevano i prevalenti canoni che governavano l'interpretazione della legge e dei contratti. Se mutate circostanze avessero reso queste finalità originali obsolete o inopportune, sarebbe sempre stato possibile per le persone emendare o revisionare le precedenti istruzioni e accordi; ciononostante, finché ciò non fosse accaduto, l'intendimento originario doveva trovare applicazione – soprattutto poiché non era riconosciuta autorità all'apparato giudiziario di aggiornare le norme o stabilire i termini di un nuovo accordo»⁷.

Morton Horwitz, al contempo, ha fornito la più importante indagine storica sulle radici di questa dominanza della metodologia originalista nel primo secolo e mezzo della storia costituzionale americana, a partire dal rapporto con il *common law* britannico. Per Horwitz,

«l'originalismo è stato il paradigma interpretativo dominante per la maggior parte della storia costituzionale americana. Infatti, al momento della redazione della Costituzione, il suo unico affermato rivale era la tradizione di *common law*. Le idee di cambiamento già assorbite nel

⁶ Peraltro, il dato è riconosciuto dallo stesso inventore del termine 'originalismo' – e al tempo stesso, come vedremo, uno dei più importanti critici della teoria: «[a]lmeno fin da *Marbury*, in cui il Chief Justice Marshall mise in rilievo l'importanza della natura scritta della nostra Costituzione, l'originalismo in una forma o un'altra è stato un tema di primaria importanza nella tradizione costituzionale americana». P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 1980, 204.

⁷ H. GILLMAN, *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the "Living Constitution" in the Course of American State-Building*, in *Studies in American Political Development*, 1997, 192

common law inglese si fecero strada in America, ma non soppiantarono l'attrazione per l'originalismo whig⁸»

Peraltro, la tradizione «rivale» dell'originalismo cui fa riferimento qui Horwitz è soltanto una particolarissima declinazione del *common law*, tutto fuorché dominante:

«il principale rivale dell'originalismo nella prima stagione del pensiero giuridico, il *common law*, non aveva sempre incorporato il cambiamento dentro la sua metodologia. In realtà, durante la maggior parte delle lotte costituzionali del Diciassettesimo secolo, la teoria del *common law* era rimasta assolutamente statica. Nonostante un certo movimento iniziò a introdurre l'idea del cambiamento dentro il *common law*, alla fine del Diciannovesimo secolo una teoria statica [del *common law*] era tornata di nuovo dominante»⁹.

Due fondamentali «precetti del pensiero costituzionale whig inglese» conferivano al *common law* la natura statica che sarà propria dell'originalismo¹⁰. Da una parte, l'idea per cui esisteva una «antica costituzione» nella tradizione di *common law* che, sebbene non scritta, conteneva e disciplinava lo stesso potere regio in Inghilterra¹¹: questa concezione era stata famosamente difesa e argomentata da Sir Edward Coke nella celebre opera in quattro volumi *Institutes of the Lawes of England*, ed era stata propugnata in particolare contro le monarchie dei Tudor e degli Stuart¹². Dall'altra parte, all'idea di questa «antica costituzione» si affiancava la convinzione del pensiero Whig per cui «un più risalente, semplice e giusto sistema anglo-sassone era stato distorto dall'invasione normanna e dall'instaurazione di un sistema feudale»¹³. Entrambi questi elementi contribuivano all'idea di una fissazione degli usi e delle norme del sistema giuridico.

Questa visione statica del *common law* era stata parzialmente alterata, e modificata, dalla storiografia di Sir Matthew Hale, il quale, all'inizio del Settecento, «concepiva l'idea di un contenuto mutevole del diritto, che riflettesse e contribuisse ad un mondo in evoluzione»¹⁴. Hale fu seguito, un secolo dopo da Lord Mansfield e da alcuni costituzionalisti di ascendenza whig come Thomas B. Macaulay¹⁵. Ciononostante, questa interpretazione rivoluzionaria ed evolutiva all'interno del *common law* sarà presto rigettata nella stessa madrepatria britannica:

«[q]uesto movimento, in ogni caso, si fermò in Inghilterra alla fine del Diciannovesimo secolo quando la House of Lords, in qualità di più alto giudice d'Inghilterra, sorprendentemente proclamò che era incostituzionale per una corte superare [*outrule*] un proprio precedente. Come

⁸ M.J. HORWITZ, *Foreword. The Constitution of Change Legal Fundamentalism without Fundamentalism*, in *Harvard Law Review*, 1993, 44.

⁹ *Ivi*, 44.

¹⁰ *Ivi*, 45.

¹¹ *Ibidem*.

¹² M.J. HORWITZ, *op. et loc. ult cit.*

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ivi*, 46.

¹⁵ *Ivi*, 47.

parte del nuovo orientamento, nel 1861, i Law Lords dichiararono che qualsiasi corte che avesse affermato il potere di superare un passato precedente «si sarebbe arrogato il diritto di modificare il diritto, e di adottare leggi in ragione della propria separata autorità». Con la loro solita elegante logica, i Law Lords giunsero alla conclusione finale, che qualsiasi superamento di precedenti casi costituiva un'intrusione sul potere legislativo garantito dalla costituzione. Questa conclusione significò al tempo stesso, ovviamente, che qualsiasi decisione di *common law* era destinata a durare per sempre, a meno che non fosse modificata dal legislatore»¹⁶.

Ma più importante, per la storia che qui interessa, la visione di Hale era stata scientemente ignorata dai giuristi americani:

«[n]onostante i giuristi americani al tempo dei costituenti conoscessero l'alternativa offerta dal *common law* dinamico di Hale, essi rimasero fermamente legati all'originalismo *whig*. Questi giuristi americani ripetevano entusiasti le due idee fondamentali dell'originalismo *whig* e così radicarono il diritto inglese alternativamente in una antica costituzione o in una età dell'oro anglo-sassone. Jefferson, ad esempio era un ardente originalista *whig*»¹⁷

Certo, al netto di tale rigetto, alcuni elementi di adattamento giurisprudenziale si erano fatti largo. James Madison, ad esempio, sembrava guardare con interesse all'ampiezza interpretativa del dato testuale¹⁸. John Marshall, dall'altra parte, nella famosa *McCulloch v. Maryland* del 1819¹⁹ – in cui si dibatteva della possibilità, per il governo federale, di istituire una banca nazionale per gli Stati Uniti in assenza di una espressa previsione della Costituzione – espresse l'idea, divenuta celebre per i sostenitori della «costituzione vivente», per cui «non dobbiamo mai dimenticare che è *una costituzione* quella che stiamo interpretando»²⁰, *idest* un documento «inteso a durare nelle età a venire e, conseguentemente, ad essere adattato alle varie *crisi* degli affari umani»²¹.

Ciononostante, si tratta comunque di allusioni di secondaria importanza, enfatizzate forse oggi – antistoricamente – da quanti parteggiano per una visione evolutiva dell'interpretazione costituzionale. Per dire solo di Marshall, non vi erano dubbi sul fatto che il suo pensiero giuridico fosse evidentemente radicato nell'originalismo e nell'enfaticizzazione dell'intento del legislatore, nel momento in cui affermava, quattordici anni prima di *McCulloch*:

[è] certamente un fermo principio dell'interpretazione delle leggi che ogni parte deve essere considerata, e che l'intenzione del legislatore deve essere derivata dal tutto. È anche vero che una

¹⁶ *Ibidem*. Il riferimento è al caso *Beamish v. Beamish*, 9 H.L. Cases 274, 338-339 (1861), a sua volta citato in J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968, 90.

¹⁷ M.J. HORWITZ, *op. ult. cit.*, 48.

¹⁸ Cfr. *ivi*, 49.

¹⁹ 17 U.S. 316 (1819).

²⁰ *Ivi*, 407.

²¹ *Ivi*, 415.

interpretazione deve essere evitata qualora dovesse causare grandi inconvenienti, a meno che il significato del legislatore sia evidente, nel qual caso deve essere obbedito»²².

Peraltro, nello stesso anno di *McCulloch*, in un articolo sotto pseudonimo comparso il 2 luglio sull'*Alexandria Gazette*, lo stesso Marshall, preoccupato delle possibili manipolazioni, affermava che il passaggio citato «non conteneva la benché minima allusione ad una estensione delle competenze del Congresso attraverso l'interpretazione. Il suo solo obiettivo era di ricordarci che una costituzione non può enumerare i mezzi attraverso cui le competenze del governo [federale] possono essere rese esecutive»²³. Nello stesso luogo, il *Chief Justice* inequivocabilmente riaffermava la sua fede proto-originalista dicendo «di poter citare [dal *common law*] l'evidenza più completa che l'intenzione è la più sacra regola dell'interpretazione»²⁴. Sul punto, sottolinea Gillman che

«[c]ome spiegava Marshall, l'adattamento era permissibile, non in riferimento all'originario intendimento della portata dei poteri del governo nazionale, ma soltanto con riferimento ai «necessari mezzi per l'esecuzione dei poteri conferiti al governo». Una volta che la Corte avesse deciso che il governo stava adempiendo ad una delle sue espresse responsabilità (per esempio, il potere di stabilire e raccogliere tasse, o contrarre debito), allora tutte le strategie politiche legate d'assolvere tale responsabilità erano appropriate. In ogni caso, questa capacità di scegliere l'approccio che fosse appropriato alle mutevoli circostanze non implicava che il raggio delle enumerate responsabilità del governo potesse essere esso stesso trasformato»²⁵.

Così può concludere Horwitz, in riferimento a questi accenni di creatività giurisprudenziale derivanti dalle possibilità ampliative del linguaggio:

«[i] dibattiti del Diciannovesimo secolo intorno al significato della Costituzione avvennero all'interno della cornice di Jefferson e del Chief Marshall in merito ai poteri espressi e impliciti ed al significato ristretto o generico delle parole. Ma se il dibattito tra letture restrittive e ampliative introdusse una misura di flessibilità nella interpretazione costituzionale dei primi anni, si trattava di una flessibilità fermamente ancorata alle premesse dell'originalismo»²⁶.

²² E continuava: «Che le conseguenze debbano essere considerate nell'interpretazione delle leggi, dove l'intento è incerto, è un principio che non deve essere contraddetto, ma è anche vero che è un principio da applicare con cautela e che ha un margine di influenza dipendente dalla natura del caso a cui è applicato quando i diritti sono violati. Laddove i principi fondamentali sono abbandonati, quando il generale sistema delle leggi è abbandonato, l'intenzione legislativa deve essere espressa con irresistibile chiarezza per indurre una corte di giustizia ad identificare un disegno finalizzato a tale effetto. Ma quando è adottata una normativa politica che è solo sconveniente, se l'intenzione del legislatore dovesse essere espressa in termini che sono sufficientemente intellegibili da non lasciare dubbi nel momento in cui le parole sono prese nel loro senso ordinario, sarebbe un bel dire che un'interpretazione restrittiva deve esservi apposto per evitare un inconveniente che doveva essere contemplato dal legislatore al momento dell'adozione dell'atto, e che nella sua opinione era probabilmente controbilanciato dai possibili vantaggi che era inteso avrebbe prodotto». *United States v. Fisher*, 6 U.S. 358, 358 (1805).

²³ J. MARSHALL, *A Friend of the Constitution*, in *Alexandria Gazette*, 2 luglio 1819, in G. GUNTHER (a cura di), *John Marshall's Defense of McCulloch V. Maryland*, Stanford, Stanford University Press, 1969, 185.

²⁴ *Ivi*, 167. Cfr. J.C. YOO, *Marshall's Plan. The Early Supreme Court and Statutory Interpretation*, in *Yale Law Journal*, 1992, 1616.

²⁵ H. GILLMAN, *op. cit.*, 205.

²⁶ M. HORWITZ, *op. ult. cit.*, 51.

A confermare questo dato, peraltro, sono tanto i grandi giuristi dell'Ottocento quanto le pronunce della Corte Suprema. Così Joseph Story, pur riconoscendo la necessità che i mezzi di cui disponeva il governo federale per adempiere le proprie funzioni mutassero in riferimento ai cambiamenti della società, negava recisamente ogni possibilità estensiva delle funzioni del governo federale, e in tale occasione riaffermava con decisione gli assunti originalisti:

«nemmeno deve essere mai perso di vista il fatto che il governo degli Stati Uniti è un governo limitato e di poteri enumerati; e che un eventuale abbandono del vero limite e senso dei suoi poteri è, in tale misura, l'instaurazione di una nuova costituzione. Significherebbe fare per il popolo, quello che il popolo non ha deciso di fare per se stesso. Significa usurpare le funzioni del legislatore, e abbandonare quelle di un interprete del diritto. Argomenti inerenti l'infelicità o la sconvenienza [di certe politiche legislative] non devono avere qui alcuno spazio. L'unico corretto principio è dichiarare, *ita lex scripta est*, seguire e obbedire»²⁷.

Idee sostanzialmente identiche erano espresse dagli altri grandi trattatisti dell'Ottocento: da John Taylor²⁸ a William Rawle²⁹, da Francis Lieber³⁰ a Henry Campbell Black³¹, da Arthur W. Machen Jr.³² a Abel Parker Upshur³³. Fino a Thomas Cooley, «l'autore del più importante trattato della fine del Diciannovesimo secolo»³⁴, per il quale, esplicitamente, «l'oggetto dell'interpretazione, per come applicato ad una costituzione scritta, è quello di dare effetto all'intento che avevano le persone nell'adottarla. Nel caso di qualsiasi legge scritta, è l'intento del legislatore che deve essere fatto valere»³⁵. Per di più, aggiungeva, con parole oggettivamente difficili da ridimensionare,

«una costituzione non è fatta per significare una cosa in un certo momento, e un'altra in un momento successivo quando le circostanze potrebbero essere cambiate a tal punto che forse adottare una regola diversa [*idest*, un diritto diverso] potrebbe essere preferibile. Una parte fondamentale del beneficio di avere costituzioni scritte andrebbe persa se le regole da esse stabilite fossero così flessibili da piegarsi alle circostanze o essere modificate dall'opinione pubblica. È proprio in speciale riferimento ai vari stati

²⁷ J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. I, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833, 409-410, citato in H. GILLIAM, *op. cit.*, 206.

²⁸ Cfr. J. TAYLOR, *New Views of the Constitution of the United States* (1823), a cura di J. McClellan, Washington (DC), Regnery, 2000, citato in J. O'NEILL, *op. cit.*, 21-22, 222.

²⁹ Cfr. W. RAWLE, *A View of the Constitution of the United States*, Philadelphia, H.C. Carey and I. Lea, 1825, citato in J. O'NEILL, *op. cit.*, 21, 222.

³⁰ Cfr. F. LIEBER, *Legal and Political Hermeneutics*, Boston, Little, Brown, 1839, citato in J. O'NEILL, *op. cit.*, 22, 222-223.

³¹ Cfr. H.C. BLACK, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, St. Paul (MN), West Publishing, 1896, citato in J. O'NEILL, *op. cit.*, 24, 224.

³² Cfr. A.W. MACHEN JR., *The Elasticity of the Constitution*, in *Harvard Law Review*, 1900, citato in J. O'NEILL, *op. et loc. ult. cit.*

³³ Cfr., A.P. UPSHUR, *A Brief Enquiry into the True Nature and Character of our Federal Government*, Petersburg, Edmund and Julian C. Ruffin, 1840, 94, citato in H. JEFFERSON POWELL, *The Original Understanding of Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 1985, 947.

³⁴ H. GILLMAN, *op. cit.*, 209.

³⁵ T.M. COOLEY, *A Treatise on The Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, IV ed., Boston, Little, Brown and Company, 1878, 68, citato in H. GILLMAN, *op. cit.*, 209.

d'animo dell'opinione pubblica, e in vista di mettere i fondamentali del governo al di là del loro controllo, che questi strumenti sono realizzati; and non vi può essere un cambiamento così fisso e impercettibile nelle loro regole secondo i principi del common law»³⁶.

Sullo sfondo di tutti questi giuristi – forse, di tutti i giuristi della storia americana – si stagliava l'influente ombra di William Blackstone, vero anello di congiunzione tra il diritto inglese e il nascente diritto americano, l'uomo che «quasi da solo diede forma al corso del diritto americano»³⁷. Insieme all'affermazione della sovranità indiscussa del Parlamento nel costituzionalismo inglese³⁸, Blackstone definì in termini inequivocabili quella che era per lui la corretta metodologia di interpretazione dei testi normativi:

«il metodo più corretto e razionale per interpretare la volontà del legislatore è attraverso l'esplorazione delle sue intenzioni al tempo in cui la legge è stata fatta, mediante i *segni* più naturali e probabili. E questi segni sono alternativamente le parole, il contenuto, la materia, gli effetti e la conseguenza, o lo spirito e la ragione delle legge. Guardiamoli brevemente. 1- Le parole sono generalmente interpretate nel loro significato più usuale e conosciuto; non solo in riferimento alle proprietà della grammatica, quanto in riferimento al loro uso generale e popolare. 2. Se le parole dovessero apparire ancora dubbiose, potremmo estrapolare il loro significato dal contesto; con cui può essere utile confrontare una parola, o una frase, in tutti i casi in cui siano ambigue, equivocate o intricate. [...] 3. Per quanto riguarda la materia, le parole sono sempre intese come inerenti ad essa; dal momento che quella è supposta essere sempre nello sguardo del legislatore, e tutte le espressioni sono intese come dirette a quel fine [...] 4. In merito agli effetti e conseguenze, la regola è che, laddove le parole non abbiano alcuno significato, ovvero una assurdo, se intesi letteralmente, possiamo allora deviare dal senso tradizionale di esse. [...] 5. Ma, in ultima analisi, la via più universale e efficace per scoprire il vero significato di una legge, quando le parole sono dubbiose, è attraverso la ragione e lo spirito di essa; o la causa che ha spinto il legislatore ad adottarla»³⁹.

La giurisprudenza non si discosterà mai, sostanzialmente, da queste certezze dottrinali, in tutto il Diciannovesimo secolo e per la prima metà del Ventesimo. Così, in un articolo fortemente provocatorio del 1989, Boris Bittker celebrerà il duecentennale della «giurisprudenza dell'intento originale» (*jurisprudence of original intent*) – due anni dopo il duecentennale della Costituzione – riferendosi al caso *Hylton v. United States*⁴⁰. Nel caso di specie, era posta in dubbio la costituzionalità

³⁶ T.M. COOLEY, *op. cit.*, I ed., Boston, Little, Brown and Company, 1868, 54, citato in H. GILLMAN, *op. cit.*, 210.

³⁷ D.R. NOLAN, *Sir William Blackstone and the New American Republic. A Study of Intellectual Impact*, in *New York University Law Review*, 1976, 731.

³⁸ «Non vi è corte che abbia il potere di sconfiggere l'intento del legislatore, quando questo è espresso in parole così evidente ed espresso da non lasciare dubbio alcuno sul fatto che quello fosse, o meno, l'intento del legislatore». W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 66-67.

³⁹ *Ivi*, 45-47

⁴⁰ 3 U.S. 171 (1796).

dell'imposizione tributaria federale sulle carrozze, dipendente dalla natura diretta o indiretta della tassa:

«[l]a questione è se una tassa sulle carrozze può essere una tassa diretta. Se è una tassa diretta, è incostituzionale, perché è stata posta in essere in ragione della regola di uniformità, non in base alla regola dell'apporzionamento. A favore del ricorrente, è stato affermato che una tassa sulle carrozze non rientra nella descrizione di un dovere, di un'imposta o di un'accisa, e pertanto è una tassa diretta. Dall'altra parte, è stato affermato che se una tassa sulle carrozze non è una tassa diretta, deve rientrare dentro una delle classificazioni appena enumerate, ed in particolare deve essere un dovere o un'accisa. L'argomentazione di entrambe le parti è circolare; non è un dovere, un'imposta o un'accisa, e pertanto deve essere una tassa diretta; non è una tassa, e pertanto deve essere un dovere o un'accisa. Quale sia il significato naturale e comune, o tecnico ed appropriato, delle parole "dovere" e "accisa" non è facile da stabilire. Le parole non presentano un'idea chiara e precisa nella mente. Diverse persone attribuirebbero diversi significati ai termini. In ogni caso, era chiaramente intenzione dei redattori della Costituzione che il Congresso possedesse pieni poteri su ciascuna tipologia di proprietà tassabile, escluse le esportazioni»⁴¹.

È quasi difficile isolare sentenze nella giurisprudenza ottocentesca della Corte Suprema che non seguano la stessa falsariga originalista. Alcune, magari, spiccano per la particolare eloquenza: così il *Sourcebook* del Department of Justice del 1987, uno dei grandi testi dell'originalismo⁴², annovera tra gli "alti esempi" dell'originalismo *Marbury v. Madison*⁴³, *Fletcher v. Peck*⁴⁴, *Cohens v. Virginia*⁴⁵,

⁴¹ *Ivi*, 176.

⁴² AA.VV., *Sourcebook*, cit., 50-57.

⁴³ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). «*Marbury* stessa è un esempio splendido di fedeltà al linguaggio costituzionale. Marshall iniziò la sua interpretazione della disposizione in questione – l'articolo III – citandola. Fu attento ad applicare il "significato evidente delle parole" [in *ivi*, 175], e ad aderire al loro "ovvio significato" [*ibidem*]. Allo stesso modo rigettò interpretazioni che avrebbero reso qualsiasi disposizione "mera superfetazione" [in *ivi*, 174], o che avrebbero richiesto alle corti di "chiudere i loro occhi davanti alla costituzione" [in *ivi*, 178]. In breve, Marshall fondò la propria decisione in *Marbury* sul significato originale della Costituzione per come derivato dal suo linguaggio e dalla struttura, non su valori o principi trovati al di fuori dal testo». AA.VV., *Sourcebook*, cit., 50.

⁴⁴ 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810). «In *Fletcher*, la Corte Suprema abrogò una legge della Georgia per violazione della clausola sui contratti [disposizione che vieta qualsiasi legge che renda più difficile l'adempimento degli stessi, *ndr*]. La questione costituzionale primaria riguarda la possibilità che la disposizione si applichi alla cessione di terra da parte di uno stato ad una parte privata. In una analisi cristallina del significato originale della clausola sui contratti, il Chief Justice Marshall ritenne che la disposizione si applicasse a contratti eseguiti come le cessioni in questione. [...] Sfortunatamente, Marshall si allontanò momentaneamente in *Fletcher* della sua analisi basata sul significato originale alludendo ad un fondamento alternativo per la decisione della Corte, basato su "principi generali che sono comuni a tutte le istituzioni libere". [in *ivi*, 139] Questo inusuale affidamento su principi extra-testuali da parte di Marshall dimostra che anche quanti credono nell'applicazione del significato originale del testo costituzionale possono a volte cadere nel non-interpretivismo». AA.VV., *Sourcebook*, cit., 50-51.

⁴⁵ 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821). «Dopo aver svolto un'estesa analisi del linguaggio costituzionale in questione, Marshall confermò la sua interpretazione rifacendosi alla trattazione del tempo nel *Federalist* e alla pratica contemporanea del Congresso nell'adozione dello *Judiciary Act*, entrambi fatti che corroboravano la conclusione di Marshall sul fatto che la Corte Suprema potesse delibare i casi criminali statali che riguardassero questioni federali. Rigettò l'interpretazione proposta dallo Stato del Virginia come «fondata, non sulle parole della costituzione, ma sul suo spirito, uno spirito estratto, non dalle parole della costituzione, ma dalla punto di vista della parte sulla natura dell'unione, e sui grandi fondamentali principi su cui l'edificio è costruito.» [in *ivi*, 422] Marshall concluse esprimendo un sano scetticismo verso tutte le interpretazioni basate un percepito «spirito» che contraddice il linguaggio ratificato». AA.VV., *Sourcebook*, cit., 51-52.

*Gibbons v. Ogden*⁴⁶ e *Ogden v. Saunders*⁴⁷. Quest'ultima, in particolare, si segnala per la *dissenting opinion* di Marshall che sembra uscita direttamente da un moderno trattato sul «nuovo originalismo»:

«è stato detto fin troppo al riguardo dei principi interpretativi che devono essere applicati alla Costituzione degli Stati Uniti. [...] Affermare che l'intenzione dello strumento deve prevalere; che questa intenzione deve essere ricavata dalle sue parole; che le sue parole devono essere intese nel senso in cui erano generalmente intese da coloro ai quali era destinato lo strumento ; che le sue clausole non devono essere né ristrette all'insignificanza, né [riferite] ad oggetti non compresi in esse o contemplati dai costituenti, significa ripetere quanto è già stato detto anche più ampiamente ed è tutto ciò che è necessario»⁴⁸.

Ma la “prova provata” della deferenza giudiziale verso la metodologia originalista ci è data, paradossalmente, dallo stesso attivismo giudiziario ottocentesco. Consideriamo *Dred Scott v. Sandford*, il primo luogo di emersione di quel *Substantive Due Process* che verrà utilizzato nel Ventesimo secolo per colpire la legislazione sociale durante la *Lochner Era* e, infine, per affermare il diritto all'aborto in *Roe v. Wade*. In *Dred Scott*, «la lotta sulla schiavitù fu primariamente combattuta come una battaglia tra opposte concezioni dell'intendimento originario piuttosto che sulla possibilità che il sistema politico fosse libero di evolversi allontanandosi dal disegno originale – per entrambe le parti, la questione si poneva nei termini di preservare piuttosto sviluppare [il significato]»⁴⁹. Non a caso il *Chief Justice* Taney «giustificò la sua considerazione, per cui i neri non sono cittadini, sulla base dell'intendimento originario dei costituenti»⁵⁰. Questi, infatti,

«diede un esempio di originalismo declinato sia come *original intent* che come *original meaning* laddove affermò che i costituenti non intendevano includere i neri e affermò anche che al tempo della redazione della costituzione non si intendeva la parola “cittadino” come inglobante i neri. Cittadinanza significava essere membri della comunità politica e i neri non erano ritenuti

⁴⁶ 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824). «In *Gibbons*, il legislatore dello stato di New York aveva garantito a due persone il diritto esclusivo di navigazione per i traghetti nelle acque di New York. La Corte Suprema ritenne che tale diritto confliggeva con alcune leggi federali adottate in base alla disposizione costituzionale sul commercio di cui all'articolo I, § 8. Nel determinare la portata della disposizione della clausola sul commercio, il Chief Justice Marshall rigettò come extra-costituzionale il principio che i poteri enumerati dovevano essere interpretati generalmente in modo restrittivo, chiedendo «c'è una frase nella costituzione che riconosce questa regola?» [ivi, 187]. Insistette al contrario sul fatto che le parole in questione dovevano essere interpretate nel loro “senso naturale” e che le ambiguità dovessero essere risolte riferendosi al loro fine e obiettivo. Riguardo la questione dell'estensione alla navigazione della disposizione sul commercio, notò come «tutta l'American intende, e ha sempre uniformemente inteso, la parola “commercio” in modo tale da comprendere la navigazione». [ivi, 190] Interpretando la frase «tra i diversi Stati», Marshall egualmente cercò di individuare il suo significato originale. Concluse che non includeva il commercio completamente interno ad un singolo stato, ma si estendeva al «commercio che riguardi più di uno stato» e specificatamente la navigazione a New York se iniziava o terminava in un altro stato [ivi, 194-195]. Nonostante [oggi] alcuni studiosi contestino le conclusioni specifiche, l'interpretazione della disposizione sul commercio del Chief Justice Marshall illustra il suo intento di rimanere fedele al significato originale della Costituzione.» AA.Vv., *Sourcebook*, cit., 52-53.

⁴⁷ 25 U.S. (12 Wheat.) 213, 332-358 (1827) (Marshall, J., dissenting). «In *Ogden*, la maggioranza della Corte Suprema ritenne che la disposizione sui contratti della Costituzione non proibisce alle leggi statali di regolare i contratti posti in essere *dopo* che la legge sia stata adottata». AA.Vv., *Sourcebook*, cit., 53.

⁴⁸ *Ogden*, 25 U.S. 332.

⁴⁹ H. GILLMAN, *op. cit.*, 213.

⁵⁰ J.M. BALKIN, S. LEVINSON, *Thirteen Ways of Looking at Dred Scott*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2007, 68.

generalmente membri di quella comunità. Non soltanto Taney abbracciò diverse varietà di originalismo, ma sembra che rigettò anche qualsiasi nozione di quella che oggi chiameremmo “costituzione vivente”, che si adatta ai mutevoli tempi e bisogni»⁵¹.

Tuttavia, come sottolineano sempre Balkin e Levinson,

«[l'] argomento di Taney è “cattivo originalismo” poiché, sebbene affermò solennemente di essere soltanto fedele all'intendimento originario, manipolò la storia giuridica. Come il Justice Curtis sottolineava nella sua *dissenting opinion*, i neri erano cittadini in diversi stati già prima della rivoluzione ed in alcuni di essi erano stati ammessi anche al diritto di voto. Ciò che rende l'argomento di Taney cattivo originalismo non è tanto il fatto che invochi le intenzioni originarie o l'intendimento originario, ma il fatto che faccia questo incorrettamente e anacronisticamente. Dal nostro privilegiato punto di vista, è facile scorgere che l'*opinion* di Taney era motivata primariamente dal suo desiderio di promuovere le idee pro-schiaviste del 1857 piuttosto che un onesto esercizio in fedeltà costituzionale alla costituzione del 1787. Gli originalisti di oggi, insistendo sul fatto che la fedeltà all'intendimento originario delle parole della Costituzione è la legittimo fonte dell'interpretazione costituzionale, sono desiderosi di unirsi alla denuncia di Taney come cattivo modello del loro metodo preferito. Sono felici di abbracciare la *dissenting opinion* del Justice Curtis, che dimostra, per la gioia della maggior parte dei lettori, come la storia giuridica era meno chiara di come Taney l'avesse riportata»⁵².

Come emerge anche dal modo in cui l'attivismo giudiziario è argomentato, l'Ottocento è dunque, incontestabilmente, un secolo di “placido dominio” dell'originalismo, inteso tanto come teoria interpretativa quanto filosofia giudiziale: possiamo così estendere a tutto il periodo l'affermazione di David Currie che in un'importante monografia sul trentennio 1829-1961 afferma come, «con la possibile eccezione di alcuni radicali al di là del normale [*beyond the fringe*], praticamente chiunque era [al tempo] un originalista»⁵³. Da una parte, il significato del testo costituzionale era il significato ad esso attribuito da chi lo aveva adottato – i costituenti (*framers*) – e, dall'altra, l'intenzione dell'autore storico (*authorial intent*) rimaneva il canone per eccellenza dell'interpretazione giuridica. Del resto, ad esprimere con convinzione le tesi originaliste erano gli stessi protagonisti della storia americana del tempo, a partire da Thomas Jefferson, che nel suo discorso inaugurale da presidente dirà: «[l]a costituzione, su cui riposa la nostra Unione, sarà da me amministrata in accordo con il significato fedele ed onesto contemplato dal semplice intendimento delle persone degli Stati Uniti al momento della sua adozione»⁵⁴. Allo stesso modo, scriverà James Madison: «io concorro interamente

⁵¹ *Ivi*, 69-70.

⁵² *Ivi*, 70-71

⁵³ D.P. CURRIE, *The Constitution in Congress. Democrats and Whigs, 1829-1861*, Chicago-London, University of Chicago Press, 2005, xiii.

⁵⁴ J. ELLIOT, *The debates in the several State conventions on the adoption of the Federal Constitution as recommended by the general convention at Philadelphia in 1787*, II ed., vol. III, Washington, 1836, 466, citato in R. BERGER, *Government*, cit., 21

nell'appropriatezza di rifarsi al senso in cui la Costituzione fu accettata e ratificata dalla nazione. [...] E se quello non dovesse essere la guida nell'interpretazione di essa, non ci potrebbe essere certezza di uno stabile e coerente, oltre che fedele, esercizio dei suoi poteri»⁵⁵. In termini ancora più incisivi, Charles Sumner, senatore del Massachusetts e futuro difensore di un'interpretazione estensiva della *equal protection of the law*, dirà: «ogni costituzione incarna i principi dei suoi redattori. È una trascrizione delle loro menti. Se è aperto al dubbio in qualsiasi modo il suo significato [...] non possiamo sbagliare se ci rivolgiamo ai redattori»⁵⁶.

Insieme all'originalismo come *metodologia interpretativa*, rimaneva ferma l'idea che i giudici dovessero attenersi strettamente alla volontà del legislatore – dunque l'originalismo come *filosofia giudiziale*. Questo secondo assunto, già diffuso nel costituzionalismo inglese dai tempi di Bacon⁵⁷, era stato riaffermato da Blackstone⁵⁸ e poteva solo che giovare dalla recente diffusione del pensiero di Montesquieu. Come noto, per il pensatore francese – riferimento dei costituenti americani – il potere giudiziario è “potere nullo”⁵⁹, e proprio questa suggestione di nullità della funzione giudiziaria ispirerà la frase di Alexander Hamilton, espressa nel *The Federalist* numero 78 – datato 28 maggio 1788 – per cui dei diversi «dipartimenti di potere» (*departments of power*), «il giudiziario, per la natura delle sue funzioni, sarà sempre il meno pericoloso per i diritti politici della costituzione; poiché sarà sempre il meno capace di interferire con essi o infrangerli», dal momento che «esso è il più debole dei tre»⁶⁰.

1.2. La Warren Court e la costituzione vivente

Nel Novecento, la posizione dominante dell'originalismo sarà profondamente intaccata: da una parte, l'idea dell'interpretazione costituzionale verrà colonizzata da interpretazioni evolutive all'insegna della «costituzione vivente»; dall'altra, molto più radicalmente, all'idea della Corte Suprema come organo giurisdizionale, esclusivamente dedito all'interpretazione ed all'applicazione del significato originale del testo costituzionale, si sostituiranno concezioni dottrinali della Corte come attore politico finalizzato al rinnovamento etico della società. Lo scettro dell'originalismo, e come *metodo interpretativo* e *filosofia giudiziale*, sarà prepotentemente messo in discussione. Come ricorda Howard Gillman,

⁵⁵ J. MADISON, *Letters and Other Writing of James Madison*, Philadelphia, Lippincot & Co., 1865, 442, citato in R. BERGER, *op. et loc. ult. cit.*

⁵⁶ Cong. Globe, 39th Congress, citato in H. JEFFERSON POWELL, *op. et loc. ult. cit.*

⁵⁷ V. *supra* cap. II, § 1.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ «Dei tre poteri di cui noi abbiamo parlato, quello di giudicare è, in qualsiasi modo, nullo» (*Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle*). MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix* (1777), libro XI, Parigi, Firmin Didot Freres, 1862, 132.

⁶⁰ A. HAMILTON, *The Federalist no. 78* (May 28, 1788), in T. BALL (a cura di), *Hamilton, Madison and Jay. The Federalist with Letters of Brutus*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 378.

«[il] consenso sull'autorità dell'originalismo rimase fermo fino al cambio di secolo, quando i progressisti nella comunità giuridica giunsero a credere nell'opportunità di riconfigurare il sistema politico esistente cosicché fosse in grado di far fronte alle innovative sfide derivanti dalla gestione di una economia nazionale industriale [...] Le componenti centrali della trasformazione furono l'espansione dell'autorità federale legislativa e la creazione di una moderna struttura esecutiva regolatoria. Queste caratteristiche, segnatamente, difficilmente potevano riconciliarsi con i prevalenti intendimenti dell'intento originale. La soluzione a questo problema di sviluppo politico fu una corrispondente evoluzione dottrinale. Facendo leva su correnti intellettuali che non erano disponibili nella generazione dei costituenti – incluso il darwinismo, lo storicismo e il pragmatismo – giudici e accademici affermarono che le disposizioni della Costituzione erano fatte per adattarsi a mutevoli circostanze e fini sociali»⁶¹.

Tuttavia, una importante correzione all'analisi di Gillman si rende necessaria. Come nota Horwitz, lo stesso trapasso dalla *Lochner Era* alla *New Deal Court* nel 1937 – quel «cambio all'ultimo che salvò i nove» e fissa oggi la prima grande «rivoluzione costituzionale» del diritto americano – sarà, ad ogni buon conto, una riaffermazione del dato originalista. Infatti, il superamento dell'attivismo del *laissez-faire* in *West Coast v. Parrish* non implicò l'approdo della Corte Suprema nel porto della «costituzione vivente» – teoria che era andata sviluppandosi proprio in quei decenni per giustificare un'interpretazione alternativa della Costituzione, favorevole alla legislazione sociale. All'opposto, il superamento della *Lochner Era* avvenne attraverso una più recisa riaffermazione del dato originalista: la giurisprudenza della Corte fu rigettata in quanto trovata irrispettosa del vero intento dei costituenti, che non avrebbero mai affidato alla Corte – tanto nella *Due Process Clause* del Quinto o del Quattordicesimo emendamento – il ruolo di arbitro delle scelte politico-economiche. Non, dunque, poiché – come avrebbero voluto i teorici della costituzione vivente – la Corte non dava sufficiente spazio alle esigenze politiche del momento, adattando il significato della Costituzione al mutato contesto sociale. Come si è ricordato in precedenza⁶², «la vittoriosa maggioranza [della Corte] nel New Deal raffigurò il proprio trionfo non come una rivoluzione costituzionale, ma come una restaurazione costituzionale»⁶³. Rivoluzione, dunque, sì, ma rivoluzione *originalista*:

«[i] pensatori che giustificarono la rivoluzione costituzionale ingenerata dal New Deal dopo il 1937 spiegarono il loro trionfo non come una rivoluzione costituzionale ma come la restaurazione di principi costituzionali neutrali. La *Lochner Court*, dicevano, aveva erroneamente immesso le proprie limitate visioni dentro la Costituzione sul finire del Diciannovesimo secolo. I giudici arricchirono la costituzione con le loro idee sul diritto naturale [...] Attraverso la dottrina della deferenza giudiziale, i New Dealers affermarono di stare riportando la Costituzione al suo stato

⁶¹ H. GILLMAN, *op. cit.*, 192-193.

⁶² Cfr. *supra* cap. II, § 3.

⁶³ M.J. HORWITZ, *The Constitution of Change*, cit., 56.

pre-*Lochner*. Così, la rivoluzione costituzionale del New Deal non fu giustificata attraverso la concezione di una Costituzione mutevole, quanto piuttosto come una restaurazione di immutabili principi neutrali inscritti nella Costituzione originale»⁶⁴.

Si rende necessario postdatare la crisi del monolite originalista, che è dunque da trattare come fenomeno essenzialmente successivo alla Seconda guerra mondiale, sebbene talvolta razionalizzato attraverso lo schema della Costituzione vivente che era stato apprestato dalla dottrina per superare la recalcitrante giurisprudenza della *Lochner Era*. La vera crisi dell'originalismo coincide allora – per così dire, “direttamente” – con la stagione della *Warren Court*, che in questo è davvero il momento di svolta della storia costituzionale americana. Per quanto annunciata da alcuni passaggi di sentenza successive, ed in particolare dalla celebre *Footnote Four* (nota a piè pagina numero quattro) di *Carolene Products*⁶⁵ – in cui la Corte programmaticamente stabilì che le controversie inerenti determinate materie avrebbero ricevuto uno scrutinio più severo rispetto ad altre ambiti costituzionali⁶⁶ – la “crisi dell'originalismo” è una vicenda essenzialmente legata alla giurisprudenza della Corte guidata da Earl Warren e al tentativo della dottrina di fondarne la legittimità.

Tre fenomeni, peraltro, avevano contribuito in modo decisivo ad indebolire le fondamenta dell'originalismo inteorizzato. Politicamente, le forze progressiste spingevano a favore di un intervento federale più forte e strutturato di quello apparentemente consentito dalla Costituzione, per superare diverse iniquità delle legislazioni statali, dalla segregazione razziale ai sistemi elettorali, e la Corte Suprema sembrava l'unico ente potenzialmente conquistabile dall'ideologia *liberal*. Scientificamente, invece, da un lato la metodologia giuridica risentiva della svolta evoluzionistica delle scienze “pure” e, dall'altro, il realismo giuridico aveva condotto un attacco apparentemente vincente contro le certezze della dogmatica giuridica⁶⁷. La rilevanza dei fenomeni esterni nell'abbandono parziale dell'originalismo, permette di concludere, con le parole dell'autore di una

⁶⁴ IDEM, *The Warren Court And The Pursuit Of Justice*, in *Washington & Lee Law Review*, 1993, 6.

⁶⁵ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁶⁶ Le materie soggette a più incisivo scrutinio di costituzionalità erano le leggi restringenti «i processi politici che dovrebbero portare all'abrogazione di legislazione non desiderabile», «il diritto di voto», «la disseminazione dell'informazione», «le interferenze con le organizzazioni politiche» o «la proibizione del diritto ad assembrarsi pacificamente». Continuava il Justice Stone, per la maggioranza: «Né dobbiamo chiederci se simili considerazioni si applichino al controllo su leggi indirizzate a particolari minoranze religiose [...], nazionali [...], razziali [...]; o se il pregiudizio contro minoranze specifiche e isolate sia una particolare condizione tendente a bloccare i processi politici cui ci si affida per la protezione di quelle minoranze, e che debba quindi ricevere un più penetrante controllo giudiziale» (*ivi*, 155). Sulla celebre *Footnote four* cfr. R.M. COVER, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, in *Yale Law Journal*, 1982, 1287 ss. (sostenendo che *Carolene Products* sia l'origine dell'attivismo giudiziario della futura *Warren Court*); B.A. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 1985, 713 (per la tesi che solo superando la retorica di *Carolene Products* si possa davvero procedere a differenziare le «minoranze specifiche ed isolate»; F. GILMAN, *The Famous Footnote Four. A History of the Carolene Products Footnote*, in *South Texas Law Review*, 2004, 163 ss. (affronta, e critica, il «mito» di *Carolene Products*). Per Ely *Carolene* rappresentò «la fondazione intellettuale della Warren Court». M.J. HORWITZ, *In What Sense was the Warren Court Progressive?*, in *Widener Law Symposium Journal*, 1999, 96.

⁶⁷ Cfr. L.J. STRANG, *Originalism's Promise. A Natural Law Account of the American Constitution*, New York-Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 17.

recente monografia: «queste ragioni dimostrano che l'abbandono dell'originalismo da parte della cultura giuridica americana fu causato da forze estrinseche alla Costituzione»⁶⁸.

In primo luogo, era in atto negli anni Cinquanta un potente rivolgimento politico-intellettuale. Il movimento progressista era riuscito a superare l'ostacolo rappresentato dalla Corte della *Lochner Era*, seppur nelle forme di una riaffermazione del dato originalista. Tuttavia, altri agognati risultati dell'ideologia *liberal* sembravano più complicati da raggiungere tramite una retorica essenzialmente basata sulla "fedeltà alla Costituzione". La difesa costituzionale della legislazione sociale aveva potuto godere di un massiccio favore popolare, trasversale a diverse fasce della popolazione, e questo aveva contribuito a mettere all'angolo la giurisprudenza della Corte Suprema, tanto più se, come detto, la natura attivista della stessa si scontrava con la tradizione originalista allora dominante, fornendo un elemento di critica all'istituzione basato sulla riaffermazione del canone interpretativo tradizionale – senza richiedere, in altre parole, l'abbraccio di un nuovo modello ermeneutico e di una diversa visione della Costituzione. Al contrario, i diversi obiettivi che il movimento progressista si poneva – nella forma in particolare del *Civil Rights Movement*, da cui l'espressione di '*Civil Rights Era*' per descrivere quegli anni – difficilmente potevano godere di un eguale sostegno popolare: il tema cruciale della desegregazione razziale, ad esempio, non soltanto rimaneva un tabù negli Stati ex-schiavisti, ma nemmeno scaldava i cuori ai cittadini degli Stati del Nord i quali continuavano ad annoverare plurimi esempi, ad esempio, di scuole razzialmente segregate, a partire dal distretto di Columbia – soggetto all'esclusiva e diretta normazione federale. Alla luce di questa situazione, le élite *liberal* che intendevano superare la segregazione razziale non potevano farsi illusioni su di una affermazione democratica delle loro idee, legislazione dopo legislazione, stato dopo stato: la Corte, con il suo potere uniformante e la sua composizione ristretta e facilmente conquistabile, diveniva, allora, l'unica concreta possibilità per introdurre i sospirati progressi sociali.

Tuttavia, la misura dell'attivismo giudiziario richiesto per dare vita a tali riforme progressiste avrebbe probabilmente trovato un ostacolo insormontabile nell'originalismo inteorizzato, se questi non avesse iniziato, già da sé, un processo di lenta disgregazione. Per superare la segregazione razziale e affermare altri diritti civili "in base alla Costituzione", era necessario cambiare il paradigma giuridico di riferimento. E un cambiamento di paradigma, per la prima volta, appariva possibile: a livello sistemico, infatti – come nota Horwitz, sulla scia di Kammen⁶⁹ – due potenti tradizioni che avevano inesorabilmente puntellato l'originalismo inteorizzato e la visione «statica» della Costituzione andavano perdendo forza: la concezione del mondo in termini newtoniani e l'anti-interpretivismo del

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. M. KAMMEN, *A Machine That Would Go Of Itself. The Constitution in American Culture*, New York, Alfred A. Knopf, 1986.

protestantesimo⁷⁰. Il diffondersi del darwinismo e dello storicismo aveva indebolito entrambe le tradizioni, promuovendo una visione del mondo basata sull'idea di un "progresso", di una "evoluzione", e al contempo estromettendo la visione di un mondo eternamente retto dagli stessi principi in campo naturale e sociale. Con l'affermarsi di queste nuove sensibilità, crepava la *Weltanschauung* cui era tradizionalmente legato l'originalismo inteorizzato, che declinava sul terreno giuridico quelle idee "fisiche" ed "esegetiche" sostenendo e propugnando un'interpretazione costituzionale stabile, determinata, inamovibile: newtownianamente meccanicistica. Con il venir meno di quei paradigmi, l'originalismo perdeva i solidi appigli culturali che l'avevano reso di fatto inattaccabile.

In terzo luogo, nel campo della filosofia del diritto, il realismo giuridico aveva posto in essere una critica spietata delle tradizionali categorie giuridiche. Se il precedente paradigma era stato ancorato all'ideale della "certezza del diritto", incarnata dal formalismo di Christopher Columbus Langdell – per il quale il diritto era una scienza consistente in un insieme di regole logicamente connesse e dotato di una verificabilità simile a quella delle scienze naturali⁷¹ – il realismo giuridico aveva trionfalmente messo in crisi l'ideale della "certezza del diritto", assimilata addirittura da Frank ad un'illusione freudiana priva di ogni reale fondamento⁷². Attraverso le opere di Karl Llewellyn⁷³, Herman Oliphant⁷⁴, Underhill Moore⁷⁵, Felix Cohen⁷⁶, Jerome Frank⁷⁷ e Max Radin⁷⁸, tra gli altri, le categorie tradizionali del diritto e la possibilità della certezza dello stesso verranno formidabilmente revocate in dubbio.

⁷⁰ Cfr. M.J. HORWITZ, *Constitution of Change*, 41-43.

⁷¹ «Il diritto, considerato come scienza, consiste di alcuni principi o dottrine. Avere maestria di questi nel senso di essere in grado di applicarli con costante facilità e certezza al gomitolo sempre ingarbugliato degli affari umani, è ciò che costituisce il vero giurista. [...] La crescita [di queste dottrine] deve essere ritracciata fondamentalmente in una serie di casi; e la più breve e la migliore strada, se non l'unica, per dominare la dottrina efficacemente è studiare i casi in cui si si incarnano». C.C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, Little, Brown and Company, 1871, vi. Per un celebre commento di Grey: «Langdell credeva che attraverso il metodo scientifico i giuristi potessero derivare corretti giudizi giuridici da alcuni pochi concetti e principi fondamentali, che era compito del un giurista-scienziato come egli stesso scoprire». T.C. GREY, *Langdell's Orthodoxy*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1983, 5.

⁷² Cfr. J. FRANK, *Law and The Modern Mind* (1930), New York, Anchor Books, 1963, 15, 79.

⁷³ Cfr. K.N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, in *Vanderbilt Law Review*, 1950, 395 ss. (dove si afferma che per ogni canone interpretativo ne esiste un altro che può portare ad una soluzione diversa dalla controversia)

⁷⁴ Cfr. H. OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, in *American Bar Association Journal*, 1928, 159 (sostenendo che l'essenza di una serie di discordanti pronunce della corte era da individuarsi nel diverso atteggiamento della Corte verso lavoratori imprenditori).

⁷⁵ Cfr. U. MOORE, T.S. HOPE, *An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking*, in *Yale Law Journal*, 1929, 707 ss. (sostenendo che, al di là del dato legale-istituzionali, le Corti accettavano il comportamento di una banca, anche apparentemente contrastante con il dato positivo, purché rassomigliante alla pratica di altra banca)

⁷⁶ Cfr. F.S. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in *Columbia Law Review*, 1935, 820 (attaccando l'idea che la terminologia legale sia effettivamente significativa e non la semplice coperta di autonome scelte valoriali del giudice).

⁷⁷ Cfr. J. FRANK, *op. cit.*, 7-8 (riconducendo l'indeterminatezza del diritto alla generale indeterminatezza delle scienze fisiche dopo la svolta quantistica)

⁷⁸ Cfr. M. RADIN, *Statutory Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 1930, 881 (rigettando tanto il testualismo quanto l'intenzionalismo come metodi interpretative).

Nonostante la dottrina successiva abbia esagerato fino alla distorsione le tesi dei realisti – a partire da Herbert Hart!⁷⁹ – non v'è dubbio che il realismo ritenesse al proprio interno almeno due assunzioni fondamentali e, per le finalità che qui interessano, estremamente compromettenti per l'originalismo⁸⁰. Da una parte, i realisti affermavano che nei casi giuridici che assurgono al livello di controversia giudiziale il diritto è in buona misura “naturalmente indeterminato”⁸¹; dall'altra, e in ragione di questa indeterminatezza, la soluzione della controversia risiede nella sensibilità del giudice, nel suo senso di giustizia o nelle sue preferenze economiche, religiose, di classe, etc.⁸². Se tutto questo è vero, non è possibile, per il giurista, ignorare tali inclinazioni personali dei giudici, perché è alla luce di classe di elementi extragiuridici che, al di là di ogni parvenza di ragionamento giudiziale, si spiega il contenuto della sentenza⁸³. È chiaro il nocume per l'originalismo: come approccio che pretendeva di invenire quasi chirurgicamente l'intenzione del legislatore, ordinario o costituente, il fatto della naturale indeterminatezza del diritto, se dimostrata, diveniva ostativa all'individuazione di tale intenzione o – che è la stessa cosa – l'individuazione dell'intenzione non era sufficiente a *determinare* l'interpretazione costituzionale. E se il diritto risulta “naturalmente indeterminato”, è *a fortiori* utopistico pensare che i giudici non godano di alcuna discrezionalità: una certa misura di attivismo giudiziario diveniva così consustanziale al diritto stesso – e, in quanto tale, non è più, propriamente, “attivismo”⁸⁴.

L'agenda politica *liberal*, l'obsolescenza della visione del mondo che aveva innervato l'originalismo inteorizzato e l'attacco alla categorie giuridiche classiche da parte del realismo giuridico: sono questi i tre fattori che rendono possibile la giurisprudenza manifestatamente nonoriginalista della *Warren Court*. In particolare, in questo sostrato giuridico-culturale rifiorirà la teoria della costituzione vivente, sviluppata senza successo giurisprudenziale dalla dottrina nei decenni della *Lochner Era* e che invece fornirà, in diverse occasioni durante la *Warren Court*, un'alternativa ai principi interpretativi dell'originalismo inteorizzato. Non a caso, per Horwitz

«[l]a rivoluzione costituzionale in cui si imbarcò la Warren Court si basò su due generali concezioni che potevano essere in conflitto. La prima era l'idea di una costituzione vivente: una costituzione che evolve in accordo con il mutamento dei valori e delle circostanze. La seconda

⁷⁹ Cfr. B. LEITER, *Rethinking Legal Realism. Toward a Naturalized Jurisprudence*, in IDEM, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 18.

⁸⁰ Per il nesso H. GILLMAN, *op. cit.*, 193, R.H. Bork, *The Tempting*, cit., 69-72, L.J. STRANG, *op. et loc. ult cit.*

⁸¹ B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, cit., 484, 488, 491.

⁸² IDEM, *Rethinking*, cit., 25-26.

⁸³ Riassumendo con Leiter: «i realisti avanzano (1) una teoria *descrittiva* riguardo alla natura della decisione giudiziale, in base alla quale (2) le decisioni giudiziali rientrano dentro modelli (sociologicamente) determinati, in cui (3) i giudici raggiungono risultati basati su di una risposta (generalmente condivisa) ai fatti sottostanti al caso, che (4) successivamente razionalizzano dopo il fatto con appropriate regole e ragioni giuridiche». *Ivi*, 30.

⁸⁴ Cfr. *supra*, cap. II § 1.

[concezione] era caratterizzata dalla riemersione del discorso dei diritti come modalità costituzionale dominante»⁸⁵.

Precisamente, «[l]a Warren Court esercitò ripetutamente il controllo di costituzionalità per promuovere idee politiche liberali condivise dalle forze dominanti nella vita politica nazionale, superando una serie di più vecchie dottrine e attuando interpretazioni liberali della Costituzione contro elementi recalcitranti nei governi statali e locali, in particolare nel Sud»⁸⁶. Che la «costituzione vivente» fosse la teoria di riferimento della Warren Court è peraltro dato generalmente condiviso⁸⁷. Il *locus classicus*⁸⁸ della teoria della costituzione vivente è la (misinterpretata) frase del Chief Justice Marshall, il quale in *McCulloch* ammoniva come «non dobbiamo mai dimenticare che è una costituzione quella che stiamo interpretando»⁸⁹, «fatta per durare nelle età a venire e conseguentemente ad essere adattata alle varie crisi degli affari umani»⁹⁰. Tuttavia attribuire a Marshall il seme di una visione evolutiva della Costituzione costituirebbe un evidente anacronismo: come ricorda lo stesso Gillman, «prima che i progressisti si appropriassero di *McCulloch* per le loro finalità innovative, era allo stesso modo considerato un truismo – anche da Marshall – che l’idea del costituzionalismo precludesse l’accettazione di una concezione evuzionaria del significato costituzionale»⁹¹. Giocando con le teorie, si potrebbe dire che solo se interpretata secondo il costituzionalismo vivente *McCulloch* può fondare il costituzionalismo vivente; di certo, non se interpretata secondo il significato dell’autore dell’*opinion*⁹². Commenterà ironicamente Berger: «il famoso *dictum* di Marshall in *McCulloch v. Maryland* [...] è utilizzato dagli attivisti [giudiziali] come un incantesimo infallibile; è la loro roccia eterna, un rifugio dal rigore dell’analisi»⁹³. Per quanto si possano trovare attribuzioni dell’aggettivo ‘vivente’ a ‘costituzione’ o ‘costituzionalismo’ già nell’Ottocento⁹⁴, la grande elaborazione della teoria si deve ai giuristi simpatetici alla legislazione sociale degli Stati e del Governo federale ed al loro tentativo di superare

⁸⁵ M.J. HORWITZ, *The Warren Court*, cit., 5.

⁸⁶ J.M. BALKIN, *The Roots Of The Living Constitution*, in *Boston University Law Review*, 2012, 1137.

⁸⁷ Cfr. F.B. CROSS, *Originalism – The Forgotten Years*, in *Constitutional Commentary*, 2012, 37; E.R. CLAEYS, *The Limits of Empirical Political Science and the Possibilities of Living-Constitution Theory for a Retrospective on the Rehnquist Court*, in *Saint Louis University Law Journal*, 2003, 747; A.M. ADAMS, *Justice Brennan and the Religion Clauses. The Concept of a Living Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1991, 1319 ss.; S. REINHARDT, *The Anatomy of An Execution. Fairness vs. Process*, in *New York University Law Review*, 1999, 314.

⁸⁸ V. ad es. E.S. CORWIN, *Moratorium over Minnesota*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, 314. Che il costituzionalismo vivente sia intrinsecamente legato a tale frase è dato di comune dominio: cfr., ad es., E. MEESE III, *Construing the Constitution*, in *U.C. Davis Law Review*, 1985, 25.

⁸⁹ *McCulloch*, 17 U.S. 316, 407.

⁹⁰ *Ivi*, 415.

⁹¹ H. GILLMAN, *op. cit.*, 194.

⁹² *Contra* M. KAMMEN, “A Vehicle of Life”. *The Founders’ Intentions and American Perceptions of Their Living Constitution*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1987, 331.

⁹³ R. BERGER, *Fourteenth Amendment. Light from the Fifteenth*, in *Northwestern University Law Review*, 1979, 370.

⁹⁴ Cfr. L.B. SOLUM, *Originalism versus Living Constitutionalism. The Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern Law Review*, 2019, 1255.

l'interpretazione restrittiva della Corte nella *Lochner Era*⁹⁵. Tra di essi si staglia la figura di Edward Corwin, che già nel 1925 significativamente affermava che «[l]a Costituzione è [...] sempre in contatto con la fonte del suo essere—è una legge vivente, da interpretare alla luce di condizioni viventi»⁹⁶. Commentando la *dissenting opinion* del Justice Sutherland in *Blaisdell*⁹⁷ — il quale affermava che «[u]na disposizione della Costituzione [...] non può essere soggetta a due opposte distinte interpretazioni. Non può significare una cosa in un momento ed una completamente diversa in un altro» — Corwin dirà:

«il lavoro della Corte nell'interpretare la Costituzione non può mai prendere la forma solamente di un'indagine storica relativamente alla supposta intenzione dei costituenti in riguardo a qualcosa su cui non potevano avere alcuna intenzione—almeno che non si pretendessero una onniscienza divina. Tale lavoro deve implicare la ricognizione di fatti della vivere quotidiano attuale. A tali fatti la Costituzione deve e sarà adattata prima o poi, e l'unica questione è relativa al metodo [in cui ciò debba avvenire]. [...] Il punto è [...] che la Costituzione deve significare cose diverse in momenti diversi se ci si aspetta che esprima ciò che è sensato, applicabile e percorribile»⁹⁸.

Sulla stessa falsariga si poneva Charles Beard, celebre autore dell'influente *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* del 1913⁹⁹:

«[L]e parole e le frasi non vengono fuori dalla Costituzione e interpretano se stesse. Un qualche essere umano, con tutte le parti e le passioni di tale creatura, deve accingersi all'opera di dare loro significato in leggi aggiuntive e pratiche. [...] Dai resoconti della storia possiamo farci un'idea delle prassi che erano in vigore. Ma cosa la costituzione come pratica è oggi dipende da come si comportano cittadini, giudici, amministratori, legislatori e quanti sono deputati ad eseguire le leggi nel porre in essere i cambiamenti nelle relazioni tra persone e proprietà negli Stati Uniti, o nel preservare le esistenti relazioni. La Costituzione come pratica è dunque il pensiero contemporaneo e l'azione dei cittadini e delle autorità che operano al di sotto di essa. È la parola vivente e l'opera di persone vivente, positiva laddove positiva, e soggetta alla loro interpretazione laddove prona a diverse letture. Come potrebbe essere altrimenti?»¹⁰⁰.

Citando un documento interno che era circolato in Corte, William Rehnquist fornirà la definizione moderna dell'idea di «costituzione vivente», da lui giudicata «corrosiva dei valori fondamentali della nostra società democratica»¹⁰¹: «[q]uesta Corte, come voce e coscienza della società contemporanea,

⁹⁵ H. GILLMAN, *op. cit.*, 234-240

⁹⁶ E.S. CORWIN, *Constitution V. Constitutional Theory*, in *The American Political Science Review*, 1925, 302.

⁹⁷ *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 448-483 (1934) (Sutherland, J., dissenting).

⁹⁸ C.S. CORWIN, *Moratorium*, cit., 314.

⁹⁹ Cfr. C.A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), London, Taylor & Francis, 2017.

¹⁰⁰ IDEM, *The Living Constitution*, in *The Annals of the American Academy*, 1936, 29, 31

¹⁰¹ W.H. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, in *Texas Law Review*, 1976, 706.

come misura della moderna concezione della dignità umana, deve dichiarare che [la tale prigionia] e tutto ciò che rappresenta offende la Costituzione degli Stati Uniti e non sarà tollerata»¹⁰².

Come emerge da queste citazioni, e per quanto l'espressione sia soggetta ad una notevole variabilità concettuale, con 'costituzione vivente' – o il sinonimo di 'costituzionalismo vivente' – si fa riferimento alla teoria per cui il significato della Costituzione non è una funzione di un elemento storico – ad es., il significato che un normale cittadino americano nel 1787 (come nell'*original meaning originalism*) ovvero delle intenzioni dei costituenti (come nell'*original intent originalism*) – ma di un elemento attuale, contestuale a quello dell'interprete che si trova davanti al testo. Non si tratta, in altre parole, di stabilire che significato avesse la Costituzione al momento della sua adozione, ma del significato che essa esprima al momento t_i in cui deve essere interpretata e applicata.

Non cambia invece, la filosofia giudiziale, per quanto paradossale possa apparire: l'interprete – segnatamente: il giudice – è sempre tenuto ad applicare “il significato della Costituzione”, senza possibilità di temperarlo bilanciandolo con altri fattori – ad es., l'equità o meno dei risultati. Soltanto che qui ad essere applicato, si ripete, non è il significato storico della Costituzione, ma quello “attuale”, contemporaneo all'interprete, il quale è evidente chiamato ad apprezzare – quasi a mo' di sondaggio – quale esso sia nella realtà sociale che lo circonda. Per fare un esempio direttamente rilevante rispetto alla giurisprudenza della *Warren Court*: se anche l'interprete dovesse scoprire che l'«eguale protezione della legge» garantita dal Quattordicesimo emendamento era compatibile con la segregazione razziale nelle scuole per quanti adottarono l'emendamento, questa conclusione non avrebbe nessun effetto sull'applicazione della disposizione in un momento futuro. Se l'intendimento della stessa espressione in un momento successivo propendesse per l'incompatibilità della locuzione con la segregazione razziale, quest'ultima è incostituzionale, perché quanto conta è il significato che oggi ha tale espressione, non il suo significato storico.

L'idea di una “costituzione vivente” si farà largo nel pensiero dei giudici della *Warren Court* e dei giuristi chiamati a giustificare dottrinalmente molte delle sue decisioni. Così il Justice William Brennan, uno dei campioni della *Warren Court*, dirà:

«[c]ome giudici di questo tempo noi leggiamo la Costituzione nel solo modo in cui possiamo farlo: come americani del Ventesimo secolo. Guardiamo la storia al tempo della redazione della Costituzione e la successiva storia interpretativa. Ma la domanda finale deve essere: che cosa significano le parole del testo nel nostro tempo? Poiché il genio della Costituzione non risiede in un qualche significato statico che poteva avere in un mondo ormai bell'e defunto, ma nella adattabilità dei suoi grandi principi per fronteggiare problemi e bisogni attuali. Che cosa i fondamenti costituzionali significassero per l'apprezzamento prudentiale di altri tempi non può

¹⁰² *Ivi*, 605.

essere la misura della visione del nostro tempo. Similmente, che cosa quei fondamenti significhino per noi, i nostri discendenti impareranno, non può essere la misura della visione del loro tempo»¹⁰³.

Ma sarà lo stesso Earl Warren a dichiarare che «[i] nostri giudici non sono monaci o scienziati, ma partecipanti al flusso vivente [*living stream*] della nostra vita nazionale, guidando il diritto tra i pericoli della rigidità da una parte e l'assenza di formalità dall'altra»¹⁰⁴. Conseguenzialmente, nel celebre passaggio di *Brown*, il *Chief Justice* dirà che non si potevano «riavvolgere le lancette dell'orologio al 1868, quando l'emendamento fu adottato»¹⁰⁵. Che è a dire: il significato dell'«eguale protezione della legge» è il significato di tale locuzione oggi (*idest*, nel 1954), non al tempo dell'adozione della disposizione. In *Trop*¹⁰⁶, ancora, Earl Warren adotterà quella definizione iconica del divieto di «pene crudeli e inusuali», contenuto nell'Ottavo emendamento, in base al quale la disposizione non doveva essere interpretata staticamente¹⁰⁷, ma «doveva acquisire il suo significato dai mutevoli standard di decenza che segnano il progresso di una società che matura nel tempo»¹⁰⁸. Infine, il Justice Douglas, con lo stesso piglio “viventista”, farà riferimento, in *Griswold*, alle «specifiche garanzie del Bill of Rights [che] hanno penombre, formate da emanazioni di quelle garanzie che aiutano a dare loro *vita e sostanza*»¹⁰⁹.

Può essere utile sottolineare che, per quanto la teoria della costituzione vivente o del costituzionalismo vivente abbia rappresentato – e in parte ancora rappresenti – un'alternativa all'originalismo concettualmente sofisticata e diffusa, sarebbe comunque un errore estremizzarne la rilevanza e l'impatto. Per quanto faccia comodo all'esposizione una logica binaria per cui da una parte vi è l'originalismo, con la sua ossessione per la storia e gli intendimenti dei legislatori – fisico-mentali o ipotetici – e dall'altra vi sono i costituzionalisti viventi, con la loro visione più libertina o, semplicemente, più umana dell'interpretazione costituzionale – all'insegna de “il diritto è fatto per l'uomo, non l'uomo per il diritto” – l'inquadramento originalismo v. costituzione vivente risulta in fin dei conti fuorviante¹¹⁰. Colpisce, ad esempio che il celebre *Sourcebook* del 1987, redatto dal *Department of Justice* sotto la guida di Edwin Meese, non contempli la teoria della costituzione

¹⁰³ W.J. BRENNAN JR., *The Constitution of the United States. Contemporary Ratification*, in *The Guild Practitioner*, 1986, 7.

¹⁰⁴ E. WARREN, *The Law and the Future*, in *Fortune*, 1955, 107.

¹⁰⁵ Cfr. *supra* cap II, § 4.

¹⁰⁶ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958) (Warren, J.).

¹⁰⁷ Secondo Warren già in *Weems* la Corte aveva riconosciuto «che le parole dell'Emendamento non sono precise e che la loro portata non è statica». Ivi, 100-101. Cfr. *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910).

¹⁰⁸ *Trop*, 356 U.S. 86, 101.

¹⁰⁹ *Roe*, 381 U.S. 479, 484 (enfasi aggiunta).

¹¹⁰ Sorprendentemente, Lawrence Solum accede a questa dicotomia in L.B. SOLUM, *Originalism versus*, cit., 1243. In questo modo però è costretto ad elidere il riferimento, tra gli altri, all'*adjudication* di Paul Brest ed in modo abbastanza fuorviante deve catalogare, ad esempio, come «costituzionalismo vivente» la «lettura morale della Costituzione» di Dworkin, che in quanto fondata sul realismo morale di certo non si presta ad una evoluzione semplicemente evolutiva (cfr. *ivi*, 1270).

vivente tra le alternative all'originalismo¹¹¹. Rilevanti nonoriginalisti, peraltro, rifiutano espressamente l'associazione con il costituzionalismo vivente¹¹².

Il motivo dell'assenza è da ricondurre al fatto che il “campo costituzional-interpretativo”, allora come oggi, si divide essenzialmente tra *originalisti* e *non-originalisti*, con il minimo comun denominatore del secondo gruppo che consiste nella reiezione di una o più parti della metodologia originalista, vuoi per motivi *epistemologici* – ad es., l'impossibilità di invenire le intenzioni dei costituenti – ovvero *etici* – ad es., l'iniquità morale dell'originalismo che non avrebbe permesso il risultato della desegregazione ingenerato da *Brown*: non, in altre parole, in una prospettiva di interpretazione costituzionale comune. Che l'antagonista dell'originalismo sia il nonoriginalismo – e non, ad es., la teoria della costituzione vivente – significa due cose a un medesimo tempo: da una parte, la tesi intende sottolineare la divisione all'interno del “campo nonoriginalista”, variegato a tal punto che l'unico elemento comune è, appunto, la contrarietà ad una qualche forma originalismo. Dall'aggiudicazione di Brest¹¹³ alla lettura morale della costituzione di Dworkin¹¹⁴, fino al più recente positivismo di principio di Berman¹¹⁵, tutt'ora permane lo stato di frammentarietà del nonoriginalismo: attribuire al costituzionalismo vivente il ruolo di contro-copertina rispetto all'originalismo sarebbe, storicamente ed ancor oggi, un'ingiustificata riduzione della pluralità degli approcci nonoriginalisti.

Al contempo, il fatto che l'alternativa all'originalismo sia il nonoriginalismo solleva un altro aspetto problematico: l'incapacità dei critici di contrapporre alla teoria originalista un vera teoria alternativa, in grado di guadagnare un consenso trasversale. Se infatti è chiaro quali deficienze i detrattori individuino nell'originalismo, quando si tratta di indicare il sostituto che dovrebbe subentrare al deficitario originalismo non è facile capire che cosa i nonoriginalisti effettivamente propongano. Certo la mera “critica” è in qualche modo già “creazione”, come sembra affermare Mitchell Berman: implicitamente, è chiaro che la dimostrazione dell'impercorribilità dell'originalismo – *epistemologica* o *morale* – adombra necessariamente una maggiore tolleranza e legittimità di quelle decisioni contro cui l'originalismo è storicamente nato (da *Baker* a *Griswold* a *Roe*).

Tuttavia, l'assenza di una effettiva alternativa positiva – *idest*, la proposta di una metodologia epistemologicamente percorribile e a cui i giudici dovrebbero attenersi come *filosofia giudiziale* – rimane uno dei perenni punti deboli del campo nonoriginalista, come gli stessi originalisti non mancano puntualmente di rilevare. Famosamente, Antonin Scalia ha enfatizzato l'aspetto, sottolineando come non vi fosse una reale alternativa all'originalismo con il detto «non puoi battere

¹¹¹ Cfr. AA.VV., *Sourcebook*, cit., 66-72.

¹¹² Cfr. ad es. V. NOURSE, *Reclaiming the Constitutional Text from Originalism*, cit., 12 nota 51.

¹¹³ Su cui *infra* § 3.1.

¹¹⁴ Cfr. R. DWORKIN, *Freedom's Law*, cit., 2-11.

¹¹⁵ Cfr. M.N. BERMAN, *Our Principled*, cit., 1383-1292.

qualcuno con nessuno» (*you can't beat somebody with nobody*)¹¹⁶, semplificazione dell'altrettanto noto «non puoi battere una teoria senza avere una teoria» (*you can't beat a theory without a theory*) di Richard Epstein¹¹⁷.

2. IL «VECCHIO ORIGINALISMO»

Per quanto ritornata in voga al tempo della *Warren Court*, la «costituzione vivente» non persuadeva molti dei giuristi più accorti, i quali al tempo stesso non potevano fare a meno di guardare con favore alle conseguenze pratico-politiche di alcune delle decisioni attiviste della Corte. Nacquero così, all'ombra della scuola del *legal process* dominante degli anni Cinquanta e Sessanta¹¹⁸, svariate teorie interpretative che tentavano di razionalizzare l'agire della *Warren Court*: dall'«elaborazione ragionata» (*reasoned elaboration*) di Henry Hart¹¹⁹ ai «principi neutrali» (*neutral principles*) di Herbert Wechsler¹²⁰, fino alle «virtù passive» (*passive virtues*) di Alexander Bickel¹²¹.

Queste impostazioni era accomunate dalla tensione tra due poli: da una parte, il desiderio di fornire una giustificazione razionale alla giurisprudenza della Corte guidata da Earl Warren, che sembrava aver introdotto irrinunciabili avanzamenti sociali nell'America degli anni Cinquanta e Sessanta mancando tuttavia di provvedere ad un'adeguata argomentazione giuridica delle proprie pronunce. Dall'altra, al tempo stesso, i costituzionalisti del *legal process* non volevano arrestarsi a considerare legittima qualsiasi azione la Corte avesse intrapreso, purché foriera di apprezzabili risultati: altrimenti, per usare la chiara terminologia di Wechsler, la Corte sarebbe diventata «organo di nudo potere» (*naked power organ*)¹²², un'istituzione politica dotato di una volontà e di un programma ideologico del tutto propri. Perché questo non avvenisse doveva essere individuato un paradigma di legittimità esterno e autonomo rispetto alle singole decisioni della Corte.

La tensione tra questi due propositi, tuttavia, si rivelerà infine insuperabile e determinerà la morte del *legal process*: come si poteva giustificare una dipartenza dal metodo interpretativo costituzionale classico – basato sul testo e l'intenzione del costituente, secondo i dettami dell'originalismo inteorizzato – solo per alcuni casi, che si ritenevano magari moralmente corretti, e non in altri? Tutte

¹¹⁶ A. SCALIA, *Originalism. The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1989, 855.

¹¹⁷ R.A. EPSTEIN, *Common Law, Labor Law, and Reality. A Rejoinder to Professors Getman and Kohler*, in *The Yale Law Journal*, 1983, 1435 ss.

¹¹⁸ «[L]a giurisprudenza processuale esemplifica l'emergenza della *ragione* come il dominante motivo ideologico e teoretico nel pensiero giuridico americano. La giurisprudenza processuale, cioè, segna l'inizio del tentativo dei giuristi americani di spiegare il ragionamento giuridico non in termini di una logica deduttiva di intuizioni dei pubblici ufficiali, ma nei termini di una ragione che è incarnata nello stesso tessuto del diritto». N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 205. «*Legal process*» e «*process jurisprudence*» sono da intendersi come sinonimi.

¹¹⁹ Cfr. H.M. HART JR., A.M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, Foundation Press, 1994, 162.

¹²⁰ Cfr. H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1959, 16 e ss.

¹²¹ Cfr. A.M. BICKEL, *The Supreme Court 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, 1961, 40 ss.

¹²² H. WECHSLER, *op. cit.*, 12.

le teorie proposte dai fautori del *legal process* si riducevano in fondo a flebili invocazioni di una certa prudenza o di una neutralità, quantomeno, nell'applicazione dei canoni attivisti. Nel momento in cui era stato reciso il “cordone ombelicale” dell'interpretazione costituzionale con la volontà storica del legislatore costituzionale, sembrava diventare assolutamente soggettivo la fissazione del metro di legittimità, oltre il quale l'agire della Corte diveniva illegale. L'interruzione delle *Holmes Lectures* da parte di Henry Hart, resosi conto dell'inconciliabilità tra pragmatismo e legittimità, rimane un segno, oltre che dell'onestà intellettuale di uno dei grandi padri del *legal process*, della difficoltà nel fondare un criterio di legittimità “neutro” diverso ai canoni originalisti¹²³.

L'esempio più limpido di tale sofferenza intellettuale rimane, peraltro, lo stesso Alexander Bickel, probabilmente – insieme a John Hart Ely – il più importante teorico costituzionale del Novecento statunitense. Bickel era stato assistente del giudice Frankfurter e per questo aveva preparato un celebre *memorandum* in relazione al caso *Brown*¹²⁴. In esso, Bickel aveva teorizzato la possibilità di un contenuto espansivo delle disposizioni costituzionali, in ragione del quale il fatto che all'adozione del Quattordicesimo emendamento vi fosse unanime consenso sulla compatibilità della «eguale protezione della legge» con la segregazione razziale nelle scuole non era determinante per risolvere la questione della sua attuale legittimità costituzionale. Se la clausola della costituzione poteva avere un effetto espansivo, *oggi* tale disposizione poteva sancire l'incostituzionalità della segregazione scolastica.

Vent'anni più tardi, tuttavia, sarà proprio Bickel a denunciare l'attivismo della Corte che, in *Roe v. Wade*, aveva riconosciuto il diritto all'aborto: non perché fosse contrario a tale diritto dal punto di vista morale, quanto poiché non poteva essere ricondotto alla Costituzione e, pertanto, la decisione sulla possibilità dell'interruzione di gravidanza doveva essere lasciata alla legislazione statale. Con un titolo significativo («il costo di gridare al lupo»), Bickel riconoscerà come – questa volta – la Corte avesse davvero travalicato i confini costituzionalmente tracciati e la pronuncia fosse indistinguibile dall'attivismo unanimemente condannato di *Lochner*. Tuttavia, rimaneva difficile, al tempo stesso, capire perché *Brown* fosse da considerarsi accettabile alla luce del modello di Bickel e *Roe*, al contrario, non lo fosse. Si trattava di un mancato rispetto di una virtù passiva di cui parlava Bickel? Ma quale poteva essere il metro di tale virtuosa passività se non lo stesso apprezzamento dell'autore? Nella contraddittorietà concettuale del pensiero di Bickel emerge come la *process jurisprudence*, nel momento in cui non individuava un solido ancoraggio storico per la propria valutazione della giurisprudenza, rimaneva tanto incapace di fornire un solido criterio in base al quale giudicare l'agire della Corte, quanto in ultima analisi di fornire una convincente giustificazione per le sue pronunce.

¹²³ Cfr. D. WOLITZ, *Alexander Bickel and the Demise of Legal Process Jurisprudence*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2019, 204-205.

¹²⁴ Cfr. *ivi*, 177, e soprattutto R. BERGER, *Government*, cit., 250.

L'insostenibilità concettuale della *process jurisprudence* verrà chiaramente messa in luce da Robert Bork che, negli anni Settanta ne dimostrerà l'incoerenza interna, invocando contemporaneamente il ritorno ai metodi interpretativi dell'originalismo inteorizzato: testo, struttura ed intento del legislatore. Successivamente, nel 1977, Raoul Berger licenzierà l'opera che svolgerà la radiografia definitiva dell'attivismo della *Warren Court*, smascherando la natura essenzialmente politica della sua giurisprudenza e, al contempo, rivendicando il ruolo dell'«intenzione originale» nell'interpretazione costituzionale. Questi due sviluppi dottrinali rappresenteranno, da una parte, la vera e propria reazione, “di senso eguale e contrario”, rispetto all'attivismo giudiziario della *Warren Court*, che verrà esplicitamente sanzionato come elemento deviante rispetto alla tradizione costituzionale americana. Dall'altra parte, i due scritti costituiranno, al contempo, la prima presentazione del pensiero originalista come metodo enucleato, definito e strutturato: se i principi interpretativi legati al testo e all'intenzione storica dei costituenti erano stati dati quasi per scontati fin dalla fondazione dell'Unione americana, con questi due pensatori tali canoni saranno finalmente esplicitati e categorizzati. L'originalismo, con Bork e Berger, per la prima volta *si teorizza*.

2.1. Bork e il superamento dei “principi neutrali”

Nel 1971, Robert Heron Bork era già uno studioso affermato nel campo del diritto antitrust, dove aveva rivoluzionato lo studio della disciplina sostenendo che le corti americane avessero tradito lo spirito della legislazione sulla concorrenza – a partire dal noto *Sherman Act* – interpolando il fine per cui era stata originariamente concepita la normativa antitrust. Storicamente, infatti, l'intento del Cinquantunesimo Congresso, che ha adottato lo *Sherman Act*, era quello di tutelare il «benessere dei consumatori»¹²⁵ (*consumer welfare*). Tuttavia, erroneamente per Bork, la giurisprudenza ha interpretato la normativa antitrust come finalizzata ora ad un diritto alla sopravvivenza delle piccole imprese davanti all'affermazione storica delle grandi realtà industriali, ora ad un “un diritto dei concorrenti” ad una competizione “mite” con gli altri attori economici¹²⁶. Per Bork, invece, il legislatore statunitense ha inteso tutelare la concorrenza in modo strumentale, *idest* come mezzo per la tutela del «benessere dei consumatori», termine che in Bork diviene sinonimo di «efficienza allocativa», «massimizzazione della produzione» e, in ultima analisi, «benessere della nazione»¹²⁷. Nell'autunno del 1971 compare sull'*Indiana Law Journal* il primo contributo scientifico di taglio costituzionale di Bork, intitolato «*Neutral Principles and Some First Amendment Problems*», trascrizione di una conferenza tenuta presso l'Università dell'Indiana nella primavera di quello stesso anno¹²⁸. Se lo studio dell'*antitrust* aveva reso celebre Bork all'interno dei circoli giuridico-economici

¹²⁵ R.H. BORK, *The Goals of Antitrust Policy*, in *The American Economic Review*, 1967, 245.

¹²⁶ *Ivi*, 251-252.

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ IDEM, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, 1971, 1 ss.

della dottrina americana, *Neutral Principles* lo condurrà a due risultati per certi versi antitetici: da una parte, l'articolo scava immediatamente un posto per Bork nel panorama del diritto costituzionale, risultando ancora oggi il decimo articolo più citato nella storia della dottrina americana¹²⁹. Dall'altra, *Neutral Principles* è un chiaro manifesto dei convincimenti di Bork, dalla corretta modalità di interpretazione della Costituzione al ruolo “proprio” della Corte Suprema americana. Idee, queste, che lasceranno una traccia indelebile nella carriera di Bork, divenendo, per così dire, un'arma nelle mani degli oppositori alla sua conferma alla Corte Suprema sedici anni più tardi.

Il punto di partenza dello scritto è il medesimo problema che Herbert Wechsler, uno degli esponenti del *legal process*, si era posto nel celebre articolo *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*¹³⁰. Sulla scia di Wechsler, Bork parte dal presupposto per cui o l'attività della Corte Suprema nel decidere la costituzionalità delle leggi è eterodiretta da norme precedentemente poste – e perciò è retrospettivamente valutabile in termini di correttezza interpretativa dei risultati – ovvero la Corte Suprema è un «organo di nudo potere» (*naked power organ*)¹³¹, ente sovrano che fa semplicemente la volontà propria, non essendo tenuta a dimostrare di stare applicando la “volontà altrui”¹³². Quale può essere allora questa metodologia interpretativa che salverebbe la Corte dall'essere un «organo di nudo potere»?

Herbert Wechsler trovava la “regola aurea” del giudizio di costituzionalità nell'«applicazione neutrale dei principi [costituzionali]»¹³³. Nelle parole di Wechsler: «una decisione di diritto, nel modo in cui la intendo, è una decisione ancorata su precise ragioni con riferimento a tutti gli aspetti del caso, ragioni che nella loro generalità e astrattezza trascendono il risultato immediato»¹³⁴. Il concetto è ancor più chiaramente espresso in una citazione di Jaffe ripresa dallo stesso Bork: « “Il giudice,” dice Jaffe, “deve credere nella validità delle ragioni date nell'adottare una determinate decisione nel senso che deve essere pronto ad applicare quelle ragioni ad un caso futuro che non può trovare chiaramente distinto dal primo”»¹³⁵.

Per Bork, tuttavia, questa soluzione non è sufficiente ad assicurare che le decisioni della Corte siano «*principled*» – letteralmente: “governate da principi”, ma forse espressione meglio tradotta nell'italiano “di diritto”, come nella locuzione “Stato *di diritto*” – e nella dimostrazione

¹²⁹ Così nell'ultimo aggiornamento delle analisi di Fred Shapiro: cfr. F.R. SHAPIRO, M. PEARSE, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, in *Michigan Law Review*, 2012, 1489. Nel 1985 era il ventiquattresimo a livello assoluto ed il sesto rispetto al 1979. Cfr. F.R. SHAPIRO, *The Most-Cited Law Review Articles*, in *California Law Review*, 1985, 1554. Nel 1996, invece, era il settimo a livello assoluto. Cfr. IDEM, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1996, 767.

¹³⁰ H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles*, cit., 1 ss.

¹³¹ *Ivi*, 19, 12.

¹³² R.H. BORK, *Neutral Principles*, cit., 2.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ H. WECHSLER, *op. cit.*, 19. Cfr. anche *ivi*, 15.

¹³⁵ R.H. BORK, *op. et. loc. ult. cit.* La citazione di Jaffe è da L.L. JAFFE, *English And American Judges As Lawmakers*, Oxford, Clarendon Press, 1969, 38.

dell'insufficienza dell'impostazione wechsleriana risiede uno dei celebri risultati dell'articolo. Se la «neutralità nell'applicazione» della Costituzione fosse l'unico criterio del giudizio di costituzionalità non sarebbe difficile per la Corte Suprema slegarsi da ogni effettivo controllo: infatti, «è abbastanza facile soddisfare il requisito della neutrale applicazione affermando un principio in modo così specifico che non vi sarà alcun imbarazzo nell'applicarlo a tutti i casi che possa eventualmente sussumere»¹³⁶.

L'esempio concreto di Bork aiuta a capire. In *Griswold v. Connecticut*¹³⁷ del 1965 la Corte Suprema giudicò incostituzionale una legge dello Stato del Connecticut che sanzionava con una multa l'utilizzo di contraccettivi da parte di coppie sposate. Per la Corte, un generale, non scritto, «diritto alla riservatezza» (*right of privacy*) promanerebbe dalle «penombre» di vari diritti enumerati nella Costituzione e proteggerebbe, tra l'altro, «i sacri precinti delle camere maritali» da eventuali controlli della polizia¹³⁸. Per quanto, in *Griswold v. Connecticut*, la Corte «fallisca ogni test di neutralità»¹³⁹, Bork individua in tale pronuncia un chiaro esempio dell'insufficienza della «neutralità nell'applicazione dei principi».

Infatti, il «diritto alla riservatezza» non potrebbe essere applicato neutralmente se fosse inteso in senso pieno. Le «penombre» o «zone di riservatezza» di cui parla il Justice Douglas in *Griswold* – e che per Bork sono indistinguibili da semplici «zone di libertà»¹⁴⁰ – «finirebbero per costituire un indipendente diritto di libertà, cioè un generale diritto costituzionale alla libertà dalla coercizione legale, una manifesta impossibilità in qualsiasi società immaginabile»¹⁴¹. Se intendessimo il principio in questo modo, «non dovremmo nemmeno porci delle domande sulla dubbia origine del principio perché sapremmo benissimo che la Corte non lo applicherebbe neutralmente. La Corte, possiamo predire con una certa sicurezza, non getterebbe la protezione costituzionale sull'uso di eroina o su atti sessuali con un minore consenziente»¹⁴².

La Corte Suprema, sostiene Bork, può riuscire nell'applicazione neutrale soltanto «riformulando il principio [della riservatezza] come l'affermazione per cui il governo non può proibire l'uso dei contraccettivi tra coppie sposate»¹⁴³. Tuttavia, qui, «sorge la questione della definizione neutrale: perché il principio deve estendersi solo alle coppie sposate? E perché, di tutte le forme di comportamento sessuale, solo ai contraccettivi? E, perché di tutte le forme di comportamento, soltanto al sesso? E sorge pure la questione della derivazione neutrale: che cosa giustifica la

¹³⁶ R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 7.

¹³⁷ 381 U.S. 479 (1965).

¹³⁸ 381 U.S. 479, 484 (1965)

¹³⁹ R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 9.

¹⁴⁰ *Ivi*, 9.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ivi*, 7.

¹⁴³ *Ibidem*.

limitazione del legislatore in questa materia? Qual è l'origine di qualsiasi principio che uno possa affermare?»¹⁴⁴.

Declinare questo diritto alla riservatezza come libertà di utilizzo dei contraccettivi tra coppie sposate significa infatti sacrificare l'opposto interesse della maggioranza a non consentire comportamenti immorali¹⁴⁵. Tuttavia, e qui sta la critica di Bork, o la decisione su quale delle due «gratificazioni»¹⁴⁶ debba prevalere – il desiderio di libertà all'interno della propria camera da letto o il desiderio della maggioranza a non permettere atti ritenuti immorali? – è *derivabile neutralmente* dalla Costituzione, ovvero è di competenza del legislatore¹⁴⁷.

La volontà di Bork di agganciarsi alla riflessione di Wechsler lo porta ad adottare il vocabolario di questi: così Bork parla, in maniera non del tutto distinguibile, di una neutralità nella «derivazione» e nella «definizione dei principi» come necessari complementi della «neutralità nell'applicazione»¹⁴⁸. Al di là del vocabolario, tuttavia, Bork sta di nuovo sviluppando una riflessione intorno all'intenzione del legislatore: «le parole sono generiche ma certamente questo non ci permetterebbe di sfuggire all'intento dei costituenti se esso fosse chiaro»¹⁴⁹.

Senonché, nel caso della «libertà di parola, o stampa» prevista dal Primo emendamento – il “caso principe” scelto da Bork per mostrare il funzionamento dell'interpretazione “neutrale” – l'applicazione del criterio dell'intenzione del legislatore sembra rivelarsi problematica. Se in passato, nell'interpretazione dello *Sherman Act*, si era trattato di ristabilire la corretta intenzione storica, l'intento del legislatore con riferimento alla «libertà di parola» garantita dal Primo emendamento risulta del tutto incerto: «sembra che i costituenti non avessero una teoria coerente della libertà di parola e non appaiono in generale particolarmente interessati dalla questione»¹⁵⁰. Rifacendosi ai risultati di una ricerca di Levy¹⁵¹, Bork sostiene che «gli uomini che adottarono il primo emendamento non mostravano una particolare impostazione libertaria con riguardo alla libertà di parola. Una posizione del genere sarebbe risultata in chiaro contrasto con la tradizione politica americana. I nostri avi erano uomini usi a tracciare una linea, per noi spesso invisibile, tra libertà e licenziosità»¹⁵².

Che fare, dunque, se l'intenzione del legislatore non soccorre l'interpretazione “neutrale” della Costituzione? Per Bork, siamo costretti a «fabbricarci una nostra teoria della protezione costituzionale della libertà di parola»¹⁵³. Lungi dal portare all'applicazione delle proprie visioni personali o a certi

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ivi*, 9-10.

¹⁴⁶ *Ivi*, 10.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ivi*, 7.

¹⁴⁹ *Ivi*, 13.

¹⁵⁰ *Ivi*, 22.

¹⁵¹ L.W. LEVY, *Legacy of Suppression*, Cambridge (MA), Belnap, 1960.

¹⁵² R.H. BORK, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁵³ *Ibidem*.

intendimenti metafisici, questa “costruzione” occasiona in Bork una sorta di interpretazione sistematica che inferisce dalla «struttura della Costituzione»¹⁵⁴ il significato apparentemente incerto del Primo emendamento: «il primo emendamento indica che vi è qualcosa di speciale con riferimento alla libertà di parola. Potremmo arrivare a questa conclusione anche senza un primo emendamento, dal momento che l’intera struttura della Costituzione crea una democrazia rappresentativa, una forma di governo che sarebbe priva di significato senza la libertà di discutere il governo e le sue politiche»¹⁵⁵.

Per Bork, allora, «la protezione del primo emendamento deve essere esclusa quando fuoriesce dai limiti del discorso politico»¹⁵⁶. Pertanto, il materiale pornografico – sulla cui protezione costituzionale si dibatteva intensamente al tempo – non è “coperto” dalla clausola costituzionale e la decisione sulla sua proibizione o permesso deve essere lasciata nella disponibilità del legislatore, esattamente come una decisione in materia di «inquinamento ambientale»¹⁵⁷.

In base a questo approccio metodologico, per il quale le leggi possono essere giudicate incostituzionali soltanto se in contrasto con una norma della Costituzione “neutralmente derivata e definita”, diversi istituti creati dalla Corte Suprema non sopravvivono al test di neutralità di Bork in quanto non fondati sull’intento del legislatore storico o, suppletivamente, su di un’inferenza a partire dalla struttura della Costituzione.

Non sopravvivono, in particolare, il *Substantive Due Process* e la *Substantive Equal Protection*¹⁵⁸, i due istituti interpretativi cui maggiormente la Corte Suprema aveva fatto ricorso per annullare atti legislativi che non contrastavano con espresse disposizioni della Costituzione. A cascata, questa erroneità importa l’illegittimità di svariate “storiche” pronunce del diritto statunitense, come *Meyer v. Nebraska*¹⁵⁹, *Pierce v. Society of Sisters*¹⁶⁰, *Lochner v. New York*¹⁶¹. Se Bork non ha problemi ad accettare l’*overruling* di questi casi, è più restio a concludere nello stesso modo per *Brown v. Board of Education*, nota sentenza in cui la Corte Suprema dichiarò che le leggi che permettevano la separazione delle scuole pubbliche tra studenti bianchi e neri violavano l’«eguale protezione della legge» prevista dal Quattordicesimo emendamento

Nel caso di *Brown*, infatti, Bork ritiene possibile derivare neutralmente un divieto per il legislatore di utilizzare la razza come strumento discriminazione. Per quanto Bork concordi con Wechsler nel ritenere difficilmente sostenibile, storicamente, che l’emendamento avesse come obiettivo dichiarato

¹⁵⁴ *Ivi*, 2.

¹⁵⁵ *Ivi*, 23.

¹⁵⁶ *Ivi*, 27.

¹⁵⁷ *Ivi*, 29.

¹⁵⁸ *Ivi*, 11.

¹⁵⁹ *Ibidem*. La pronuncia è leggibile in 262 U.S. 390 (1923).

¹⁶⁰ 268 U.S. 510 (1925).

¹⁶¹ 198 U.S. 45 (1905).

la proibizione della separazione razziale nelle scuole pubbliche¹⁶², per Bork certamente «gli uomini che aggiunsero l'emendamento alla Costituzione pensavano che la Corte Suprema dovesse garantire contro il governo almeno una larga misura di eguaglianza razziale»: «di una cosa può essere certa la Corte: che [l'emendamento] era finalizzato ad implementare una fondamentale idea di eguaglianza dei neri contro la discriminazione governativa»¹⁶³. Va peraltro riconosciuto, sul punto, come altri originalisti abbiano escluso la fondabilità di *Brown* nell'intento originale del legislatore che adottò il Quattordicesimo emendamento¹⁶⁴.

Tuttavia, questo “costo della fedeltà costituzionale” – rappresentato dall'*overruling* di tutte le pronunce non riconducibili all'intenzione del costituente o all'inferenza dalla struttura della Costituzione – sarà considerato inaccettabile da vari giuristi e uomini politici che, anni più tardi, leggeranno questa celebre pagina borkiana¹⁶⁵. In aggiunta, la posizione di Bork sulla legittimità di quelle decisioni verrà intesa come una sua contrarietà al loro contenuto “politico” – cosa non vera, almeno in plurimi casi, come Bork stesso esplicitamente afferma¹⁶⁶ e come implicitamente emerge dal rammarico per una visione non sufficientemente libertaria dei costituenti¹⁶⁷ o dalla posizione favorevole al contenuto di *Griswold* da parte dello stesso¹⁶⁸. Semplicemente, Bork ricorda che la Costituzione affida alle maggioranze – statali e federali – il compito di decidere laddove «i materiali costituzionali non specificano il valore che deve essere preferito»¹⁶⁹. Ma ormai una “occasione per la misinterpretazione” era ormai stata creata e *Neutral principles* ritornerà, con esiti non positivi, nella storia di Bork.

2.2. Raoul Berger e il governo giudiziario

A fianco di *Neutral Principles*, l'altro grande contributo che segna l'emersione dell'originalismo negli anni Settanta è la pubblicazione, nel 1977, del libro *Government by Judiciary* di Raoul Berger. La storia dell'autore è quanto mai particolare: Berger nasce musicista – violinista per la precisione – ma a ventisette anni, per i patemi del vivere di musica, decise di iscriversi alla facoltà di diritto della *Northwestern University* e, dopo un anno di specializzazione ad Harvard, entra nell'amministrazione pubblica dove rimane per circa per otto anni¹⁷⁰. I successivi sedici Berger li dedicherà alla professione

¹⁶² R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 13.

¹⁶³ *Ivi*, 14.

¹⁶⁴ Cfr. R. BERGER, *Robert Bork's Contribution to Original Intention*, in *Northwestern University Law Review*, 1990, 1176-1183.

¹⁶⁵ V. ad esempio R. DWORKIN, *The Bork Nomination*, in *Cardozo Law Review*, 1987, 101 ss.

¹⁶⁶ R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 11.

¹⁶⁷ *Ivi*, 22.

¹⁶⁸ *Ivi*, 8. Il riferimento è a IDEM, *The Supreme Court Needs a New Philosophy*, *Fortune*, Dec. 1968, 170.

¹⁶⁹ R.H. BORK, *Neutral Principles*, cit., 8.

¹⁷⁰ Cfr. F. McDONALD, *Foreword*, in R. BERGER, *Government By Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, cit., xv.

forense a Washington (D.C.)¹⁷¹. A sessantun anni, la svolta accademica: Berger lascia l'avvocatura per insegnare in università – prima a Berkeley e poi ad Harvard – ove lascerà una traccia indelebile nella storia del pensiero costituzionale statunitense¹⁷².

Nella sua prima opera, *Congress v. Supreme Court* del 1969¹⁷³, Berger fonda il controllo di costituzionalità delle leggi in un'inferenza a partire dalla struttura della Costituzione. Sopponendo alla tradizionalmente carente argomentazione del Chief Justice Marshall in *Marbury*, Berger ricompila dettagliatamente l'intendimento diffuso ai tempi dell'adozione della Costituzione sulla collocazione gerarchica di questa: nonostante l'assenza di un'esplicita disposizione costituzionale che autorizzasse le Corti federali al controllo di costituzionalità, per Berger quasi tutti gli attori politici che contribuirono alla redazione e ratificazione del testo costituzionale ritenevano che le leggi federali e statali che sarebbero stati ad essa «ripugnanti» (*repugnant*) dovevano considerarsi nulle per contrasto con la fonte costituzionale sovraordinata¹⁷⁴.

La fama di Berger è tuttavia legata a due successive opere e alla loro fortunata concomitanza con il dipanarsi della storia politica americana. In *Impeachment* del 1973¹⁷⁵, Berger cerca di identificare l'intendimento originale del potere di messa in stato d'accusa del Presidente degli Stati Uniti, previsto dall'articolo III della Costituzione per i casi «tradimento, corruzione o altri gravi crimini o contravvenzioni»¹⁷⁶. Berger ricompila i precedenti nel diritto di *common law* per tale attribuzione, ma non concepisce il suo lavoro esclusivamente come un'indagine storica:

«[i]l ricorso alle fonti storiche ed all'analisi ravvicinata delle diverse disposizioni testuali può gettare una nuova luce sui problemi. Per cogliere il posto dell'*impeachment* nello schema costituzionale, ed il suo potenziale ruolo per il futuro, dobbiamo capire meglio l'uso che ne fu fatto nel passato, dal momento che i costituenti lavorarono avendo in mente il passato storico»¹⁷⁷.

Da tale indagine storica Berger trae la conclusione che i costituenti intendevano l'*impeachment* per illeciti di carattere politico e non richiedeva che si configurassero gli estremi dell'imputazione penale classica perché la procedura potesse aver luogo.

Nel libro di un anno successivo, *Executive Privilege*¹⁷⁸, Berger affronta il tema del controllo del Congresso sull'esecutivo e sul potenziale privilegio di quest'ultimo di ritenere informazioni e notizie secondo la propria discrezionalità verso le richieste di accesso degli altri rami del governo, *in primis* verso il Congresso. Per Berger l'idea di una tale potere dell'Esecutivo è semplicemente un «mito»¹⁷⁹:

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ R. BERGER, *Congress*, cit.

¹⁷⁴ Cfr. *supra* cap. II, § 2.

¹⁷⁵ Cfr. R. BERGER, *Impeachment. The Constitutional Problems*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1973.

¹⁷⁶ U.S. Const., art. II, § 4.

¹⁷⁷ R. BERGER, *op. ult. cit.*, 5-6.

¹⁷⁸ IDEM, *Executive Privilege. A Constitutional Myth*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1974.

¹⁷⁹ *Ivi*, 1.

«qualsiasi siano i meriti degli argomenti pratici per la confidenzialità [...] non possono essere convertiti in un dogma costituzionale»¹⁸⁰. Per Berger, in conclusione, l'*executive privilege* non ha alcuna base costituzionale e non può essere legittimato nemmeno come “potere implicito”¹⁸¹.

La tempistica di questi due lavori concorrerà a renderli celebri: proprio in quegli anni si era consumato il celebre scandalo *Watergate*, con il Presidente Nixon ripetutamente accusato di cercare di coprire il suo coinvolgimento sottraendo informazioni alle indagini. Sia da *Impeachment* che da *Executive Privilege* emergeva nitida l'immagine di un potere governativo assolutamente subordinato al controllo parlamentare: chiaramente, tutti i tentativi dell'amministrazione Nixon di rivendicare la discrezionalità nel rilascio di determinate informazioni sembravano non avere, nelle analisi di Berger, sostanziali fondamenti costituzionali. Questa circostanza, unita alla ampiezza del potere di *impeachment* che riconosceva nella sua opera, creò immediatamente per Berger una «nicchia nel pantheon liberal»¹⁸². Come scrive Johnathan O'Neill,

«questa letteratura giocò un ruolo significativo nell'affare Watergate, sebbene Berger non avesse inteso fornire una fondazione dottrinale per gli attacchi a Nixon e la sua indagine dottrinale iniziò e fu completata prima che il Watergate diventasse una preoccupazione nazionale. Ma al tempo la maggior parte degli analisti, incluso Berger, concordarono nel ritenere che il suo lavoro indebolisse le posizioni legali e costituzionali di Nixon. Questo portò Berger alla ribalta nazionale e lo rese un idolo degli oppositori politici di Nixon»¹⁸³.

Il capitale di consenso presso il pubblico *liberal* verrà presto dilapidato da Berger con la pubblicazione, nel 1977, della sua opera più importante – una delle pietre miliari della dottrina costituzionale statunitense¹⁸⁴: *Government by Judiciary*. Forse proprio perché, fino a quel momento, Berger era considerato un idolo della dottrina *liberal* al tempo dominante – Berger stesso, peraltro, rimarrà tutta la vita un democratico di salde convinzioni *liberal*, lavorando anche per alcuni anni nell'amministrazione pubblica sotto Roosevelt e Truman – la pubblicazione del volume del 1977 scatenerà una eco immensa¹⁸⁵. Nell'opera, Berger muoverà una serie di accuse incisive alla Corte Suprema e proprio alla dottrina *liberal* che tanto l'aveva in precedenza glorificato.

Le tesi di fondo del volume sono poche, seppur puntellate da un'indagine storica che, nella seconda versione del libro, si avvicina alle seicento pagine, arricchite di puntuali riferimenti storici e dottrinali per ciascuna delle tesi. In sostanza, Berger sostiene che la giurisprudenza della Warren Court relativa

¹⁸⁰ *Ivi*, 186.

¹⁸¹ Cfr. *ivi*, 12.

¹⁸² F. McDONALD, *op. cit.*, xvii.

¹⁸³ J. O'NEILL, *Raoul Berger and the Restoration of Originalism*, in *Northwestern University Law Review*, 2001, 260.

¹⁸⁴ Cfr. ad es. H. BELZ, *Equality and the Fourteenth Amendment. The Original Understanding*, in *Benchmark*, 1990, 334.

¹⁸⁵ «*Government By Judiciary* di Raoul Berger non scaldi i cuori liberali come fecero i suoi *executive Privilege* e *Impeachment*, arsenali ripieni di munizioni che si poterono usare contro la Casa Bianca di Nixon». M.R. BELKNAP, recensione a *Government by Judiciary*, in *Journal of American History*, 1979, 1195.

al Quattordicesimo emendamento – e segnatamente alla clausola sull’«eguale protezione delle legge» – sono «semplice giustizia» (*simple justice*), per usare il termine di un noto libro di Kluger¹⁸⁶, che Berger riprende¹⁸⁷. Un atto di giustizia, ma non di diritto, in quanto tutte le decisioni – da *Brown* a *Baker* e *Reynolds* – sono fondate sulla manipolazione del significato originale della clausola.

Per Berger, infatti, esiste un consenso inscalfibile sul fatto che, per coloro che adottarono la clausola sull’«eguale protezione della legge», il fine era *unicamente* quello di costituzionalizzare il *Civil Rights Act* del 1866¹⁸⁸, impendendo la prassi dei cosiddetti *Black Codes* che gli Stati del Sud, persa la guerra, avevano adottato per tenere le persone di colore in uno stato di inferiorità¹⁸⁹. Dal momento che vi erano forti dubbi sulla fondabilità del *Civil Rights Act* nel Tredicesimo emendamento, il Congresso adottò il Quattordicesimo per costituzionalizzare tale atto ed impedire che le persone di colore fossero private dei fondamentali diritti alla libertà, alla vita e alla proprietà, nelle stesse condizioni dei bianchi¹⁹⁰. Tuttavia, e qua sta il punto che spiazzerà la dottrina, il divieto costituzionale di segregazione razziale in *Brown*¹⁹¹ e le decisioni della *Warren Court* sul diritto di voto¹⁹² sono pura creazione giurisprudenziale, che ignora deliberatamente la montagna di evidenze che testimoniano come i redattori dell’emendamento non intendessero affrontare la questione della segregazione razziale, che per loro doveva esplicitamente rimanere nella piena competenza legislativa statale. Dai dibattiti congressuali – in cui ogni proposta dei radicali repubblicani finalizzata ad estendere i diritti delle persone di colore oltre a quanto previsto dal *Civil Rights Act* del 1866 era stata sonoramente rigetta – alla stessa presenza della segregazione e mancato rinascimento del diritto di voto alle persone di colore nel Distretto di Columbia – su cui il Congresso aveva potere normativo diretto e dunque se contrario alla segregazione nelle scuole pubbliche avrebbe potuto facilmente renderla illegale – l’evidenza storica sul significato originale del Quattordicesimo emendamento è per Berger schiacciante.

In ventitré capitoli Berger descrive, tra i tanti, il significato di ogni termine dell’emendamento e dimostra la totale infondatezza delle dottrine dell’incorporazione del Bill of Rights, del riapporzionamento e della desegregazione razziale:

«il record storico stabilisce incontrovertibilmente che i redattori del quattordicesimo emendamento esclusero sia il suffragio che la segregazione dalla portata della disposizione: la confinarono alla protezione dei diritti attentamente enumerati contro la discriminazione statale, scientemente escludendo il potere federale di aumentare quei diritti laddove non fossero

¹⁸⁶ Cfr. R. KLUGER, *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education*, New York, Alfred Knopf, 1975.

¹⁸⁷ Cfr. R. BERGER, *Government*, cit., 132.

¹⁸⁸ Cfr. *ivi*, 30-44.

¹⁸⁹ Cfr. *ivi*, 34.

¹⁹⁰ Cfr. *ivi*, 198-220.

¹⁹¹ Cfr. *ivi*, 132-154.

¹⁹² Cfr. *ivi*, 70-84, 90-115

direttamente attribuiti dagli stati a chiunque, bianco o nero. Questa fu una limitata – tragicamente limitata – risposta ai bisogni dei neri appena liberati dalla schiavitù; rifletteva l’ansioso razzismo che paralizzava sia il nord che il sud; ciononostante, era tutto ciò che il popolo sovrano era pronto a fare nel 1868»¹⁹³.

Inoltre, Berger rileva l’incoerenza della dottrina *liberal* che nei primi decenni del secolo giustamente lamentava l’usurpazione di potere della *Lochner Court* ed ora, essendo l’attivismo favorevole alla sua agenda politica, si mostra favorevole ad ogni interpretazione manipolativa della Costituzione. Al riguardo, nel diciassettesimo capitolo, Berger parla di «giravolta dei libertari»¹⁹⁴.

Nell’ultima parte dell’opera si ricostruisce infine la centralità storica dell’interpretazione secondo l’«intenzioni originale» (*original intention*), che per Berger, lungi dal declinarsi in una ricerca per qualche oscuro intento soggettivo, non è che una «espressione riassuntiva per il significato che i redattori attribuirono alle parole che utilizzarono nella Costituzione e nei suoi emendamenti»¹⁹⁵. Berger sottolinea poi il consenso storico sulla natura interpretativa dell’attività della Corte, escludendo che fosse mai stata concepita – anzi, laddove contemplata, era stato pervicacemente esclusa – un capacità del potere giurisdizionale di revisionare la Costituzione¹⁹⁶. Al contrario, questo potere è stato teorizzato rompendo il significato originale della Costituzione ed il modo in cui, per i costituenti, doveva essere concepita, un modo in cui il ruolo centrale è svolto, appunto, dall’intenzione originale. Al contrario, questo canone interpretativo è stata abbandonato per permettere alla Corte di fare politica, abdicando al suo ruolo di arbitro e giudice. Conclude Berger,

«la nazione [...] non dovrebbe tollerare lo spettacolo di una Corte che afferma di applicare le prescrizioni della Costituzione quando nei fatti le riformula in accordo con le preferenze di una maggioranza dei giudici che cercano di imporre la *propria* volontà sulla nazione. “Le persone”, recitano le carte costituzionali di cinque stati, “hanno il diritto di richiedere ai giudici una esatta e costante osservanza” dei “più fondamentali principi della Costituzione”. Tra questi il più fondamentale è l’esclusione del potere giudiziario dalla funzione politica [*policymaking*]. [...] Se il governo giudiziario [*government by judiciary*] è necessario per preservare lo spirito della nostra democrazia, che [ciò] sia sottoposto in modo chiaro alle persone»¹⁹⁷.

Il fine dell’opera di Berger sarà, allora, proprio questo: esporre le persone, detentrici della sovranità secondo la Costituzione americana, alla sopravvenuta realtà del «governo giudiziario». *Government by Judiciary* sarà, in effetti, un terremoto nella dottrina del tempo¹⁹⁸: «fin dall’inizio, le riviste di

¹⁹³ *Ivi*, 457

¹⁹⁴ Cfr. *ivi*, 337 ss.

¹⁹⁵ *Ivi*, 402.

¹⁹⁶ *Ivi*, 428-447.

¹⁹⁷ *Ivi*, 587.

¹⁹⁸ Ci sarà chi adombrerà l’idea di un razzismo strisciante: «[e]scludendo gli apologeti razzisti, Berger è praticamente da solo nell’affermare che le Corti sbagliò nel caso *Brown v. Board of Education*». P. BREST, *Brown v. Berger et al.*, in *New York Times*, 11 dicembre 1977, 284. Chi, più sensatamente, capirà la problematica lanciata dal libro, specialmente in

diritto pullularono con attacchi a *Government by Judiciary*, alcuni dei quali cauti e pensati, molti spasmodici e quasi isterici»¹⁹⁹: «nessun libro sulla Costituzione, con la possibile eccezione di *Economic Interpretation of the Constitution* di Charles Beard del 1913, ha suscitato tanta controversia»²⁰⁰. Uno dei critici affermerà: «confutare Raoul Berger è divenuta un'industria artigianale»²⁰¹. A diversi studiosi *liberal* va riconosciuto, in ogni caso, di non aver ridimensionato la sfida insita negli studi di Berger²⁰².

Diversamente da Bork, Scalia o Meese – gli altri padri nobili dell'originalismo moderno – Berger non occuperà mai posti di rilievo nell'ammirazione pubblica. Parteciperà, è vero, ad una Commissione su depositi e commercio e farà da consulente prima alla Commissione sulle proprietà straniere e poi all'*Attorney General* stesso²⁰³: tuttavia, si tratta, evidentemente, di ruoli di nicchia se confrontati con quelli di un *Solicitor General* e poi giudice della Corte d'Appello di Washington (Bork), di un *Justice* della Corte Suprema (Scalia) e di un *Attorney General* (Meese). La sua eredità, dunque, all'originalismo è un lascito essenzialmente scientifico, accademico e civile – nel momento in cui comunque le sue posizioni originaliste contemplavano una filosofia giudiziale – e questo non può che avvalorarne la rilevanza, non potendo, rispetto agli altri padri originalisti, trovare ragioni nell'esposizioni pubblica: se «il diritto costituzionale americano odierno, come del resto la dottrina costituzionale, è costretto a fare i conti con le proposizioni originaliste, [...] questo è dovuto in larga misura ai contributi di Raoul Berger»²⁰⁴.

3. L'“UCCISIONE” DEL VECCHIO ORIGINALISMO

«Se mai una teoria ha avuto un paletto conficcato nel petto, sembra che possa essere l'originalismo»²⁰⁵. Per quanto il giudizio di Barnett appaia enfatico, è difficile negare che non colga qualcosa di certamente profondo, specialmente per chi ha vissuto in prima persona quegli anni. Per quanto *Neutral Principles* e *Government By Judiciary* potessero aver scosso la dottrina americana

rapporto all'attivismo “conservatore” della *Lochner Era*: cfr. R.S. KAY, recensione a *Government By Judiciary*, in *Connecticut Law Review*, 1978, 810 («non è sufficiente criticare la Corte per abusare la sua funzione legittima di interpretazione costituzionale solo quando i risultati sono in qualche modo spiacevoli. Questo tipo di critica, come ha mostrato Raoul Berger, è un'arma a doppio taglio»).

¹⁹⁹ F. McDONALD, *op. cit.*, xviii.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ R.B. SAPHIRE, *Judicial Review in the Name of the Constitution*, in *University of Dayton Law Review*, 1983, 753.

²⁰² «È ingenuo pretendere [...] che possiamo facilmente liberarci della visione della Costituzione e dei suoi limiti articolata da Berger». S. LEVINSON, *Wrong But Legal?*, in *Nation*, 1983, 250; «l'analisi scomoda e difficilmente rincuorante di Berger è un'analisi importante. Non è sufficiente, come alcuni hanno già fatto, metterla da parte in modo superficiale». H.P. MONAGHAN, *The Constitution Goes to Harvard*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1978, 124. «Spiacevolmente, pochi costituzionalisti e teorici costituzionali di quanto uno possa pensare sembrano preparati a riconoscere la seria sfida che l'argomentazione di Berger pone». M.J. PERRY, recensione *Government by Judiciary*, in *Columbia Law Review*, 1978, 694.

²⁰³ F. McDONALD, *op. cit.*, xv.

²⁰⁴ J. O'NEILL, *op. ult. cit.*, 281. Cfr. anche C. WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-made Law*, Lanham, Littfield Adams, 1994, ix («la pubblicazione di *Government By Judiciary* di Raoul Berger nel 1976 [sic] fornì un punto di aggregazione per molti oppositori dell'attivismo giudiziario»).

²⁰⁵ R.E. BARNETT, *An Originalism*, cit., 613.

degli anni Settanta – come emerge dal numero di critiche ricevute da entrambi gli scritti – due eventi, negli anni Ottanta, sembravano aver repentinamente spento ogni incipiente afflato originalista. Come afferma lo stesso Barnett, dimenticandosi abbastanza inspiegabilmente di Raoul Berger:

«[l]a narrazione tradizionale tra i professori di diritto è che l'originalismo è morto, avendo perso il combattimento intellettuale in qualche momento degli anni ottanta. Secondo tale storia, Edwin Meese e Robert Bork proposero che la Costituzione fosse interpretata in accordo con le intenzioni originali dei costituenti. La loro visione fu sonoramente sconfitta da molti critici accademici, e probabilmente in modo celebre da Paul Brest nel vastamente citato articolo del 1980 sulla *Boston University Law Review*, *The Misconceived Quest for Original Understanding*, e da H. Jefferson Powell nel suo articolo del 1985 sull'*Harvard Law Review*, *The Original Understanding of Original Intent*. Insieme, questi e altri articoli rappresentarono un attacco biforcuto contro l'originalismo che fu percepito al tempo come devastante. Come metodo di interpretazione costituzionale, l'originalismo era inservibile e contrario alle stesse intenzioni originali dei padri costituenti. Queste critiche sono [...] familiari e ampiamente accettate»²⁰⁶.

Da una parte, questo era stato il ripudio accademico. Nel 1980, Paul Brest, affermato professore di diritto costituzionale a Stanford che già aveva scritto²⁰⁷ e scriverà²⁰⁸ importanti contributi sull'interpretazione costituzionale, ricompilò i due lavori di Bork e Berger sotto l'etichetta di 'originalismo', battezzando in qualche modo il movimento con un nome che verrà infine fatto proprio dagli stessi proponenti della teoria criticata²⁰⁹. Nel medesimo scritto, Brest aveva attaccato la sostenibilità filosofica dell'interpretazione costituzionale come ricerca dell'intento del costituente, laddove questo fosse stato inteso in termini antropomorfi, come se si trattasse dell'intento di una persona fisica. Nonostante, come vedremo, egli stesso avesse fatto salva la percorribilità di una certa forma di originalismo – l'«originalismo moderato» (*moderate originalism*) – quanto passerà alla storia sarà l'insensatezza, quasi l'ingenuità intellettuale, del tentativo di un'interpretazione secondo l'intento originario dal momento che, banalmente, non sembrava esservi alcuni *individuale*

²⁰⁶ *Ivi*, 612-613.

²⁰⁷ Cfr. P. BREST, *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, in *Stanford Law Review*, 1975 585 ss., e IDEM, *Foreword. In Defense of the Antidiscrimination Principle*, in *Harvard Law Review*, 1976, 1 ss.

²⁰⁸ L'articolo più importante dopo *The Misconceived Quest* del 1980: IDEM, *The Fundamental Rights Controversy. The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, in *Yale Law Journal*, 1981, 1063 ss.

²⁰⁹ Quando cita lavori originalist, Brest si riferisce proprio a *Neutral Principles* di Bork (*ivi*, 223, note 67 e 70) e soprattutto a *Government By Judiciary* di Berger (*ivi*, 219, nota 55, e part. 231). Soprendentemente, Brest descrive come originalista anche Crosskey per il suo W.W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Chicago, Chicago University Press, 1953. Vi sono dubbi sulla status dell'originalismo, ma probabilmente è giusto trattarlo come un antesignano del movimento: cfr. S.L. WHITESELL, *The Church of Originalism*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2014, 1531, nota 75, K. KERSCH, *The Curious Case of William Winslow Crosskey*, in *Legal History Blog*, 14 luglio 2011, e M. RAPPAPORT, *Crosskey, Modern Originalism, and the Meese Justice Department*, in *Originalism Blog*, 18 luglio 2011. Su Crosskey v. W.H. HAMILTON, *The Constitution—Apropos of Crosskey*, in *University of Chicago Law Review*, 1953, 79 ss.

legislatore. Un articolo di Jefferson Powell aveva inoltre contestato, nel 1985, la riconducibilità dell'originalismo all'intenzione dei costituenti.

Al contempo, e con esiti negativi per l'imputato, nell'autunno del 1987 si era consumato il «processo all'originalismo», come ricorda con un evocativo titolo Jonathan O'Neill²¹⁰: con la candidatura di Robert Bork alla Corte Suprema, le idee originaliste da lui così strenuamente difese, erano divenute oggetto di valutazione da parte del Senato e, simbolicamente, dell'America intera. Evidente, allora, che la clamorosa bocciatura di Bork fosse stata interpretata come il definitivo *de profundis* sull'originalismo. Le parole di Dworkin, citate più sopra, sono sufficientemente indicative di quel periodo.

A questi due grandi momenti nella storia dell'originalismo – *rectius*, di quello che Whittington ribattezzerà, successivamente, «vecchio originalismo» – sono dedicati i paragrafi che seguono. Per capire come, davvero, al tramonto del 1987, la teoria in questione dovesse apparire, al giurista americano, una vicenda sostanzialmente archiviata. E come, invece, appaia clamoroso che lo stesso Barnett affermi, nel 1999, a seguito della diffusione del «nuovo originalismo», che l'originalismo sia «ora il prevalente approccio all'interpretazione costituzionale»²¹¹.

3.1. La bocciatura scientifica: da Brest a Powell

Fino al 1980, l'originalismo si muove sotto il nome di 'interpretivismo' o, più spesso, si manifesta come un richiamo ai principi interpretativi classici²¹²: così Robert Bork aveva riaffermato la necessità dell'indagine storica, dell'intento del legislatore e delle inferenze dalla struttura della Costituzione, senza espressamente parlare di 'originalismo'. Dall'altra parte, più pianamente, Raoul Berger aveva riaffermato il valore delle intenzioni originali nell'interpretazione costituzionale, ma non si era spinto a teorizzare un approccio interpretativo che inquadrasse tale modalità ermeneutica. Il conio del termine avverrà invece con *The Misconceived Quest for Original Understanding* (*La fuorviante ricerca dell'intendimento originario*) di Paul Brest, ove questi esordisce dicendo: «[c]on 'originalismo' intendo il familiare approccio all'applicazione costituzionale [*constitutional adjudication*] che accorda autorità vincolante al testo della Costituzione o alle intenzioni di coloro che la adottarono»²¹³.

²¹⁰ Cfr. J. O'NEILL, *Originalism*, cit., 161 ss.

²¹¹ R. BARNETT, *An Originalism*, cit., 9.

²¹² Per il *Sourcebook* 'interpretivismo' e 'originalismo' sono sinonimi. Aa.Vv., *Sourcebook*, cit., i. Ma il giudizio sull'equivalenza è unanime in dottrina: cfr., *ex multis*, D.M. PATTERSON, *Interpretation in Law – Toward a Reconstruction of the Current Debate*, in *Villanova Law Review*, 1984, 673, P. LERMACK, *The Constitution Is the Social Contract So It Must Be a Contract ... Right? A Critique of Originalism as Interpretive Method*, in *William Mitchell Law Review*, 2007, 1402, e D.J. GOLDFORD, *The American Constitution and the Debate Over Originalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 135.

²¹³ P. BREST, *Misconceived Quest*, cit., 204.

L'articolo di Brest, tuttavia, entra nella storia dell'originalismo per un motivo più importante del semplice conio del termine: nello scritto viene fornita una penetrante critica che sembrerà mettere in ginocchio la possibilità epistemologica dell'originalismo, oltre che sollevare seri dubbi sulla sua legittimazione morale²¹⁴. La *pars destruens* dell'articolo di Brest diventerà talmente influente che, nonostante l'autore stesso facesse esplicitamente salva una modalità di originalismo – l'«originalismo moderato» – lo scritto passerà alla storia come la definitiva refutazione dell'originalismo. Questo si ricava implicitamente, dallo stupore con cui nel 1999 Barnett riaffronta la vicenda:

«quando si rileggono Brest e Powell alla luce del nuovo originalismo, si scopre che entrambe le critiche lasciano spazio all'originalismo per sopravvivere e fiorire. [Brest] lasciò la porta aperta, per quanto riluttantemente, per quello che definisce “moderato intenzionalismo”. Non a caso Brest ammette che “il moderato originalismo è una strategia di applicazione della Costituzione perfettamente sensata”. (Scommetto molti di quelli che lessero l'articolo di Brest non ricordano che lui l'abbia detto!)»²¹⁵.

Barnett può scommettere con confidenza perché anche lui era, fino al citato articolo del 1999, un fervente nonoriginalista²¹⁶. E, come lui, gran parte della dottrina riteneva che Brest e Powell avessero spogliato l'originalismo di ogni legittimità scientifica, rendendolo una teoria immeritevole di «rispetto accademico»²¹⁷.

Diviene allora necessario capire che cosa avesse sostenuto Brest di così decisivo perché si potesse pensare, oltre le intenzioni dello stesso autore, che l'originalismo fosse stato “refutato”. Nello scritto, Brest distingue tra tre forme di originalismo: stretto testualismo, stretto intenzionalismo e originalismo moderato. Il testualismo, in sé, interpreta la Costituzione secondo il «chiaro significato del testo» (*plain meaning of the text*), tale essendo «il significato che avrebbe dato [al testo] un “normale parlante di inglese” nelle circostanze in cui fu adottato»²¹⁸. Ciononostante, ed in maniera non del tutto cristallina, Brest inserisce in questo testualismo una certa qual forma di intenzionalismo nel momento in cui riconosce che l'interpretazione testualista non esclude la considerazione delle «preoccupazioni [*concerns*] che la società che adottò la costituzione poteva avere»²¹⁹: anzi, il testualismo richiede tale aggiunta “intenzionalista” in quanto

²¹⁴ Riconoscono il ruolo centrale dell'articolo di Brest L.B. SOLUM, *What is Originalism*, cit., 17-20; L. KRAMER, *Two (More) Problems with Originalism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2008, 909-910; J. GREENE, *The Case for Original Intent*, in *George Washington Law Review*, 2012, 1687; A.E. COOK, *The Temptation and Fall of Original Understanding*, in *Duke Law Journal*, 1990, 1195; K.E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, cit., 603; IDEM, *Originalism. A Critical Introduction*, in *Fordham Law Review*, 2013, 376-377; S.M. GRIFFIN, *Rebooting Originalism*, in *University of Illinois Law Review*, 2008, 1190; R.E. BARNETT, *An Originalism*, cit., 612-613; IDEM, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption Of Liberty*, Oxford, Princeton University Press, 2004, 89-90.

²¹⁵ R.E. BARNETT, *An Originalism*, cit., 623-624.

²¹⁶ Cfr. IDEM, D.B. KATES, *Under Fire. The New Consensus on the Second Amendment*, in *Emory Law Journal*, 1996, 1210, e R.E. BARNETT, *The Relevance of the Framers' Intent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 403.

²¹⁷ T.B. COLBY, *The Sacrifice of the New Originalism*, in *Georgetown Journal of Law*, 2011, 716.

²¹⁸ P. BREST, *op. ult. cit.*, 206.

²¹⁹ *Ivi*, 207.

«tentare di leggere una disposizione con riguardo al contesto linguistico e sociale produrrà o delle indeterminatezze linguistiche irrisolvibili o semplice nonsenso. Senza prendere in considerazione i possibili fini delle disposizioni [*purposes of the provisions*], l'interprete non potrebbe, ad esempio, decidere se il cantare, il bruciare la bandiera [americana], il protestare e una cospirazione criminale rientrano nell'ambito protetto della «libertà di parola» del primo emendamento [...]»²²⁰.

Questa forma di testualismo è per Brest accettabile, mentre la forma impercorribile di testualismo – cui, per espresso riconoscimento, non «dedicherà molta attenzione»²²¹ – consisterebbe nell'interpretare «un testo come ricomprendente tutte quelle, e solo quelle, istanze che rientrano nelle parole lette senza riguardo al contesto sociale o persino linguistico»²²². Sorvolando qui su come possa esistere una interpretazione senza contesto linguistico, Brest chiosa sul punto: «il letteralismo mal rispecchia i modi in cui parliamo e scriviamo, non è in grado di gestire l'ambiguità, la vaghezza e gli usi figurativi che pervadono i linguaggi naturali e produce risultati imbarazzantemente stupidi»²²³. Pertanto l'originalismo inteso come «stretto testualismo»²²⁴ o «letteralismo»²²⁵ non può funzionare. Un'altra forma di originalismo è, per Brest, l'«intenzionalismo» che, come il testualismo, è dotato di una variante impercorribile ed una tutto sommato accettabile. Rispetto al testualista, «l'intenzionalista interpreta una disposizione accertando le intenzioni di quanti l'hanno adottata. Il testo della disposizione fornisce spesso una guida utile per le intenzioni degli adottanti, ma non gode di uno status privilegiato rispetto da altre fonti»²²⁶. Questa definizione della variante intenzionalista di Brest è più convincente: per fare un esempio, se fosse accertato che, per un «normale parlante di inglese» del testo la disposizione costituzionale *x* aveva il significato *S*₁, ma emergesse in modo inconfutabile da altre fonti – ad es., i *Atti dell'Assemblea costituente* nel diritto italiano ovvero le note alla Costituzione di Madison o il *Federalista* nel diritto statunitense – che la disposizione *x* aveva il significato *S*₂ per coloro che la adottarono, *S*₂ prevale per l'intenzionalista, mentre *S*₁ prevale per il testualista.

Al tempo stesso, e qui sta forse la parte più importante del lavoro di Brest, l'intenzionalismo in riferimento ai testi costituzionali può funzionare soltanto se l'intenzione è formulata ad un «alto livello di generalità» (*high level of generality*)²²⁷ o, sinonimicamente, «livello di astrattezza» (*level of abstraction*)²²⁸. Nella dimostrazione della impercorribilità dello «stretto intenzionalismo» – contrapposto all'accettabile «intenzionalismo moderato» – sta la fama dello scritto: per «stretto

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ivi*, 222.

²²² *Ibidem*.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ivi*, 204.

²²⁵ *Ivi*, 222.

²²⁶ *Ivi*, 209.

²²⁷ *Ivi*, 210.

²²⁸ *Ivi*, 221, nota 64.

intenzionalismo» Brest intende la ricerca per le «attuali finalità soggettive» di coloro che adottarono il testo costituzionale²²⁹.

Quattro fattori concorrono a rendere lo «stretto intenzionalismo» inservibile. In primo luogo, sussiste il problema della naturale indeterminatezza dell'intenzione: nell'esempio di un sindaco che adotta un'ordinanza vietante l'ingresso dei veicoli in un parco, non si potrebbe stabilire con certezza se i ciclomotori ad avviamento a pedali (*moped*) siano effettivamente vietati dall'ordinanza. L'esempio, anche se Brest non lo riconosce espressamente, è con ogni probabilità ispirato al celebre «nessun veicolo nel parco» (*no vehicles in the park*) di Herbert Hart nel suo dibattito con Lon Fuller²³⁰.

Se tale indeterminatezza colpirebbe qualsiasi atto normativo adottato da un soggetto – ad es., una costituzione ottriata da un re – vi è poi uno specifico problema nel caso di documenti, come le costituzioni americana e italiana, adottati da enti plurisoggettivi: essendo difficile capire quali intenzioni soggettive hanno i singoli soggetti, sia in riferimento ai casi tipici di una disposizione, sia a quelli non tipici, ne risulterebbe che la ricerca per l'intenzione soggettiva, nel caso delle costituzioni adottate da enti plurimi, è condannata al fallimento. Dunque, utilizzare il criterio dell'«intento originale» del costituente, se inteso in questo modo, è una chiara impossibilità ermeneutica, a causa di quello che verrà chiamato il «problema della somma» (*summing problem*) delle intenzioni dei singoli membri dell'ente collettivo²³¹. Nonostante sia Brest il primo ad esprimerlo con una certa forma di consapevolezza filosofica, il problema dell'intento degli enti plurisoggettivi era già conosciuto dalla dottrina giuridica. Lo stesso Bork, peraltro, ne era consapevole (ma per qualche strana ragione non gli impediva di parlare di «intenzione del legislatore» con una certa liberalità)²³². A fianco di questi due argomenti – uno si ripete, inerente all'indeterminatezza naturale del linguaggio e, per conseguenza, anche di quello giuridico; l'altro inerente alla natura delle entità collettive – Brest adombra altre due ragioni, di ordine maggiormente filosofico, per cui l'originalismo come ricerca dell'intenzione originale non può funzionare. Da una parte, vi sarebbe lo stesso problema che affligge tutti gli storici per cui la distanza tra l'interprete e il l'autore del testo è talmente grande che i nostri

²²⁹ *Ivi*, 223.

²³⁰ «Una norma di diritto ti impedisce di portare un veicolo in un parco pubblico. Chiaramente questo impedisce l'ingresso di un automobile, ma invece le biciclette, i roller, le macchine giocattolo? E gli areoplani? Sono questi 'veicoli' ai fini della regola oppure no?». H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, 607.

²³¹ Il conio del termine «*summing problem*» per descrivere l'impossibilità di definire quale, tra i tanti intenti dei costituenti, debba ritenersi determinante nell'attribuzione di significato al testo costituzionale è attribuibile a R. BENNETT, *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, in *Cornell Law Review*, 1988, 355. Tuttavia, il contenuto della critica è sempre di P. BREST, *op. ult. cit.*, 215-217.

²³² «I problemi e l'artificialità nell'attribuire un "intento" ad un ente misurabile di uomini sono ben note. Non abbiamo bisogno di riflettere su questa cosa. La giustificazione per ignorare le difficoltà inerenti l'intenzione del legislatore risiede primariamente nel fatto che le corti regolarmente "trovano", descrivono, e si affidano a questa intenzione». R.H. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., 56-57.

pregiudizi distorceranno sempre la verità dell'interpretazione. Citando, come fa Brest, Quentin Skinner,

non sarà mai infatti possibile semplicemente studiare quello che un classico [scrittore] ha detto [...] senza mettere in gioco alcune delle nostre aspettative riguardo a ciò che quello [l'autore] deve avere detto [...]. [Q]uesti modelli e preconcezioni attraverso cui inevitabilmente organizziamo ed aggiustiamo le nostre percezioni a pensieri tenderanno ad agire come determinanti di quello che pensiamo e percepiamo. Dobbiamo classificare per poter capire, e possiamo classificare ciò che non ci è familiare nei termini di ciò che ci è familiare. Il perpetuo pericolo, nei nostri tentativi di allargare l'intendimento storico, è che le nostre aspettative in riguardo a quello che qualcuno deve stare dicendo o facendo facciano sì, esse stesse, che pensiamo che l'agente stia facendo qualcosa che egli stesso non accetterebbe—o nemmeno potrebbe accettare—come una spiegazione di quello che sta facendo»²³³.

Dall'altra parte, rifacendosi a Gadamer²³⁴, Brest rammenta come

«non possiamo mai capire il passato nei suoi termini, liberi dai nostri pregiudizi o preconcezioni. Siamo perdutoamente imprigionati nelle nostre visioni del mondo; possiamo liberarci da alcune soltanto abbracciandone altre, con nessuna ragione di credere che siano le concezioni di una diversa società che stiamo cercando di capire. Uno non deve per forza abbracciare questa essenzialmente solipsistica visione della conoscenza storica per capire la natura indeterminata e contingente dell'intendimento storico che lo storico originalista cerca di ottenere. Nulla di tutto questo è pensato per scoraggiare la ricerca storica o altre scienze sociali interpretative. Suggerisce, ciononostante, che lo storico costituzionale originalista potrebbe stare cercando una chimera»²³⁵.

Questi quattro argomenti – o tre, se si vogliono i due filosofici uniti – non impediscono ad una certa modalità di originalismo-intenzionalismo di esistere, in Brest. Esattamente come «un moderato testualista prende in considerazione la natura “a struttura aperta” [*open-textured*] del linguaggio e legge le disposizioni nel loro contesto sociale e linguistico»²³⁶, allo stesso modo

«[u]n moderato intenzionalista applica una disposizione in modo coerente con l'intento di coloro che adottarono il testo, ma ad un relativamente elevato livello di generalità – cioè, con quello che è generalmente chiamo il “fine della disposizione” [*purpose of the provision*]. Laddove lo stretto intenzionalista cerca di determinare le effettive finalità soggettive [*actual subjective purposes*], il moderato intenzionalista tenta di capire quali finalità potessero avere quelli che adottarono il testo,

²³³ Q. SKINNER, *Meaning and Understanding in the History of Ideas*, in *History & Theory*, n. 1/1969, 6, citato in P. BREST, *op. ult. cit.*, 219.

²³⁴ «Esiste una tradizione ermeneutica, di cui Hans-Georg Gadamar [*sic*] è il principale proponente». *Ivi*, 221. Il riferimento è a H.-G. GADAMER, *Truth and Method*, London, Continuum International, 1975.

²³⁵ P. BREST, *op. ult. cit.*, 222.

²³⁶ *Ivi*, 223.

un obiettivo molto facilmente raggiungibile del preciso intendimento [understanding] delle loro intenzioni [intentions]»²³⁷.

Sebben Brest faccia salvi sia un originalismo-intenzionalismo e un originalismo-testualismo “moderati”, la versione di originalismo che ritiene effettivamente spendibile – «l’originalismo moderato è una modalità perfettamente sensata di applicazione costituzionale»²³⁸ – è il *mix* delle due, in cui

«[i]l testo della Costituzione è autoritativo, ma molte delle sue disposizioni sono trattate come inerentemente a struttura aperta. L’intendimento originario è pure importante, ma i giudici sono più interessati con i fini generali di coloro che adottarono il testo piuttosto che con le loro intenzioni in un senso molto preciso»²³⁹.

Il motivo per cui Brest rigetta l’«originalismo moderato» non è scientifico. Per Brest, il fine della “pratica costituzionale” – *idest*, ciò che i consociati, ed in particolare i giudici fanno con la Costituzione – non può essere la semplice «fedeltà al documento fondativo»²⁴⁰, in quanto i costituenti, oltre ad essere morti, non erano certo persone dotate di una morale impeccabile. Pertanto, la ragione dell’adesione alla Costituzione e in subordine della sua interpretazione deve risiedere altrove. In un passaggio che vale la pena citare per intero:

«[a]vendo abbandonato sia il consenso che la fedeltà al testo e all’intendimento originale come pietre miliari dell’applicazione costituzionale [*constitutional decisionmaking*], lasciatemi proporre un criterio volontariamente vago: Quanto, comparata alle possibili alternative, contribuisce la pratica al benessere della nostra società – o, più delimitatamente, ai fini del governo costituzionale? Tra le altre cose la pratica dovrebbe (1) sviluppare il governo democratico; (2) proteggere gli individui contro azioni pubbliche arbitrarie, ingiuste e intrusive; (3) condurre ad un ordine politico che è relativamente stabile ma che è anche sensibile al mutamento di condizioni, valori e bisogni; (4) non si presta facilmente a decisioni arbitrarie o ad abusi; (5) è accettabile dalla popolazione»²⁴¹.

Da questo punto di vista, per Brest, la sua «(mera) aggiudicazione»²⁴², trattando «il testo e l’intendimento originale come persuasivi ma non decisivi»²⁴³ in merito all’interpretazione della Costituzione, «meglio serve questi «fini del costituzionalismo»²⁴⁴:

«[i]l punto centrale del mio argomento è che l’aggiudicazione nonoriginalista serva meglio questi fini [del costituzionalismo] sia dello stretto che del moderato originalismo. Per dirla in breve, uno

²³⁷ *Ivi*, 223.

²³⁸ *Ivi*, 231.

²³⁹ *Ivi*, 205.

²⁴⁰ *Ivi*, 225.

²⁴¹ *Ivi*, 226.

²⁴² *Ivi*, 224.

²⁴³ *Ivi*, 235.

²⁴⁴ *Ivi*, 236.

può meglio proteggere i valori fondamentali e l'integrità dei processi democratici proteggendoli piuttosto che cercando di indovinare come altre persone intendevano governare una diversa società cento o più anni fa»²⁴⁵

A fianco della critica di Brest, si deve ricordare il ruolo, in questa annunciata “uccisione” accademica del “vecchio originalismo”, di uno scritto di Haywood Jefferson Powell, professore presso la Duke University, pubblicato nel 1985 sulla prestigiosa *Harvard Law Review*²⁴⁶ – dirà, ironicamente, Berger: «con il suo *imprimatur*»²⁴⁷ – intitolato *The Original Understanding of Original Intent* (*L'intendimento originario dell'intento originale*). L'obiettivo dell'articolo è contestare «la validità dell'affermazione secondo cui l'«intenzione interpretativa che informa la Costituzione era l'aspettativa che i futuri interpreti cercassero il significato del testo nelle intenzioni dei delegati alle Convenzione costituzionale di Filadelfia del 1787»²⁴⁸. Per Powell questa affermazione è la tesi principale dell'«intenzionalismo» – un movimento entro cui, oltre a Berger e Bork, per i due scritti discussi, Powell ricomprende anche, comprensibilmente, Rehnquist²⁴⁹ e Crosskey²⁵⁰ e, meno comprensibilmente, Bernard Siegan²⁵¹ – ed è, segnatamente, una «affermazione storicamente infondata»²⁵².

Per dimostrare l'infondatezza dell'affermazione intenzionalista Powell parte dalla considerazione delle due tradizioni ermeneutiche dominanti al tempo della Costituzione, in tensione reciproca: da una parte, il rigetto del protestantesimo per l'interpretazione²⁵³ – puntellato in qualche modo dalla spinta anti-interpretativa dell'illuminismo beccariano²⁵⁴ – e dell'altra il *common law*²⁵⁵, in cui all'espressa centralità dell'«intento» – «la tradizione di *common law* identificava il fine

²⁴⁵ *Ivi*, 238.

²⁴⁶ Sulla centralità dell'articolo di Powell cfr. *supra* nota 214.

²⁴⁷ R. BERGER, *Original Intention in Historical Perspective*, in *George Washington Law Review*, 1985, 296.

²⁴⁸ H.J. POWELL, *Original Understanding*, cit., 886.

²⁴⁹ Rehnquist figura tra gli i “proto-originalisti” per la celebre critica alla Costituzione vivente, su cui *supra*. Tuttavia, è difficile trovare contributi “positivi” dell'autore all'originalismo. Peraltro, che Rehnquist non fosse un originalista “a tutto tondo” lo si capirà quando questo diventerà Chief Justice della Corte Suprema, come emerge da un confronto con Scalia: «la cosa che più colpisce riguardo ai casi in cui il Chief Justice Rehnquist e il Justice Scalia sono in disaccordo è che il Justice Scalia utilizza la sua metodologia originalista per raggiungere risultati che contraddicono le sue preferenze ideologiche. L'adesione ideologica del Justice Scalia alla metodologia testualista supera le sue preferenze ideologiche nei casi di diritti individuali. In alcuni casi, Scalia è pervenuto a risultati che sono chiaramente più liberali di quanto il suo modelli di voto suggerirebbe. In questi casi, ad ogni modo, il Chief Justice Rehnquist si separa da Scalia e dalla linea conservatrice. In altre parole, il Chief Justice Rehnquist raramente utilizza la metodologia originalista per raggiungere un risultato sorprendentemente liberale. Il Justice Scalia, invece, accetta le conseguenze occasionalmente liberal del suo testualismo». N.S. ZEPPOS, *Chief Justice Rehnquist, the Two Faces of Ultra-Pluralism, and the Originalist Fallacy*, in *Rutgers Law Journal*, 1994, 689.

²⁵⁰ Cfr. *supra* nota 209.

²⁵¹ Che Bernard Siegan sia mai stato un originalista sembra escluso dagli stessi originalist: cfr. R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 224-229.

²⁵² H.J. POWELL, *op. ult. cit.*, 948.

²⁵³ Cfr. *ivi*, 889-891.

²⁵⁴ Cfr. *ivi*, 893.

²⁵⁵ Cfr. *ivi*, 894 ss.

dell'interpretazione di qualsiasi documento come l'individuazione dell'intento del documento»²⁵⁶ – deve essere apposto un importante asterisco: l'intento poteva essere determinato solo «sulla base delle parole della legge, e non investigando altri fonti informative riguardanti i fini del legislatore»²⁵⁷. La consultazione di altre fonti era ammessa soltanto «laddove il testo fosse in sé difettoso»²⁵⁸. Per di più, quando l'interpretazione giuridica si spostava dalle leggi ai contratti, il «l'approccio di common law [...] era manifestatamente disinteressato dei fini soggettivi delle parti»²⁵⁹.

Davanti a queste due tradizioni in competizione, una certa visione della tradizione di *common law* sembrerà infine prevalere. Powell può concludere, in una citazione che vale cogliere per intero, per l'evidente difficoltà di certi passaggi argomentativi:

«[l]a primaria aspettativa dei costituenti a Filadelfia era che la Costituzione, come qualsiasi altro documento legale, sarebbe stata interpretata in accordo al suo linguaggio espresso. L'aspettativa è evidente nei numerosi tentativi dei costituenti di rifinire il linguaggio del testo, o per eliminare la vaghezza o per alleviare le paure che l'utilizzo di un linguaggio troppo preciso sarebbe stato preso alla lettera e che il fine di una determinata disposizione sarebbe in questo modo stato annullato. I dibattiti sul linguaggio del testo furono abbondanti, ed eppure in nessuno di essi un qualche delegato suggerì che i futuri interpreti avrebbero potuto evitare di fraintendere il testo consultando evidenze delle intenzioni articolate alla convenzione. Sebbene i costituenti di Filadelfia certamente desideravo incarnare nel testo la più “distintiva forma di collezione mentale” del pensiero della convenzione, non c'è indicazione che si aspettassero o volessero che i futuri interpreti si riferissero alle intenzioni extratestuali rivelatisi nei dibattiti segretamente condotti alla convenzione. I costituenti condividevano la tradizionale visione di *common law* [...] per cui il portato del documento che stavano redigendo sarebbe stato determinato con riferimento al significato intrinseco delle parole o attraverso gli usuali processi di interpretazione caso per caso. Nell'accettare l'approccio obiettivo di *common law* per discernere il significato di un documento, i costituenti non avallarono lo stretto letteralismo come appropriato approccio dei futuri interpreti. I costituenti erano consapevoli che si sarebbero presentate situazioni impreviste e accettarono l'inevitabilità e l'appropriatezza dell'applicazione giuridica [*construction*]]»²⁶⁰.

L'enfasi sulle intenzioni originali ed il ricorso ad elementi extratestuali è un fenomeno successivo alla Costituzione e riconducibile, in particolare, al pensiero di Thomas Jefferson²⁶¹ e John Jay²⁶².

Se la rilevanza dello scritto di Powell nella storia dell'originalismo è indubbia – insieme all'articolo di Brest contribuì a creare quel senso di “morte dell'originalismo” di cui parla Barnett – la sua

²⁵⁶ *Ivi*, 896.

²⁵⁷ *Ivi*, 895.

²⁵⁸ *Ivi*, 898.

²⁵⁹ *Ivi*, 899.

²⁶⁰ *Ivi*, 905-906.

²⁶¹ Cfr. *ivi*, 916.

²⁶² Cfr. *ivi*, 918.

rilevanza scientifica è minore. Come emerge dalla lunga citazione, la stessa argomentazione di Powell sembra contraddittoria: al di là della correttezza dell'interpretazione del *legislative intent* di *common law* come un canone ermeneutico che escludeva il ricorso a materiale extra testuale, lo stesso criterio ammetteva la possibilità di andare al di là del testo, come ricorda Powell, « laddove il testo fosse in sé difettoso »²⁶³, *idest* non chiaro, ambiguo. Inoltre, Powell aggiunge, *en passant*, l'idea che il metodo di *common law* implichi un « processo di interpretazione caso per caso »²⁶⁴ – quella che lui chiama *construction* – adombrando l'idea di una capacità creativa del giudice. Ma questa nel testo, non è stata argomentata. Viene a chiedersi quanto compatibilità vi possa essere tra l'affermazione per cui i costituenti non volevano il « lo stretto letteralismo » (*strict literalism*)²⁶⁵ ed al tempo stesso ritenevano che il significato della Costituzione non fosse che « il significato *intrinseco* delle parole »²⁶⁶.

È chiaro in ogni caso che, dalle premesse di Powell, esattamente come in Brest, non è esclusa la possibilità dell'originalismo *tout court*, ma soltanto di una variante intenzionalista che ponga una forte enfasi di dati extra testuali ed intenzioni soggettive. In questo, tanto l'articolo di Brest quanto quello di Powell sembravano segnare la strada per l'originalismo, come nei fatti avverrà: per potersi giustificare, gli originalisti dovevano smetterla di insistere sull'intento o l'intenzione originale e abbracciare una qualche forma di significato letterale, un qualche livello di testualismo storico. Non sorprendentemente, allora, per rispondere alle critiche di Brest e Powell, l'originalismo svilterà verso il significato pubblico originario, rinnegando ogni legame – quantomeno linguistico – con le indecifrabilità soggettività dell'*original intent*. Piuttosto, viene a chiedersi quanto la categorizzazione di Bork e Berger come intenzionalisti intransigenti fosse accurata: né l'uno né l'altro sembravano sostenere che le fonti storiche esterne alla Costituzione potessero sovvertire il significato letterale.

Lo stesso Berger, in ogni caso, fornirà, nello stesso anno, una critica dettagliata allo scritto di Powell in *Original Intention in Historical Perspective*²⁶⁷. Neanche troppo velatamente, Berger accuserà Powell di aver sostanzialmente manipolato il dato storico, avendo selettivamente omesso di prolungare le proprie citazioni fino al punto in cui gli stessi autori che Powell cita espressamente disconoscono la sua tesi e ribadiscono la centralità dell'intento originale per l'interpretazione e applicazione della Costituzione. Ad esempio, Powell sostiene l'affermazione per cui « la moderna pratica di interpretare una legge in riferimento alla sua storia legislativa era quasi del tutto inesistente, e i giudici inglesi si professavano vincolati a onorare il vero portato delle “esprese parole” del Parlamento »²⁶⁸. Sennonché, Powell si rifà, per questa tesi, alla citazione dell'*Edrich's Case* in cui « i

²⁶³ *Ivi*, 898.

²⁶⁴ *Ivi*, 904.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem* (enfasi aggiunta).

²⁶⁷ R. BERGER, *Original Intention in Historical Perspective*, cit., 1985, 296 ss.

²⁶⁸ H.J. POWELL, *op. cit.*, 897.

giudici affermarono di non dover fare alcuna interpretazione contro la lettera della legge; poiché nulla può esprimere il significato degli autori [makers] di un atto, quanto le loro dirette parole, siccome *index animi sermo*»²⁶⁹.

Tuttavia, nota Berger,

«Powell ha trascurato la frase di Coke immediatamente successiva: “e sarebbe pericoloso permettere un’interpretazione in contrasto con le parole espresse, *quando il significato degli autori non pare essere contrario*. [...] la riserva di Coke nell’*Edrich’s Case* a favore del “significato dell’autore” indica che [Coke] non abbandonerebbe l’intenzione dell’autore per deferenza alle “parole espresse”»²⁷⁰.

E conclude Berger:

«[i]l persistente misconoscimento da parte di Powell delle evidenze che gli stanno davanti indebolisce la credibilità scientifica. [...] Proprio i materiali che ammassa, in ogni caso, dimostrano che dalle primissime volte in cui le corti parlarono di “intenzione” volevano dire [...] “intento effettivo”. Powell afferma che “intento” porta con sé un doppio significato – “il significato che i redattori desideravano comunicare e il significato che il lettore era autorizzato a derivare dal testo” – e le corti adottarono “intento” nel secondo testo. Questa conclusione non è sostenuta da evidenza storica. Mette ogni “lettore” in libertà, permettendogli di contraddire la stessa spiegazione da parte dell’autore del suo significato. Perché mai i giudici avrebbero professato di onorare l’intenzione del redattore contro le sue “parole” solo per affermare, successivamente, che le “parole” erano l’unica cosa che contava? Mentre insiste sulla centralità delle “parole”, Powell importa nel riferimento del giudice al termine “intenzione” un significato mai suggerito in alcun contesto legislativo [...]»²⁷¹.

3.2. La bocciatura politica: la mancata conferma di Robert Bork alla Corte Suprema

Gli scritti di Brest e Powell avevano creato un’anima di incertezza intorno ai contributi di Bork; Berger e di chiunque avesse voluto insistere sulle intenzioni dei costituenti nell’interpretazione costituzionale. Non si trattava di un debellamento scientifico: Brest aveva fatto salvo una certa forma di originalismo e il contributo di Powell non sembrava certamente inattaccabile, come si è visto. Eppure a livello di generale sentire comune entrambi gli scritti sembravano essere riusciti a mettere in crisi – giustificatamente o meno – la possibilità del pensiero originalista.

Con la candidatura di Robert Bork, già *Attorney General* sotto Nixon e poi eletto da Reagan a giudice della Corte d’Appello del Distretto di Columbia, le idee dell’originalismo diventeranno oggetto di una feroce battaglia politica che parrà a molti un referendum sull’apprezzabilità stessa della teoria da parte del popolo americano: ecco che all’attacco scientifico si affiancava il giudizio politico. Certo,

²⁶⁹ *Ivi*, 897 nota 60.

²⁷⁰ R. BERGER, *op. ult. cit.*, 300-302.

²⁷¹ *Ivi*, 336.

la narrazione dei diversi passaggi della vicenda che porterà Bork a fallire la conferma in Senato come *Associate Justice* della Corte Suprema rimane fuori dalla portata, ed in qualche modo anche dalla finalità, di questo lavoro²⁷². In ogni caso, si rende necessario ripercorrerne i passaggi essenziali per capire come mai, quasi unanimemente, la dottrina la ritenga un momento di svolta nella storia costituzionale statunitense, e non solo per la storia dell'originalismo²⁷³.

Con l'elezione di Reagan nel 1980, i repubblicani riprendono il controllo della Presidenza, persa dopo la sconfitta di Gerald Ford per mano di Jimmy Carter. Dopo aver nominato Sandra Day O' Connor nel suo primo mandato, nel secondo Reagan nomina altri due giudici alla Corte Suprema: Antonin Scalia, giudice federale insieme a Bork nel Distretto di Columbia e primo italoamericano alla Corte Suprema, ed il *Chief Justice* William Rehnquist. È solo con l'annuncio del ritiro a vita privata del *Justice* Lewis Powell, tuttavia, che si apre per Reagan una possibilità che nemmeno Nixon, con le sue quattro nomine, aveva avuto: alterare l'equilibrio della Corte, fino ad allora in salde mani democratiche, in direzione repubblicana²⁷⁴.

Reagan decide di pescare un'altra volta dalle fila della Corte d'appello del distretto di Columbia ed il 1° luglio 1987 ufficializza la scelta di Robert Bork. In una celebre conferenza, dopo aver elogiato le qualifiche di Bork, Reagan affermerà:

«[l]a Corte Suprema degli Stati Uniti è il custode della Costituzione. [...] Il giudice Bork, ampiamente considerato il più importante ed intellettualmente potente avvocato della deferenza giudiziale, condivide il mio punto di vista, per cui le preferenze personali e i valori dei giudici non dovrebbero essere parte della loro interpretazione costituzionale. Il principio guida della deferenza giudiziale riconosce che sotto la Costituzione è esclusiva competenza del legislatore adottare le leggi ed è ruolo dei giudici interpretarle»²⁷⁵.

²⁷² Cfr., ex multissimi, S. GARMENT, *The War Against Robert H. Bork*, in *Commentary*, gennaio 1988, 17 ss.; M. GITENSTEIN, *Matters of Principle. An Insider's Account of America's Rejection of Robert Bork's Nomination to the Supreme Court*, New York, Simon & Schuster, 1992; E. BRONNER, *Battle for Justice. How the Bork Nomination Shook America*, New York, W.W. Norton, 1989, su cui v. A. ARTHUR, *Battle For Justice. How the Bork Nomination Shook America*, 1989 in *Brigham Young University Law Review*, 1989, 1277 ss.; N. VIEIRA, L. GROSS, *Supreme Court Appointments. Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Carbondale, Southern Illinois University Press, 1998; P. SIMON, *Advice & Consent. Clarence Thomas, Robert Bork and the Intriguing History of the Supreme Court's Nomination Battles*, Bethesda, national Press, 1992.

²⁷³ V. la bibliografia nella prima nota di F. GULIUZZA III, D.J. REAGAN, D.M. BARRETT, *Character, Competency, and Constitutionalism: Did the Bork Nomination Represent a Fundamental Shift in Confirmation Criteria?*, in *Marquette Law Review*, 1992, 409. Lo studio di Guliuzza, Reagan e Barrett sostiene, controcorrente, che «non vi è stato un sicuro cambiamento [nelle nomine dei giudici alla Corte suprema] tra il pre-Bork e il post-Bork» (ivi, 432). Sostengono invece la natura di «svolta» della mancata conferma di Bork, in base agli stessi dati dell'analisi di Guliuzza, Reagan e Barrett, A. OGUNDELE, L. CAMP KEITH, *Reexamining the Impact of the Bork Nomination to the Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, 1999, 403 ss.

²⁷⁴ J.L. BLASECKI, *Justice Lewis F. Powell: Swing Voter or Staunch Conservative?*, in *Journal of Politics*, 1990, 531.

²⁷⁵ R. REAGAN, *Public Papers of the Presidents of the United States: Ronald Reagan (1988)*, vol. I, Washington, 1990, 40-41.

Bork ricorda di essersi detto certo della conferma in Senato in forza dell'appoggio convinto del Presidente²⁷⁶. Di fatto, comunque, la fiducia di Bork poteva sensatamente fondarsi sulle proprie capacità, dimostrate in trentaquattro anni di attività come avvocato, professore, *Solicitor General* e giudice della Corte d'Appello: il suo *cursus honorum* era semplicemente impareggiabile²⁷⁷. Tanto in termini scientifici quanto di attività nell'amministrazione pubblica, il *curriculum* di Bork poteva vantare una evidente superiorità, ad esempio, nei confronti di quello dell'ex collega Antonin Scalia, confermato all'unanimità dal Senato soltanto l'anno precedente²⁷⁸.

Tuttavia, un conto era la nomina di Scalia come giudice "conservatore" di minoranza, un altro la sostituzione di un giudice come Powell che, seppur di ispirazione conservatrice, aveva fornito il quinto decisivo voto nell'adozione di diverse pronunce "attiviste" da parte della Corte²⁷⁹. Ancor più grave – quasi una dichiarazione di guerra – era la sua sostituzione con un professore che si era reso insolitamente noto per vigorosi attacchi all'attivismo giudiziario e che, nell'ultima decade, insisteva nel perorare la causa dell'intento originale del costituente come unico mezzo ermeneutico che potesse salvare la Corte Suprema dallo sconfinamento nella politica.

Quarantacinque minuti dopo l'intervento di Reagan, Edward Kennedy – che sarà il "grande inquisitore" di Bork – prenderà la parola in Senato per declamare un celebre e potente discorso:

«l'America di Robert Bork è una terra in cui le donne sono costrette ad aborti illegali, i neri mangiano in tavoli separati, la polizia può sfondare le porte dei cittadini con incursioni a mezzanotte, agli studenti non è possibile insegnare l'evoluzionismo, gli scrittori e gli artisti possono essere censurati a piacimento [...], e le porte delle corti federali sono chiuse sulle mani di milioni di cittadini per i quali la magistratura è spesso l'unica protettrice dei diritti individuali che rappresentano il cuore della nostra democrazia»²⁸⁰.

Con il discorso di Kennedy, «la guerra contro Robert Bork»²⁸¹ era ufficialmente aperta.

A fianco della mobilitazione parlamentare, diverse associazioni della società civile, di stampo *liberal*, lanciano una campagna mediatica senza precedenti contro la candidatura di Bork, il cui costo finale ammonterà ad una cifra tra i 10-15 milioni di dollari spesi in pubblicità negativa²⁸². Alcune iniziative diverranno iconiche: *People for the American Way*, importante organizzazione *liberal*, produrrà un celebre spot in cui su una lieta famiglia nucleare incombe la lugubre figura di Bork. Gregory Peck, attore e voce dello spot, commenta in sottofondo:

²⁷⁶ R.H. BORK, *Saving Justice*, cit., 116.

²⁷⁷ Cfr. B.A. ACKERMAN, *Transformative Appointments*, in *Harvard Law Review*, 1998, 1164 ss.; S. CARTER, *The Confirmation Mess*, in *Harvard Law Review*, 1988, 1185 ss.

²⁷⁸ Scalia, tuttavia, aveva una solida base politica come nota S. GARMENT, *op. cit.*, 18.

²⁷⁹ V. J.L. BLASECKI, *op. et loc. ult. cit.*, e R. DWORKIN, *The Bork Nomination*, cit., 102.

²⁸⁰ Citato in R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 268.

²⁸¹ S. GARMENT, *op. cit.*, 17.

²⁸² *Ibidem*.

«Robert Bork vuole essere giudice [*Justice*] della Corte Suprema ma il suo record dimostra che ha una strana idea di cosa la giustizia [*justice*] sia. Ha difeso le tasse fisse e i test di alfabetizzazione che hanno impedito a molti americani di votare. Si è opposto alle leggi sui diritti civili che hanno posto fine ai cartelli “per soli bianchi” ai tavoli. Non crede che la Costituzione protegga il tuo diritto alla riservatezza e pensa che la libertà di parola non si applichi alla letteratura, all’arte ed alla musica. Robert Bork potrebbe avere l’ultima parola sui tuoi diritti come cittadino, ma il Senato ha l’ultima parola su di lui. Per favore spingi i tuoi senatori a votare contro la nomina di Bork perché se Robert Bork prende un posto alla Corte suprema, sarà per la vita, sua e tua»²⁸³.

In conseguenza di questo ed altri inviti a fare pressione contro la conferma di Bork, numerose lettere vengono inviate a diverse entità politiche per generare un «senso di urgenza» sulla nomina di Bork, senso che si traduce, a sua volta, in fondi finalizzati ad impedirla²⁸⁴. Di tutte le pressioni esercitate, sarà particolarmente rilevante quella che associava Bork alla segregazione razziale – quasi ironicamente, tra l’altro, poiché *Brown* era l’unica sentenza controversa per cui Bork aveva trovato un fondamento originalista. Il dipinto di Bork come oppositore delle libertà delle persone di colore renderà infatti impossibile ai senatori democratici degli Stati del Sud, astrattamente più vicini alle posizioni di Bork, sostenerne la candidatura, per la paura di perdere il sostegno dell’elettorato afroamericano nelle successive elezioni²⁸⁵. Questo passaggio risulterà decisivo nella bocciatura di Bork²⁸⁶.

Martedì 14 settembre, 1987, si aprono i cinque giorni in cui Bork è interrogato dal *Judiciary Committee* del Senato. La base per l’interrogazione di Bork sono, sostanzialmente, *Neutral Principles* e la sua critica a *Griswold* e al *right of privacy* – in base al quale era stata nel frattempo significativamente decisa *Roe v. Wade*. Insieme a *Neutral Principles*, Kennedy e gli altri senatori fanno leva su di un articolo del 1963²⁸⁷ in cui Bork avrebbe definito il principio sottostante il *Civil Rights Act* del 1963 come «un principio di insorpassata bruttezza»²⁸⁸. Anche qui si trattava di una manipolazione: ciò che era di “insorpassata bruttezza”, nell’articolo di Bork, era l’imposizione statale dell’obbligo di relazionarsi a qualsiasi persona, in danno alla libertà di ciascuno di decidere con chi associarsi:

«il principio di tale legislazione è che se io trovo il tuo comportamento orribile in base ai miei *standards*, morali o estetici, e se tu sei testardo nel non adottare il mio punto di vista sulla

²⁸³ Il video è disponibile in www.youtube.com/watch?v=NpFe10lkF3Y. Cfr. anche S. GARMENT, *op. cit.*, 20.

²⁸⁴ J.M. GREEN, *Your Past and the Press! Controversial Presidential Appointments: a Study Focusing on the Impact of Interest Groups and Media Activity on the Appointment Process*, Dallas, University Press of America, 2004, 109.

²⁸⁵ S. GARMENT, *op. cit.*, 20-21.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ R.H. BORK, *Civil Rights – A Challenge*, in *The New Republic*, agosto 1963.

²⁸⁸ Parole sempre di Ted Kennedy. Cfr. Aa.Vv., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. I, 26.

situazione, io sono giustificato nel richiedere che lo Stato ti costringa alla mia giusta via. Questo è in sé un principio di insorpassata bruttezza»²⁸⁹.

Nello stesso articolo Bork, tra l'altro, affermava che «sulla bruttezza della discriminazione razziale non vi sono dubbi»²⁹⁰.

La strategia degli oppositori alla conferma è limpida: “vendere” la posizione di Bork sul ruolo dei giudici come un’opposizione ai diritti civili e politici affermati nelle pronunce “attiviste” della Corte Suprema. Dal punto di vista sostanziale, l’accusa era difficile da sostenere: già in passato Bork si era detto favorevole al contenuto morale di almeno alcune delle pronunce “attiviste” della Corte. La sua critica alle decisioni derivava interamente dal fatto che, in forza della Costituzione, non spettava alla Corte prendere quelle decisioni, ma al popolo americano.

Bork stesso, va detto, non aiuterà particolarmente la sua nomina, rispondendo punto per punto alle argomentazioni dei senatori con “completezza analitica” ed una certa sardonicità nell’esposizione. Passerà alla storia la sua risposta alla domanda sul perché desiderasse diventare giudice della Corte suprema: «credo sarebbe un banchetto intellettuale soltanto poter essere lì, leggere gli atti e discuterli con i consulenti e [...] con i colleghi»²⁹¹. Lungi dall’accreditare Bork come “autentico giurista”, la risposta imprimerà l’immagine di un intellettuale austero, potenzialmente insensibile alle pretese di giustizia dei cittadini:

«le persone osservavano Bork, consideravano la sua postura giudiziale, e si immaginavano davanti a lui con l’accusa di guida in stato di ebbrezza o di avere una luce di posizione fuori uso. Non sembrava un tipo comprensivo o che avrebbe preso in considerazione circostanze attenuanti. Sembrava, e parlava, come un uomo che ti avrebbe punito il più duramente possibile – forse come un uomo che avrebbe punito il più duramente possibile l’intero Paese»²⁹².

Al termine delle *Confirmation Hearings* la candidatura di Bork è gravemente compromessa. Gli eventi in Senato risentono della potente campagna dell’azionismo *liberal*. Come ricorda Susan Garment – in un profilo che, scritto nel 1988, rimane ancora invidiabile per nitidezza e esaustività – uno dei più grandi risultati della campagna fu l’essere riusciti a bloccare la testimonianza favorevole di John Baker, professore di colore dell’Università dell’Oregon, «una persona che non poteva essere considerata distaccata dalla comunità nera. La sua apparizione sarebbe stata un significativo aiuto alla causa di Bork». Raggiunto da una chiamata di un membro dello staff di Metzenbaum – uno dei senatori più agguerriti contro la nomina di Bork – gli venne anticipato che, se fosse apparso, «la maggioranza [del *Judiciary Committee*] avrebbe accusato Baker, davanti alle telecamere, di non essere qualificato per le questioni costituzionali che erano al centro del dibattito su Bork. Per di più, la

²⁸⁹ R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 22.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ AA.VV., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. I, 854.

²⁹² T. SHALES, *The Bork Turnoff*, in *The Washington Post*, Oct. 9, 1987.

maggioranza avrebbe ricordato la storia del perché Baker avesse lasciato il ruolo di *Dean* alla Howard Law School» – vicenda in cui Baker aveva affermato di essersi dimesso perché non erano stati destinati sufficienti fondi al Dipartimento, mentre il Presidente dell'Università sosteneva che Baker non avesse ritirato le sue domande «estorsive» per un aumento salariale. Dichiarando di «non poter reggere la tensione», «Baker chiamò la Casa Bianca e cancellò la deposizione»²⁹³.

Il 9 ottobre sono oramai diverse le persone vicine a Bork che gli suggeriscono di ritirarsi per evitare lo scorno della bocciatura²⁹⁴. Tuttavia, per affermare una «questione di principio», Bork deciderà di insistere, nonostante la certezza della sconfitta, per costringere il Senato ad un rifiuto espresso e, con esso, ad una assunzione di responsabilità sulla vicenda²⁹⁵. Venerdì 23 ottobre, alle ore 2:00, il Senato rigetta la conferma di Bork per 58 a 42, «il più largo margine di sempre per una nomina alla Corte Suprema»²⁹⁶.

Perché Bork non è stato confermato dal Senato? Le risposte sono plurime, esattamente come i punti di vista su Bork medesimo. I sostenitori della nomina trovano nella deliberata equivocazione delle posizioni di Bork e nella politicizzazione della conferma le cause, insieme una certa timidezza di Reagan nel difendere il suo candidato. La risposta ufficiale degli oppositori è che la filosofia del diritto di Bork, con la sua insistenza alla fedeltà all'intenzione del Costituente e al conseguente *judicial restraint*, si collocava «fuori dal mainstream della giurisprudenza costituzionale americana», per dirla con le comunque sempre efficaci parole di Kennedy²⁹⁷.

Certamente, l'approccio di Bork all'interpretazione e applicazione costituzionale andava in direzione ostinata e contraria rispetto all'orientamento recente della Corte Suprema, specialmente degli ultimi due decenni, ma il fatto che il *mainstream* fosse favorevole all'interventismo dei giudici e alle decisioni più attiviste dalla Corte Suprema non era confermato da alcuna evidenza empirica. Anzi, la stessa campagna contro Bork, fondamentalmente impostata sul fraintendimento tra la sua concezione dell'interpretazione costituzionale e le sue personali posizioni etico-politiche può far pensare esattamente il contrario: il fatto che i *liberal* non abbiano contestato il punto centrale della *scholarship* di Bork – a chi spetta decidere in una democrazia costituzionale? – ma siano ricorsi a forme di studiati fraintendimenti, laddove non ad autentiche manipolazioni, tradisce una certa insicurezza sulla effettiva collocazione del *mainstream* americano in materia di interpretazione costituzionale.

²⁹³ S. GARMENT, *op. cit.*, 24.

²⁹⁴ Suggerimento che prontamente accetterà il candidato “successore” di Bork, Douglas Ginsburg, la cui conferma sarà invece compromessa dalle posizioni ondivaghe sull'aborto e della scoperta che questi aveva fatto uso di marijuana quando era studente di diritto ad Harvard. Come noto, gli eventi porteranno infine alla nomina di Anthony Kennedy. Cfr. N. VIEIRA, L. GROSS, *op. cit.*, 185.

²⁹⁵ Cfr. M. GITENSTEIN, *Matters of Principle*, cit., 12.

²⁹⁶ M.J. HEALE, *Contemporary America. Power, Dependency and Globalization since 1980*, Malden, Wiley-Blackwell, 2011, 101.

²⁹⁷ Così nel celebre “Robert Bork's America”. Cfr. Senator E.M. KENNEDY, in AA.VV., *Congressional Record. United States Senate*, 100th Cong. 1st Sess. 133 Cong Rec S 9188, Vol. 133 No. 110, 1987, 18518-18519.

Ciò che è certo è che la vicenda di Bork lascia un segno indelebile nella storia politica americana, che Morton Horwitz – manifestatamente non un *supporter* di Bork – definisce come un «grande spartiacque nell'interpretazione costituzionale»²⁹⁸. In primo luogo, il caso Bork cambia le regole di ingaggio per le future candidature alla Corte Suprema: un procedimento che prima era ritenuto essenzialmente giuridico, volto a saggiare una competenza tecnica, è divenuto oggi una procedura più ideologicamente connotata, spostando l'attenzione dal record giuridico del candidato alle sue posizioni etico-politiche²⁹⁹. Come sintetizza pittorescamente David Yalof, «nel bene o nel male, la naufragata nomina di Robert Bork nel 1987 ha continuato a gettare la sua lunga ed influente ombra su tutte le nomine successive alle corti di vertice»³⁰⁰.

Inoltre, la “vicenda Bork” avrà un chiaro effetto sul profilo dei futuri candidati alla Corte Suprema. *Neutral Principles* aveva costituito una ricca riserva di “appigli” per gli oppositori di Bork: il comandamento implicito per ogni candidato diviene allora quello di non lasciare tracce scritte (“*paper trails*”). Questo incentivo al “non scrivere”, ovviamente, implica un vantaggio per personaggi accademicamente sconosciuti, se non intellettualmente deboli³⁰¹. Inoltre, l'insegnamento implicito delle *Confirmation Hearings* di Bork è di evitare qualsiasi trattazione sostanziale, specialmente se franca, di problemi di diritto davanti al *Judiciary Committee* del Senato americano³⁰². Il giudizio più chiaro lo dà Elena Kagan, futura giudice della Corte Suprema: «le interrogazioni successive [a quella di Bork] hanno proposto al pubblico delle recite insulse e superficiali, in cui la ripetizione di frasi vacue ha preso il posto della discussione dei punti di vista e gli aneddoti personali hanno soppiantato l'analisi legale»³⁰³.

Infine, l'eredità più profonda, e forse anche più positiva, della vicenda Bork è lo scoperchiamento all'attenzione del popolo americano delle vicende che coinvolgono la Costituzione e la Corte Suprema, il ruolo dei giudici e l'interpretazione costituzionale. Il caso Bork diviene un'eccezionale cassa di risonanza per termini come “*judicial activism*”, “*judicial restraint*” e, non ultimo, “*original intent*”. In una sorta di eterogenesi dei fini, Bork consegue il risultato di riportare la Costituzione al centro del dibattito pubblico, sottraendone l'esclusiva trattazione all'università e ai giudici: «è stata

²⁹⁸ M.J. HORWITZ, *The Bork Nomination in American Constitutional History*, *Syracuse Law Review* 1988, 1029.

²⁹⁹ «Esiste una concordia quasi universale sul fatto che la nomina di Robert Bork nel 1987 ha fatto scattare un nuovo regime nel voto del Senato sulle nomine presidenziali – un regime che mette in secondo piano l'etica, la competenza e l'integrità ed enfatizza la politica, la filosofia e l'ideologia». L. EPSTEIN, R. LINDSTÄDT, J. SEGALL, C. WESTERLAND, *The Changing Dynamics of Senate Voting on Supreme Court Nominees*, in *Journal of Politics*, 2006, 296. Nello stesso senso A. OGUNDELE, L. CAMP KEITH, *op. cit.*, 415-416.

³⁰⁰ D. YALOF, *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, Chicago University Press, 1999, 207.

³⁰¹ Cfr. M. COMISKEY, *The Senate Confirmation Process and the Quality of U.S. Supreme Court Justices*, in *Polity*, 2006, 295-296.

³⁰² Cfr. oggi, su questo punto, il fondamentale lavoro di C. SHAPIRO, *The Language of Neutrality in Supreme Court Confirmation Hearings*, in *Dickinson Law Review*, 2018, 585.

³⁰³ E. KAGAN, *Confirmation Messes, Old and New*, in *University of Chicago Law Review*, 1995, 941.

l'occasione in cui la nazione si è sintonizzata sui dibattiti sul nostro futuro costituzionale in un modo senza precedenti»³⁰⁴; il confronto sulla conferma di Bork «ha coinvolto un numero più largo di cittadini e portato più persone dentro serie discussioni sui valori costituzionali di qualsiasi altra vicenda costituzionale dai tempi del piano di allargamento della Corte di Roosevelt»³⁰⁵.

Successivamente agli eventi legati alla mancata conferma, Bork decide, nel 1988, di abbandonare il ruolo di giudice di Corte d'Appello. Le motivazioni sono offerte da Bork stesso, nella lettera di dimissioni a Reagan:

«La mia esperienza come suo candidato per il ruolo di giudice associato della Corte Suprema degli Stati Uniti mi ha reso acutamente consapevole delle restrizioni sulla mia possibilità di rispondere a determinate questioni. Per diversi mesi svariati gruppi ed individui hanno sistematicamente distorto non solo la mia storia e il mio approccio giudiziale ma, cosa ancor più importante, la funzione propria dei giudici nella nostra democrazia costituzionale [...] Se come giudice non posso parlare contro questo tentativo di alterare la tradizionale natura delle nostre corti, ritengo importante collocarmi in una posizione in cui possa farlo»³⁰⁶.

4. LA RINASCITA: IL NUOVO ORIGINALISMO

Il combinato disposto della crisi accademica e politica sembrava avere spento ogni vitalità del movimento originalista sul finire del 1987. Tuttavia, nel giro di un triennio, lungi dallo spegnersi definitivamente, il movimento riprenderà forza e vigore e, facendo tesoro di alcune delle penetranti critiche ricevute – segnatamente: quelle di Paul Brest – intraprenderà una rifondazione intellettuale, dove il momento cruciale è rappresentato dal passaggio dalle intenzioni originali (*original intent*) al significato pubblico originale (*original public meaning*) come elemento storico-epistemologico che “fissa” il significato della Costituzione. Le figure chiave di questa rinascita sono quelle di Antonin Scalia, eletto giudice della Corte Suprema nel 1986, e Edwin Meese, *Attorney General* nell'Amministrazione Reagan dal 1985 al 1988. Il loro contributo, unito all'eterogenesi dei fini della bocciatura di Bork – che divenne, inaspettatamente, una fondamentale cassa di risonanza per le idee originaliste – determinerà la rinascita del movimento negli anni Novanta. Suggello definitivo sulla rinata teoria interpretativa sarà *The Tempting of America* di Bork, in cui l'autore riconosce, infine, il trapasso dall'originalismo come *original intent* all'*original public meaning* – o semplicemente: *original meaning*.

³⁰⁴ M. HORWITZ, *The Meaning of the Bork Nomination in American Constitutional History*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1989, 655.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ In R. REAGAN, *op. cit.*, 40.

Keith Whittington è il padre della distinzione tra «vecchio» e «nuovo originalismo»: se «il primo fiorì dagli anni Sessanta fino alla metà degli anni Ottanta», il secondo si diffonderà invece a partire dai primi anni Novanta³⁰⁷. Il nuovo originalismo, per Whittington, si distacca innanzitutto per la visione maggiormente propositiva, meno schiacciata sul valore della «deferenza giudiziale», laddove il vecchio originalismo era «primariamente una critica della giurisprudenza della Warren Court»³⁰⁸. Ma soprattutto, «il nuovo originalismo è meno focalizzato sulle concrete intenzioni dei redattori individuali del testo costituzionale che sul significato pubblico del testo che è stato adottato»³⁰⁹. Questa è davvero la svolta che definisce l'originalismo odierno e nei prossimi capitoli ci si accinge a descrivere la modalità. Peraltro, va detto, non tutti gli originalisti accederanno a tale svolta metodologica: oltre a Berger, che per tutta la vita continuerà a celebrare il ruolo dell'intenzione nell'interpretazione costituzionale, altri autori ristruttureranno concettualmente e difenderanno l'*original intent originalism*, costituendo ancor oggi un'influente minoranza all'interno del movimento³¹⁰.

4.1. Antonin Scalia e Edwin Meese

Il momento fondamentale nella rinascita moderna dell'originalismo, che prelude alla sua diffusione odierna, è il passaggio dall'originalismo come “interpretazione costituzionale secondo l'intento originale” all'originalismo come interpretazione costituzionale secondo “significato pubblico originale”. Due autori, in particolare, svolgeranno un ruolo chiave in questo passaggio, sebbene la consacrazione definitiva avverrà, come detto, nel celebre libro di Bork del 1990³¹¹. Da una parte, Antonin Scalia, eletto giudice della Corte Suprema nel 1986 da Reagan, aveva già propugnato l'idea dell'originalismo come interpretazione secondo il significato pubblico del testo: una volta salito al vertice dell'amministrazione giudiziaria statunitense, le sue opinioni dissenzienti contribuiranno in modo decisivo alla diffusione della teoria originalista³¹². Allo stesso tempo Edwin Meese III, nominato sempre da Reagan *Attorney General* degli Stati Uniti nel 1985, difenderà in plurime circostanze l'interpretazione secondo il significato pubblico della Costituzione e, soprattutto, farà del “suo” *Department Of Justice* una culla del futuro «nuovo originalismo».

³⁰⁷ K.E. WHITTINGTON, *The New Originalism*, cit., 599.

³⁰⁸ *Ivi*, 608.

³⁰⁹ *Ivi*, 609.

³¹⁰ La figura chiave è da sempre quella di Richard Kay: cfr. R.S. KAY, *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication. Three Objections and Responses*, in *Northwestern University Law Review*, 1988, 226 ss., e IDEM, *Original Intention*, cit., in *Northwestern University Law Review*, 2009, 703 ss. Altri celebri originalisti legati all'intenzionalismo sono Sai Prakash e Larry Alexander: cfr. L. ALEXANDER, S. PRAKASH, *Is That English You're Speaking – Why Intention Free Interpretation Is an Impossibility*, *San Diego Law Review*, 2004, 967 ss.

³¹¹ R.H. BORK, *The Tempting*, cit. Cfr. *infra* § 4.2.

³¹² Cfr. R.F. DUNCAN, *Justice Scalia And The Rule Of Law. Originalism Vs. The Living Constitution*, in *Regent University Law Review*, 2016, 9 ss., G.S. LAWSON, *Confronting Crawford. Justice Scalia, the Judicial Method, and the Adjudicative Limits of Originalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2017, 2265 ss.

Diversamente da Bork, Scalia non era stato professore e non aveva, come detto, un profilo intellettuale pubblico particolarmente definito: fino alla sua elezione alla Corte Suprema non aveva lasciato alcunché sul tema dell'interpretazione costituzionale. Il suo contributo più importante – divenuto famoso solo *dopo* la fama acquisita da Scalia come giudice della Corte Suprema – è l'intervento, già da *Justice*, ad una conferenza del 14 giugno 1986 davanti alla Commissione sulle libertà economiche dell'*Attorney General*, pubblicata l'anno successivo nel *Sourcebook*³¹³. Seppur tutt'ora abbastanza sconosciuto, il contributo è fondamentale poiché in esso Scalia esplicita le proprie convinzioni originaliste in un modo divergente rispetto alle letture soggettiviste che erano state attaccate da Brest e Powell.

Nel desiderio di parlare «contro il pubblico», suscitando così lo scambio dialettico con un uditorio che era sostanzialmente affine alle sue idee, Scalia fa dei dell'*original intent* e della validità della storia legislativa (*legislative history*) i suoi oggetti di critica³¹⁴. Per Scalia la storia legislativa – con cui si intende il metodo che interpreta le disposizioni legislative o costituzionali alla luce dei lavori preparatori – è «la più grande finzione legale sopravvissuta»³¹⁵. Non è infatti che credibile che

«la relazione delle commissioni (per prendere la forma più rispettabili di storia legislativa) esprimano davvero ciò che tutti i membri del Congresso (od almeno una maggioranza di essi) “intendeva” sulle oscure questioni trattate, [né] che una maggioranza di essi abbia *letto* la relazione della commissione ; [né, infine] che una maggioranza di essi fosse persino *a conoscenza* dell'*esistenza* dell'oscura questione legislativa dibattuta»³¹⁶.

Per questo, con un riferimento “romanistico” – che riprenderà anche dieci anni più tardi³¹⁷ – l'idea dell'interpretazione secondo questo senso di ‘intenzione del legislatore’ è inaccettabile:

«[a] di là della inaffidabilità di quasi tutte le fonti di storia legislativa (molte delle quali sono ora storia legislativa artefatta) come indicatrice dell'intento, mi sembra che chiedere che cosa i legislatore *intendessero* piuttosto che ciò che *affermarono* significa porre la domanda sbagliata. Nerone, si dice, usava porre i suoi editti in alto, sulle colonne del foro, in modo tale da renderli id difficile lettura e più facili ad essere inconsapevolmente violati. I segreti della storia legislativa sono l'equivalente degli editti collocati troppo in alto»³¹⁸.

Scalia non sta certamente accedendo alle visioni costruttiviste dei costituzionalisti viventi, ma vuole specificare il senso in cui il criterio dell'*original intent* – declinazione sul terreno costituzionale del

³¹³ A. SCALIA, *Address Before the. Attorney General's Conference on Economic Liberties (June 14, 1986)*, in AA.VV., *Sourcebook*, cit., 101.

³¹⁴ *Ivi*, 102.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System. The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in IDEM, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1997, 17.

³¹⁸ A. SCALIA, *Address*, cit., 103.

legislative intent – è applicato: «la questione dibattuta non è se l’“intento deve prevalere, ma piuttosto quale intento *originale* deve prevalere, in opposizione a qualche forma di interpretazione che permette all’applicazione dell[e] disposizion[i] di evolvere nel tempo»³¹⁹. Per Scalia, la Costituzione – la legge per eccellenza – non deve essere interpretata secondo l’«intento originale dei costituenti»³²⁰ (*original intent of the framers*) ma alla luce dell’«intento originale della Costituzione» (*original intent of the Constitution*)³²¹, che nient’altro è se non «il significato che più plausibilmente le parole della Costituzione avevano per la società che l’ha adottata [...] a prescindere da quello che i costituenti possano aver segretamente inteso»³²². Questo inoltre non significa obliterare ogni rilevanza ai lavori preparatori o ad dibattiti sulla ratifica della Costituzione, ma implica semplicemente trattare quel materiale epistemologico come evidenza del significato originale, non come normativo in sé:

«Questo non significa [...] che le espressioni dei costituenti siano irrilevanti. Al contrario, esse sono forti indicazioni di come le parole potevano essere intese dalle persone più colte persone al tempo. Quando i proponenti dell’*original intent* si rifanno ai padri fondatori, quello che deduco io è che si rifanno a loro *per quella ragione*. Non è che “la Costituzione deve significare questo perché Alexander Hamilton pensava che significasse questo e lo ha scritto”; al contrario, significa che “la Costituzione deve significare questo perché Alexander Hamilton, che vivaddio doveva capire la cosa, pensava che significasse questo»³²³.

Peraltro, oltre ad esplicite citazioni di Hamilton³²⁴ e Madison³²⁵, la circostanza storica della segretezza degli atti della costituente avvalorerebbe l’ipotesi che – per ribaltare l’assunto di Powell – fosse intento originale dei costituenti che la Costituzione fosse interpretata secondo il significato originale:

«[s]e si chiedesse ai partecipanti all’assemblea costituente se i loro dibattiti dovessero essere una fonte *autoritativa* per interpretare la Costituzione, non vi sono dubbi sul fatto che la risposta sarebbe negativa. Questo emerge chiaramente non solo dal atto che l’uso della storia legislativa era un anatema in quei giorni [...] ma anche [dal fatto che] il

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Ibidem*.

³²² *Ibidem*.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ «Qualsiasi possa essere stata l’intenzione dei costituenti di una costituzione, o di una legge, quell’intenzione deve essere cercata nel mezzo stesso, in accordo con le usuali e consolidate regole di interpretazione. [...] Argomenti inerenti circostanze estrinseche, in riguardo all’intenzione della costituente, devono essere rigettati». A. HAMILTON, *Opinion on the Constitutionality of an Act to Establish a Bank*, in H.C. CYRETTE (a cura di), *The Papers of Alexander Hamilton*, New York, Columbia University Press, 1965, 83, citato in A. SCALIA, *op. ult. cit.*, 104-105.

³²⁵ «Qualsiasi rispetto si possa ritenere dovuto all’intenzione dell’assemblea che preparò e propose la Costituzione, *come evidenza presuntiva del generale intendimento al tempo in cui il linguaggio fu impiegato*, deve essere tenuto a mente che le uniche intenzioni vincolanti sono quelle delle persone degli Stati, per come espresse attraverso le convenzioni che ratificarono la Costituzione». Citazione di una lettera di Madison in *ivi*, 105.

Giornale dell'assemblea [...] non fu immediatamente pubblicato, ma fu consegnato a George Washington [e] rimase sotto sigillo nel Dipartimento di Stato fino a che non fu pubblicato per decisione del Congresso [...] nel 1818»³²⁶.

Ma del resto, «come altro spiegare, ad esempio, l'affidamento su i cinque numeri del *Federalista* scritti da John Jay, che non fu un delegato all'assemblea costituente»³²⁷, ovvero su «Thomas Jefferson, che pure non fu lì»³²⁸? E ancora, come «spiegare il più intenso affidamento su quelle colte figure nazionali che furono presenti all'assemblea costituente e non ai commentatori negli stati che ratificarono [la Costituzione] dal momento che in fondo erano gli *stati* (o le *persone*) le parti di questo contratto»³²⁹. Per questi motivi, l'intento originale – se mai una tal cosa è esistita – non poteva che essere proprio quello che la Costituzione fosse intesa nel suo significato convenzionale:

«anche uno che crede nell'intento originale deve credere nel significato originale. Immagino che sia tollerabile utilizzare un termine per intendere l'altro – Alexander Hamilton fece proprio quando nella sua *opinion* sulla costituzionalità dell'atto di creazione di una banca centrale [...] Utilizzò il termine 'intento della costituente' per dire 'vero significato' per come era determinato dall'«ovvio e popolare senso» della disposizione costituzionale in questione (la clausola sui poteri propri e necessari)»³³⁰.

Per Scalia, in ogni caso, molti degli originalisti a lui contemporanei già intendono l'*original intent* nella forma del significato originale (*original meaning*) della Costituzione: «per quello che ne so, l'Attorney General Meese e il Justice Brennan usano il termine nel mio stesso senso»³³¹. Tuttavia, «per ragioni di precisione, temo di dover fare campagna per cambiare l'etichetta della dottrina da *Dottrina dell'intento originale* a *Dottrina del significato originale*. Come spesso dico ai miei assistenti, la terminologia è destino»³³². Non a caso, sarà proprio un assistente di Scalia, Gary Lawson, a rendere popolare l'espressione ancor più chiara di «significato pubblico originale» (*original public meaning*)³³³.

Che non vi fosse troppa differenza tra *original intent* e *original meaning*, peraltro, lo testimonia Scalia stesso, tre anni più tardi, in una conferenza – molto più famosa – che verrà ripubblicata sotto

³²⁶ *Ivi*, 104.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ *Ibidem*.

³³² *Ibidem*.

³³³ Cfr. G.S. LAWSON, *Proving the Law*, in *Northwestern University Law Review*, 1992, 859; IDEM, P.B. GRANGER, *The Proper Scope of Federal Power. A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, in *Duke Law Journal*, 1993, 267 ss.; G.S. LAWSON, *The Rise and Rise of the Administrative State*, in *Harvard Law Review*, 1994, 1231 ss.; IDEM, *Stare Decisis and Constitutional Meaning*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1994, 23 ss.; IDEM, C.D. MOORE, *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, in *Iowa Law Review*, 1996, 1267 ss.; G.S. LAWSON, *On Reading Recipes... and Constitutions*, in *Georgetown Law Journal*, 1997, 1823 ss.

l'eloquente titolo di “*Originalism. The Lesser Evil*”³³⁴. In tale sede, a mo' di *lapsus*, Scalia utilizza il termine ‘*original intent*’ esattamente per parlare di *original meaning*³³⁵. La conferenza, peraltro, si segnala per il fatto che Scalia offre, lì, la sua personale giustificazione per l’adesione l’originalismo. Non si tratta, certo, di una teoria interpretativo-applicativa perfetta: vi sono comunque delle difficoltà nell’accertare il significato pubblico delle disposizioni costituzionale³³⁶. Inoltre, una versione “dura” dell’originalismo sembrerebbe implicare, ad esempio, di considerare costituzionalmente legittime pene come la torchiatura (*handbranding*) e la flagellazione (*flogging*) poiché i costituenti non le ritenevano contrastanti con il divieto di «punizioni crudeli e inusuali» dell’Ottavo emendamento³³⁷. Nonostante si dica certo che una tale evenienza non abbia possibilità di concretizzarsi, Scalia riconosce che, in tale caso, sarebbe costretto a rigettare l’originalismo: «è una medicina troppo amara da inghiottire»³³⁸ e «mi trovo costretto a confessare che potrei risultare un originalista dal cuore debole. Non riesco ad immaginarmi [...] a confermare la validità di una legge che imponga la flagellazione come pena»³³⁹.

Ciononostante – e al netto del passaggio sull’«originalismo per deboli di cuore», che gli susciterà importanti critiche³⁴⁰ – Scalia riafferma la necessità dell’originalismo: si tratta dell’unica metodologia, infatti, che ha legittimità teorica, in quanto rende ragione della presenza di una Costituzione scritta e imm modificabile se non attraverso procedure aggravate³⁴¹. Peraltro, proprio questa circostanza è decisiva:

«il fine delle garanzie costituzionali – ed in particolare di quelle garanzie di diritti individuali che sono al centro di questa controversia – è precisamente quello di impedire che il diritto rispecchi certi cambiamenti nei valori originali che la società adottante la Costituzione ritiene fondamentalmente indesiderabili. O, più precisamente, [quello di] richiede che la società dedichi al tema quella lunga e impegnativa riflessione necessaria per un emendamento costituzionale prima che particolari valori vengano messi da parte».³⁴²

³³⁴ A. SCALIA, *Originalism. The Lesser Evil*, cit., 849 ss.

³³⁵ *Ivi*, 852.

³³⁶ «Il suo più grande difetto, dal mio punto di vista, è la difficoltà nell’applicarla correttamente. Non che sia d’accordo, o prenda nemmeno molto seriamente, le intricate elaborazioni critiche della dottrina secondo cui (credeteci o meno) le parole non hanno significato. Hanno certamente significato, come la stessa dottrina critica deve certamente credere quando sceglie di esporre il proprio punto di vista attraverso gli scritti invece che in musica. Ma è vero, questo sì, che è spesso molto difficile determinare con esattezza l’intendimento originario di un testo antico». *Ivi*, 856.

³³⁷ Cfr. *ivi*, 861-862.

³³⁸ *Ivi*, 861.

³³⁹ *Ivi*, 864.

³⁴⁰ Cfr. R.E BARNETT, *Scalia's Infidelity. A Critique of Faint-Hearted Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2006, 7 ss.

³⁴¹ «Io prendo sul serio il bisogno di una legittimità teorica, e anche se uno assume (come molti nonoriginalisti non si curano nemmeno di fare) che fu inizialmente inteso che la Costituzione esprimeva valori in evoluzione e non permanenti, [...] non vedo motivo per credere che la supervisione sull’evoluzione sarebbe stata attribuita alle corte». A. SCALIA, *op. ult. cit.*, 862.

³⁴² *Ibidem*.

Nonostante tutti i possibili difetti, l'originalismo rimane allora, per Scalia, il «male minore» – per citare il titolo della conferenza – e dunque un sempre migliore delle alternative nonoriginaliste.

Al fianco di Scalia, anche Edwin Meese, *Attorney General* di Ronald Reagan nel triennio 1985-1987, giocherà un ruolo importante nell'affermazione del nuovo originalismo. Da una parte, Meese articolerà in varie celebri conferenze una difesa della giurisprudenza ispirata all'intento originale (*original intent jurisprudence* o *original intention jurisprudence*). In due conferenze del 1985, esporrà quelli che saranno i principali punti dell'agenda originalista: l'idea che «il ruolo pensato per l'ordine giudiziario [...] e la Corte Suprema in particolare era quello di fungere da “bastione di una costituzione limitata”»³⁴³ e che, tuttavia, la Corte abbia scelto la strada dell'attivismo che «minaccia la capacità di prendere decisioni secondo il metodo democratico»³⁴⁴ e l'idea dell'America come «governo di leggi, e non di uomini»³⁴⁵. Al contrario solo la dottrina originalista può adeguatamente salvaguardare il valore della «fedeltà alla legge fondamentale»³⁴⁶.

L'originalismo di Meese – e che questo attribuisce all'Amministrazione Reagan in generale – è già una teoria fortemente connotata al significato pubblico, nonostante l'uso costante della terminologia del «vecchio originalismo» relativamente alle intenzioni e agli intenti:

«Il nostro approccio non concepisce la Costituzione come una sorta di codice cittadino, finalizzato a risolvere i problemi di un'era particolare – che il 1787, il 1789 o il 1868. [Questo perché] i delegati a Filadelfia andarono al di là del compito di fare un tale documento per scrivere invece una *Costituzione*. [...] Il linguaggio che hanno utilizzato riflette chiaramente questo. Ad esempio, trattarono il *commercio*, non semplicemente la spedizione o il baratto. Più avanti il Bill of Rights parlò, nel quarto emendamento, di “perquisizioni e confische irragionevoli”, non semplicemente di una particolare modalità di pratiche di polizia del 1789»³⁴⁷.

Al tempo stesso, però, la Costituzione non era nemmeno «lo specchio che riflette semplicemente i pensieri e le idee di quelli che gli stanno di fronte»³⁴⁸. Con un'espressione divenuta famosa, dirà: «Più in la l'interpretazione viaggia dal suo punto di partenza nel testo, più grande è il pericolo che l'applicazione della Costituzione diventi come un picnic in cui i costituenti portano le parole e i giudici il significato»³⁴⁹. Per evitare questa deriva è necessario andare «verso una giurisprudenza dell'intento originario»³⁵⁰, che è chiaramente già un «nuovo originalismo», come emerge dal seguente passaggio: «come [...] possiamo sapere quando un giudice agisce appropriatamente nel dichiarare

³⁴³ E. MEESE III, *The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution*, in *South Texas Law Review*, 1986, 456.

³⁴⁴ IDEM, *Construing the Constitution*, cit., 29.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ *Ivi*, 22.

³⁴⁷ *Ivi*, 24.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ *Ivi*, 28.

³⁵⁰ IDEM, *Toward a Jurisprudence of Original Intent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1988, 5.

incostituzionale un atto esecutivo o legislativo? La risposta si trova cercando l'opportuna disposizione scritta e verificando che sia applicata in accordo con il significato ordinario delle parole per come originariamente intese»³⁵¹.

Dall'altra parte, il lavoro chiave di Meese sarà in campo politico. In particolare, Meese creerà una specifica unità all'interno del *Department of Justice*: l'*Office of Legal Policy*³⁵². Questo ufficio, ed in generale il Dipartimento di giustizia da lui guidato, diventerà un centro di aggregamento per molti ricercatori che, una volta terminato il loro servizio, rientreranno in università e guideranno la grande diffusione dell'originalismo come significato pubblico originale. Nel 2011, Mike Rappaport, eminente originalista³⁵³, commentava:

«[s]pesso non si riconosce quanto del moderno originalismo abbia le proprie radici nel Dipartimento di Giustizia di Meese. Non solo nelle conferenze che Meese tenne, ma nei giovani giuristi che lavoravano e più tardi diventeranno studiosi originalisti. Limitandomi a quelli che sono entrati nell'accademia, questi studiosi includono (e sono certo di stare dimenticandomi diversi elementi importanti) Steve Calabresi, Brad Clark, John Harrison, Doug Kmiec, Gary Lawson, Nelson Lund, John Manning, Michael McConnell, John McGinnis, Mike Paulsen, e me stesso. Si tratta di una bella fetta dei moderni studiosi originalisti»³⁵⁴.

Questo tassello mancante nella storia originalista è stato recentemente ricostruito da Paul Baumgardner³⁵⁵, che ha significativamente descritto – riprendendo una frase Lawson – come «accademia in esilio» il gruppo di giuristi che, lavorando nel *Department of Justice* di Meese, «contestarono le dominanti modalità di interpretazione costituzionale e le correnti emanazioni teoretiche delle corti e dell'accademia»³⁵⁶. Tutti i futuri originalisti concordano sul fatto che prima del *Department of Justice* di Meese la presenza originalista fosse ridotta all'osso. Riportano gli intervistati nello studio: «non c'era presenza originalista nell'accademia. Dico zero. Zero. Nulla»³⁵⁷; «avresti confortevolmente potuto raggruppare tutti gli originalisti nel paese attorno ad un tavolo da cucina»³⁵⁸; «in diritto costituzionale non credo che l'originalismo fosse nemmeno menzionato»³⁵⁹.

³⁵¹ *Ivi*, 10.

³⁵² G.L. McDOWELL, voce *Reagan, Ronald*, in K.L. HALL, J.W. ELY JR., J.B. GROSSMAN (a cura di), *Oxford Companion*, cit., 825.

³⁵³ Fondatore insieme a McGinnis dell'«*original methods originalism*», un'alternativa all'*original intent original* e *original meaning originalism*: cfr. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Original Methods Originalism. A New Theory of Interpretation and the Case against Construction*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, 751 ss.

³⁵⁴ IDEM, *Crosskey, Modern Originalism, and the Meese Justice Department*, in *The Originalism Blog*, 18 luglio 2011, <https://originalismblog.typepad.com/the-originalism-blog/2011/07/crosskey-and-modern-originalismmike-rappaport.html>.

³⁵⁵ P. BAUMGARDNER, *Originalism and the Academy in Exile*, in *Law and History Review*, 2019, 787 ss.

³⁵⁶ *Ivi*, 788.

³⁵⁷ Gary Lawson in *ivi*, 794.

³⁵⁸ Steven Calabresi in *ibidem*.

³⁵⁹ John McGinnis in *ibidem*.

Una volta nominato *Attorney General*, Meese «incoraggiò giovani giuristi del governo conservatore a ricercare e sviluppare le idee originaliste e creare nuovi argomenti costituzional-originalisti che potessero essere utilizzati nelle corti»³⁶⁰. L'acume e l'intelligenza di Meese si espressero nella forma che riuscì a dare all'organizzazione del lavoro nel proprio ministero, che rispecchiava quella dell'università:

«Meese strutturò l'ambiente professionale in modo tale che riflettesse l'accademia giuridica in modo significativo. Il Dipartimento di Giustizia di Meese selezionava i professionisti dalle migliori facoltà di diritto e ricreava molte delle gerarchie organizzative e delle pratiche intellettuali che si incontravano in quelle facoltà. I giuristi originalisti nel Dipartimento si imbarcavano in estesi progetti di ricerca, distribuivano i loro risultati in report autoritative, partecipavano a seminari e conferenze e tenevano conferenze sul loro lavoro. Originalisti come Gary Lawson, John C. Harrison, Steven Calabresi, John O. McGinnis e Michael Stokes Paulsen presentavano così impressionanti curriculum alle commissioni giudicatrici delle facoltà per l'assunzione di nuovi professori»³⁶¹.

L'esito di questo fu importante: «[c]ome risultato, le posizioni originaliste e le considerazioni storiche iniziate nel Dipartimento furono studiate, scrutinate e riformulate nell'accademia. [...] Sul finire degli anni Ottanta, la teoria costituzionale e l'accademia giuridica stesse erano in una posizione straordinariamente differente rispetto a quella di dieci anni prima»³⁶². La produzione più eloquente dell'*Office of Legal Policy* sarà il *Sourcebook* del 1987, più volte citato, che in centosettantasette pagine costituisce un piccolo manuale del pensiero originalista e dei suoi avversari³⁶³.

L'«accademia in esilio» aveva dunque iniziato ad diffondere l'originalismo attraverso l'innesto preparato nel laboratorio di Meese. Tuttavia, perché le idee del nuovo originalismo potessero definitivamente affermarsi era necessario un *locus classicus*, un riferimento definitivo che, con autorità, ripercorresse per filo e per segno i tratti della vicenda originalista e il futuro che il movimento aveva davanti. Con l'opera del 1990 di un Bork reduce dalla tragica vicenda della bocciatura in Senato, i moti di Scalia, di Meese e dei giovani studiosi che portarono con sé il bagaglio originalista dall'amministrazione Reagan all'università potranno finalmente trovare il proprio compimento.

4.2. La consacrazione del nuovo originalismo in Robert Bork

Nel 1987, come detto, Robert Bork aveva fallito l'ultimo gradino che avrebbe completato il suo *cursus honorum*: Il prodotto della fallita conferma di Bork alla Corte Suprema è *The Tempting of America* del 1990³⁶⁴, best-seller di pubblico e opera che consacra definitivamente Bork nello studio

³⁶⁰ Ivi, 797.

³⁶¹ Ivi, 804.

³⁶² Ivi, 805.

³⁶³ AA.VV., *Sourcebook*, cit.

³⁶⁴ R.H. BORK, *The Tempting*, cit.

sull'interpretazione costituzionale. Per Bork si tratta dell'interruzione di un laborioso silenzio dal giorno del fallimento della sua candidatura alla Corte Suprema. Probabilmente consapevole dell'attenzione che verrà in ogni caso riservata alle sue parole, Bork coglie l'occasione per contestualizzare la vicenda che lo ha coinvolto in un quadro più ampio. Come dirà in altra sede: «la mia nomina [...] fu semplicemente una battaglia all'interno di una risalente guerra per il controllo della nostra cultura giuridica, la quale, a sua volta, è parte di una più larga guerra per il controllo della nostra cultura in generale»³⁶⁵.

Rivelare al cittadino americano lo svolgimento di questa bicentenaria lotta in un linguaggio compressibile e chiaro diviene allora il fondamentale obiettivo di *The Tempting of America*. Si spiega così il motivo per cui il commento di Bork agli eventi che hanno portato alla sua mancata conferma arrivi, nel libro, soltanto come terza ed ultima parte. Per comprendere gli eventi che hanno interessato la sua nomina alla Corte Suprema è necessario, per Bork, avere chiara la «caduta» della Corte Suprema americana e sapere chi siano stati i suoi principali artefici: i professori delle università americane.

Nella prima parte del volume, Bork offre al lettore un “volo d’aquila” sui più importanti e discussi casi del diritto costituzionale americano. Oltre a riprendere le considerazioni già svolte in *Neutral Principles* su *Griswold* e *Brown*, Bork si cimenta nell'analisi di altri pietre miliari della giurisprudenza costituzionale americana: così, Bork fonda il controllo di costituzionalità su di una sua “classica” inferenza dalla struttura della Costituzione, per sopperire alla nota fragilità della motivazione del Justice Marshall in *Marbury v. Madison*³⁶⁶; ancora, Bork mostra come il *Substantive Due Process*, storicamente utilizzato per ampliare i “diritti civili”, debba i propri natali al Justice Taney, il quale lo impiegò per la prima volta in *Dred Scott v. Sandford* al fine di riportare uno schiavo al suo padrone³⁶⁷; cimentandosi per la prima volta su *Roe v. Wade*, Bork la definisce un «*fiat*», una sentenza arbitraria che non ha mai veramente detto quale sia il fondamento del diritto costituzionale all'aborto³⁶⁸.

In generale, Bork intende sottolineare come la «caduta» della Corte Suprema – cioè l'abbandono del suo ruolo di garanzia in favore dell'attivismo – sia continuata in presenza di maggioranze tanto conservatrici quanto progressiste. Nonostante siano da sempre esistiti giudici che tentavano di inoculare i propri valori attraverso l'interpretazione costituzionale³⁶⁹, la loro affermazione è un

³⁶⁵ Cfr., chiaramente, in R.H. BORK, *Introduction*, in IDEM (a cura di), “*A Country I Do Not Recognize*”. *The Legal Assault on American Values*, Stanford, Hoover Institution Press, 2005, xvi, xxx, xxvi.

³⁶⁶ 5 U.S. 137 (1803), su cui R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 20-25.

³⁶⁷ 60 U.S. 393 (1857), su cui R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 28-34.

³⁶⁸ 410 U.S. 113 (1973), su cui R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 111-114.

³⁶⁹ Bork fa l'esempio del *dissent* di Samuel Chase in *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798), su cui R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 19-20.

fenomeno novecentesco, che ha avuto nella Warren Court il momento di svolta ed è poi ininterrottamente continuato fino ai tempi recenti. In tanto, allora, la Corte “conservatrice” di *Dred Scott* o *Lochner* non si distingue dalla Corte “progressista” di *Griswold* e *Roe*, in quanto entrambe hanno abusato della loro funzione, violando il significato della Costituzione per conseguire un risultato politico che la democrazia, attraverso le sue istituzioni rappresentative, avrebbe invece dovuto determinare.

La seconda parte di *The Tempting of America* intende allora individuare i responsabili di questa «caduta» della Corte Suprema: i professori di diritto delle università americane i quali hanno sviluppato diverse teorie giusfilosofiche – tutte descritte e rigettate da Bork – con l’unico obiettivo di far trionfare idee e valori sui quali non riescono a trovare l’accordo politico della maggior parte degli americani. In un catalogo di nomi che spazia da Laurence Tribe – ispiratore delle affermazioni di Edward Kennedy – all’amico Alexander Bickel, Bork critica le diverse teorie accomunate da un’interpretazione «revisionista» del significato del testo costituzionale al fine di conseguire risultati politici di stampo liberale. Al tempo stesso, Bork denuncia anche i revisionisti di orientamento conservatore, che, seppur minoritari, utilizzano le stesse tecniche dei revisionisti *liberal* per finalità politiche opposte.

Ciò che tuttavia maggiormente importa, ai fini della presente analisi, è il contrasto di queste teorie revisioniste della Costituzione con quella che per Bork è l’unica corretta metodologia di interpretazione costituzionale: l’«intendimento originario» (*original understanding*). Infatti, prima di affrontare il pensiero di ciascun “revisionista costituzionale”, Bork riafferma il suo canone per la corretta interpretazione della Costituzione ed il celebre settimo capitolo di *Tempting of America*, che apre la seconda parte, diviene così la culla di quello che diverrà il «nuovo originalismo»³⁷⁰.

L’argomentazione di Bork parte da un punto fondamentale:

«quando parliamo di “diritto”, ci riferiamo ordinariamente a regole che non possiamo cambiare se non attraverso apposite procedure. Questa affermazione postula che le regole abbiano un significato indipendente dai nostri desideri. Altrimenti non ci sarebbe alcun bisogno di accordarsi sulle procedure per cambiare le regole. Le leggi, possiamo essere d’accordo, possono essere cambiate per emendamento o abrogazione. La Costituzione può essere cambiata attraverso un emendamento conforme alle procedure disciplinate dall’articolo V. La previsione di apposite procedure implica che né una legge né la Costituzione possano essere cambiate dai giudici. Nonostante questo sia spesso avvenuto, non è in alcun modo corretto»³⁷¹.

³⁷⁰ Cfr. K. WHITTINGTON, *The New Originalism*, cit., 599 ss.

³⁷¹ R.H. BORK, *op. ult. cit.*, 143.

Ma qual è, allora, questo «significato delle regole che i giudici non possono cambiare»³⁷²? Per Bork, come per Berger,

Ora, invece, Bork accede alla lezione di Scalia e Meese: il significato originale della Costituzione

«è il significato inteso al momento dell'adozione dell'atto. Sebbene abbia scritto dell'intendimento dei costituenti della Costituzione, dal momento che loro l'hanno adottata e resa diritto, si tratta di una formulazione infelice, poiché ciò che i costituenti credevano di stare adottando deve essere inteso come il significato che il pubblico del tempo avrebbe derivato da quelle parole»³⁷³.

Ecco che, in questa coppia di pagine, si assiste alla consacrazione del passaggio dall'originalismo come intenzione originale del legislatore (*original intent*) all'originalismo come «significato pubblico originale» (*original public meaning*)³⁷⁴.

Attraverso l'«intendimento originario» Bork riesce a vincere i fantasmi che già aleggiavano, storicamente, sulle sue analisi intorno all'«*original intent*». Fin dai tempi di *The Antitrust Paradox*, e ben prima della critica di Brest all'intenzionalismo, Bork era consapevole delle difficoltà di rinvenire l'intenzione del legislatore qualora questa fosse intesa come intenzione storica soggettiva. In tale frangente Bork superava questa difficoltà in modo, ad essere generosi, “pragmatico”: «i problemi e l'artificialità nell'attribuire un “intento” ad un ente misurabile di uomini sono ben note. Non abbiamo bisogno di riflettere su questa cosa. La giustificazione per ignorare le difficoltà inerenti l'intenzione del legislatore risiede primariamente nel fatto che le corti regolarmente “trovano”, descrivono, e si affidano a questa intenzione»³⁷⁵.

Bork non ha difficoltà a prendere le distanze da questa versione dell'originalismo in *The Tempting of America*:

«è importante essere chiari su questo. La ricerca non riguarda l'intenzione soggettiva. Se scopriremo una lettera da George Washington a Martha in cui le confidava di non intendere il potere di imporre tributi nel modo in cui altre persone lo intendono, questo non cambierebbe la nostra interpretazione della Costituzione in alcun modo»³⁷⁶.

Come fare allora per capire il senso di una disposizione della Costituzione? Per Bork, ora, «[t]utto ciò che conta è il modo in cui le parole della Costituzione sarebbero state intese al tempo. L'intendimento originario si manifesta così nelle parole usate e nei materiali secondari, come dibattiti alle assemblee, discussioni pubbliche, articoli di giornali, dizionari in uso al tempo, e così via».

³⁷² *Ivi*, 144.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ Bork parla, in effetti, solo di «*original understanding*», laddove la formulazione che affermerà storicamente è quella, citata, dell'«*original public meaning*» o, più semplicemente, «*original meaning*». Cfr. G.S. LAWSON, *Proving the Law*, cit., 875.

³⁷⁵ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, 56-57.

³⁷⁶ IDEM, *The Tempting*, cit., 144.

E se i costituenti avessero invece inteso adottare delle regole che potessero essere reinterpretate nel tempo? Per Bork, soccorre qui l'«intendimento originario dell'intendimento originario» («*original understanding of original understanding*»). Citando eventi storici come il rigetto di una proposta della delegazione dello Stato di Virginia – finalizzata ad attribuire un potere di veto sul Congresso ad un Concilio di revisione composto da membri dell'esecutivo e della magistratura – ovvero citando il pensiero espresso di Alexander Hamilton nel settantottesimo scritto del *Federalista* – ove Hamilton riprende l'idea montesqueiana del giudiziario come «potere nullo» – Bork sostiene che era esattamente l'intendimento originale dei costituenti che la Costituzione fosse interpretata secondo il suo intendimento originario³⁷⁷, ribaltando la critica di Powell. Come sottolineato, in ogni caso, il punto era già stato ampiamente argomentato e difeso da Berger tre anni prima³⁷⁸.

³⁷⁷ IDEM, *op. ult. cit.*, 153-155.

³⁷⁸ R. BERGER, *Original Intention*, cit., su cui *supra* § 3.1.

Capitolo 4

ABSTRACT CLAUSES AND THE DESCRIPTIVE LIMITS OF ORIGINALISM

Abstract Italiano

Sembra esistere una naturale differenza tra due tipi di norme presenti nella Costituzione americana. Ad esempio, il requisito dei trentacinque anni d'età per il Presidente degli Stati Uniti, fissato nell'Articolo II della Costituzione americana, sembra essere una disposizione incontrovertibile nel proprio significato e nel proprio riferimento: pertanto può essere definita una «clausola concreta» (concrete clause), ad indicare il senso piano e l'apparente assenza di dubbi sulla sua applicazione. Diversamente, regole come il divieto di «punizioni crudeli e inusuali» dell'Ottavo emendamento adombrano un contenuto prescrittivo più indefinito e controvertibile, nel momento in cui rimandano a standard normativi "altri" (ad es., qui, quelli in cui si definisce cosa è 'crudele' e cosa non lo è). In quanto fanno uso di un linguaggio fortemente astratto tali disposizioni possono essere definite clausole astratte (abstract clauses).

Nella presente parte, avanzo la tesi secondo cui la concreta modalità di emendamento di questo tipo di disposizioni impedisce di poter leggere la realtà giuridica in termini esclusivamente originalisti-formali. Tanto la "lettura morale" della Costituzione propugnata da Dworkin quanto l'originalismo ortodosso di Bork si propongono come due diverse interpretazioni originaliste del testo costituzionale americano. Entrambe, in ogni modo, falliscono nel proprio obiettivo: sostenere un quadro giuridico in cui ogni evento è categorizzabile come legittimo o illegittimo secondo un originale intendimento del testo costituzionale. Il tentativo dworkiniano fallisce perché non sa rendere conto della rigidità costituzionale. Quello borkiano, al contrario, è interpretativamente corretto ma non riesce a catalogare il concreto atteggiarsi delle disposizioni astratte in un paradigma di legittimità-illegittimità.

Dal fallimento di entrambe le ricostruzioni sono dedotte alcune conclusioni. La prima è che l'originalismo fallisce in quanto rimane un modello descrittivo formalista della pratica costituzionale. Le clausole astratte della Costituzione americana rappresentano un tipico caso di revisione extra-giuridica della Costituzione – idest, contrastante con le modalità stabilite dal documento stesso per la propria modificazione. Il fallimento dell'originalismo segue allora il fallimento del formalismo, la cui origine può risiedere nella competitività di altri fattori umani (ad es., la bontà dei risultati) rispetto alla mera fedeltà costituzionale.

Questa “intrattabilità” delle disposizioni costituzionale astratte attraverso il metodo originalista-formale suscita l’interrogativo su quale alternativa possa esservi per la spiegazione esaustiva della realtà giuridica. Considerando la possibilità di un trattamento linguistico di simili disposizioni costituzionali, sottolineo come il loro peculiare status sia riconducibile all’impiego di una terminologia indessicale nelle stesse norme. Tuttavia, per le particolari finalità di previsione della prassi giuridica costituzionale che può avere il giurista come “pratico del diritto”, un trattamento esclusivamente linguistico non sarà mai sufficiente. Al contrario, l’impiego di discipline che studiano il comportamento umano in ambiti normativi diversi da quello giuridico – ad es., sociologia, psicologia, economia, etc. – può condurre alla definitiva previsione dell’attività giuridica. Queste riflessioni finiscono così confermare la validità e l’indispensabilità degli intuizioni e della metodologia del realismo giuridico americano sul terreno del diritto costituzionale, campo materiale generalmente trascurato dall’indagine realista. Da una parte, infatti, il diritto costituzionale emerge come giuridicamente indeterminato; dall’altra, le scienze sociali empiriche–e non quella filosofia concettuale fatta propria da tanta filosofia giuridica del Novecento–sono il miglior alleato possibile per combattere tale indeterminatezza.

1. INTRODUCTION

Every American citizen is at least vaguely aware of the momentous effects constitutional change is capable of bringing about in the legal system. It may sound more surprising that a formal analysis of constitutional change could leave the jurist in a theoretical predicament. More precisely, that by following the logical argumentation that underlies the legal change of a particular type of constitutional clauses, the “loyal” originalist interpreter—whose exclusive concern is the meaning of a particular text (i.e., the Constitution of the United States)—would be compelled to a foregone conclusion: that it is impossible to account for what happens in the legal world if the area of research is restricted to the formal rules set out by the legitimate authority.¹ An outcome, as we will see, that would bear out one of the fundamental tenets of American legal realism.²

¹ The concept of “law,” i.e., as progressively conceived in the positivist tradition from Austin and Hart to Raz and Green. See generally Andrei Marmor & Alexander Sarch, *The Nature of Law*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta, ed., rev. ed. 2019), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/> (summarizing the shibboleths of legal positivism).

² The idea, i.e., of legal indeterminacy. See *infra* Part V. It might be worth emphasizing that the thesis is “truly realist” insofar as legal indeterminacy, as will see, results from the functioning of legal norms, and not, that is, from the broader problem of the “open-ended” status of the language. See Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 TEXAS L. REV. 267 (1997), reprinted in BRIAN LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE: ESSAYS ON AMERICAN LEGAL REALISM AND NATURALISM IN LEGAL PHILOSOPHY 1, 27 (2007) [hereinafter LEITER, NATURALIZING

Indeed, two classic accounts of the Constitution of the United States—Robert Bork’s “orthodox” originalism and Ronald Dworkin’s “moral reading” originalism—seem unable to account for the legal change of the Constitution’s “abstract clauses,” whose working example in this Article is going to be the Eighth Amendment’s prohibition that “cruel and unusual punishments [be] inflicted.”³ The thesis is that, from the failure of these reconstructions, originalism cannot be deemed to fully account for constitutional practice. That is, if the Baudean question “is originalism our law?” can be arguably answered in the affirmative for the major part of constitutional law, at least in regards to abstract clauses the law is arguably nonoriginalist.⁴

It bears emphasizing that these alleged limits of originalism’s descriptive power do not descend from some possibly true but less interesting facts, such as, for example, that judges make mistakes or misinterpret constitutional clauses in order to impose their moral views.⁵ After all, if we stretch the descriptive attitude of originalism, we might go so far as to say that by accommodating these phenomena under the label of “improper practices” an originalist model does in fact account for them. On the contrary, as will see, originalism collapses when it fails to qualify the legal change of abstract clauses either as legitimate or illegitimate, for the procedure it would mandate for their legal change has never been pursued nor has been taken into consideration.

In Part I of the Article, I introduce Bork’s argument for originalism and Dworkin’s notion of abstract clauses. In Part II, I expound the reasons that make Dworkin’s theory hardly tenable with regard to abstract clauses, for his originalist explanation of the functioning of abstract clauses seems to turn out both “expensive” and “deficient.” In Part III, I develop a thought experiment—the “same law new law” dilemma—which should cast doubt on the capacity of the “traditional” Borkean model to account for the referential change entailed in abstract clauses.⁶ In Part IV, I advocate the subsumption of this type of legal change into the conceptual framework of “informal constitutional change.” To depict

JURISPRUDENCE] (contesting C.L.S. writers’ portrait of realism as inferring legal indeterminacy from the general nature of the language, rather than from essentially legal problems, e.g., alternative methods of legal interpretation or precedents’ selection).

³ “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” U.S. CONST., amend. VIII.

⁴ See William Baude, *Is Originalism Our Law?*, 115 COLUM. L. REV. 2349 (2015).

⁵ “It is true, of course, that if judges are not rational, honest, or competent, or if they make mistakes, then the Class will be Causally Indeterminate, but this is plainly a less interesting point about the law.” BRIAN LEITER, *A Note on Legal Indeterminacy*, in LEITER, *NATURALIZING JURISPRUDENCE*, *supra* note 2, at 10-11.

⁶ If Dworkin might be credited with raising the problem of “abstract clauses,” Bork never confronted the issue directly: He merely built an argument in favor of originalism out of the existence of the amendment procedure in the U.S. Constitution. See *infra* Part I.A. Hence the use of “Borkean” instead of “Bork’s.” See *infra* Part III.A.

my understanding of the nexus that hitches abstract clauses to other normative domains, I will resort to a fictional story inspired by the conflict of laws.

Finally, in Part V I confront the possibility of a linguistic treatment of abstract clauses, which seem to match the phenomenology of those expressions philosophy of language dubs as “indexicals.” Once challenged the utility of this “linguistic turn,” I contend that the legal change entailed by abstract clauses can be satisfactorily addressed only through the type of inquiry suggested by American legal realism.

Should the argument prove tenable, the bearing of the realists’ theses on constitutional law should be clearly reaffirmed. The inability of originalism to account for the referential change of abstract clauses is used, that is, to emphasize the necessity of the realist approach to constitutional law—thus amending its “original” confinement to other fields of the legal domain.⁷ Certainly, there have already been numerous attempts to conjoin “realism” and constitutional law,⁸ just as the core work of political scientists can be framed as the inadvertent product of some realist research agenda in constitutional law.⁹ In both cases, however, some fundamental tenets of the realist jurisprudence might go missing.

⁷ Possibly as a consequence of their real lawyerly experience, American realists were mainly focused on issues arising from ordinary civil litigation rather than from the speculative problems of constitutional adjudication. As Brian Leiter notes, “[t]he Realists tend to draw their best examples . . . from the realm of commercial law . . . rather, say, than constitutional law . . .” Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 TEXAS L. REV. 267 (1997), reprinted in NATURALIZING JURISPRUDENCE, *supra* note 2, at 27. See, e.g., JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND 46-52 (Anchor Book 1963) (discussing the fictional example of the incorporation of a Taxi Company).

⁸ See, e.g., Matthew S.R. Palmer, *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution*, 54 AM. J. COMP. L. 587, 627-35 (2006) (arguing, from a study of New Zealand’s Unwritten Constitution, the importance of constitutional conventions to recognize the U.S. “complete Constitution”), and Connie S. Rosati, *Constitutional Realism*, in DIMENSIONS OF NORMATIVITY: NEW ESSAYS ON METAETHICS AND JURISPRUDENCE 393, 396, 411 (David Plunkett, Scott J. Shapiro & Kevin Toh eds., 2019) (arguing for the existence of true constitutional facts in a metaethical sense).

⁹ As Brian Leiter writes—concurring in some remark from Frederick Schauer—“political science work on courts is a useful corrective to much doctrinal scholarship in constitutional law, which talks as though the doctrine is really explanatory of Supreme Court decisions.” Brian Leiter, *Legal Formalism and Legal Realism: What Is The Issue?*, 16 LEGAL THEORY 111, 113 n.11 (2010) [hereinafter Leiter, *Legal Formalism*]. It bears noting that Leiter is neither weighing the quality of “political science work,” nor claiming that political science is the discipline supposed to bring to light the non-legal determinants of Supreme Court decisions. I will be exploring, and criticizing, these possible claims. For typical examples of political science scholarship on constitutional adjudication see, for example, Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279, 293 (1957) (arguing that Supreme Court’s policy-making—besides temporary moments of disagreements—does eventually conform with the currently dominant “alliance,” i.e., the actual majority’s political ideas), and Lawrence Baum, *The Supreme Court in American Politics*, 6 ANN. REV. POL. SCI. 161, 171-73 (discussing the role of the Supreme Court in American law and arguing against an

On the one hand, the expression “constitutional realism” is somewhat ambiguous and insufficient. It is ambiguous insofar as it can be used to describe the study of constitutional law from the perspective of “moral realism,” which has very little to do with American legal realism.¹⁰ Perhaps more importantly, the term is insufficient at times, as it is employed to (exclusively) describe those instances where judges fall short of applying some clear legal rules, either because they are mistaken or, more frequently, because they have some vested interest that elicits the misuse of the law (e.g., they smuggle the enforcement of political moral views as the application of preexistent constitutional rules).¹¹ Legal realism, however, is not merely a remedy for human fallibility or the deviant behaviors of judges: It allegedly arises from the very nature of legal rules, which are indeterminate in certain instances—viz., the cases that are in fact litigated.¹² As the analysis of the Cruel and Unusual Punishments Clause in this Article should prove, abstract clauses are inherently “legally

understatement of the efficacy of its decisions), and, more recently, Ran Hirschl, *The Judicialization of Politics*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL SCIENCE 253, 271 (Robert E. Goodin ed., 2011) (arguing that judicial activism arises out of an institutional environment that calls for judicial intervention rather than out of the independent infringement of the judiciary on the political domain).

¹⁰ As the most prominent advocate of “constitutionalism realism” candidly acknowledges. See Rosati, *supra* note 8, at 411 (recognizing the incompatibility with American legal realism). See also Michael W. McConnell, *A Moral Realist Defense of Constitutional Democracy*, 64 CHI.-KENT L. REV. 89 (1988) (contesting Barber’s alleged incompatibility of natural right and constitutional democracy).

¹¹ See, e.g., Eric J. Segall, *Originalism Off The Ground: A Response To Professors Baude And Sachs*, 34 CONST. COMMENT. 313, 313-14, 323-36 (2019) (conflating legal realism with political science’s belief that the judges’ political values are the determinants of constitutional adjudication), and Robert N. Clinton, *Original Understanding, Legal Realism, And The Interpretation Of ‘This Constitution’*, 72 IOWA L. REV. 1177, 1242, 1260-61 (1987) (describing instrumentalism and realism as the judicial philosophy of the Warren Court and interpreting the realists’ constitutional scholarship as an attempt to unveil the conservative biases of the New Deal Court), and Richard Ekins & Graham Gee, *Miller, Constitutional Realism and the Politics of Brexit*, in THE UK CONSTITUTION AFTER MILLER: BREXIT AND BEYOND 249 (Mark Elliott, Jack Williams & Allison Young eds., 2018) (using the expression “constitutional realism” to describe the “optimal constitutional practice” from a political standpoint). Of course, there are also comprehensive, non-“politically reductive” accounts of realism in constitutional scholarship. See, e.g., Karl S. Coplan, *LEGAL REALISM, INNATE MORALITY, AND THE STRUCTURAL ROLE OF THE SUPREME COURT IN THE U.S. CONSTITUTIONAL DEMOCRACY*, 86 TUL. L. REV. 181, 185-95 (2011) (emphasizing the role of legal indeterminacy in realist jurisprudence), and Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Law, Legal Realism, And Empirical Legal Science*, 96 B.U. L. REV. 1359, 1369-71 (2016) (stressing the employment of other social sciences as one of the central “realist teachings” for constitutional law).

¹² See BRIAN LEITER, *A Note on Legal Indeterminacy*, in LEITER, *NATURALIZING JURISPRUDENCE*, *supra* note 2, at 19-20 (exposing C.L.S. writers’ account of the realists as supporters of general indeterminacy—i.e., of the thesis that the law is always indeterminate: “To the contrary, Realists were mainly concerned to point out the indeterminacy that exists in those cases that are actually litigated, especially those that make it to the stage of appellate review—a far smaller class of legal cases, and one where indeterminacy in law is far less surprising.”).

indeterminate” because there is unanimous consensus (even by political originalists!) that it should not be applied originalistically.¹³

The difference is, indeed, stark: In a possible world where the issue of fallacious or malignant judges were to be solved, the “minor realist account” of the law—that is, the one that chalks legal deviations to judicial errors or political abuse of the law—would match the “correct” scenario as conceived, namely, by originalists. American legal realism, instead, alleges that even in that world legal rules would not be, at times, causally explanatory of judicial decisions.¹⁴ It is not the case, that is, that clear legal outcomes are neglected simply because judges want to enforce some personal view: At times, the outcome is dictated by the very nature of the law.

On the other hand, I resist the possibility that other social sciences are competent to address the problems arising from constitutional law’s natural indeterminacy. For one, political science scholarship about “realism in adjudication” seems often to boil down, again, to the very minor thesis that deviations from originalist interpretation of the Constitution descend from the hidden “political” interests behind adjudication (e.g., strictly partisan biases, economic worldviews, religious commitments, etc.):¹⁵ In this respect, political scientists share in the insufficiency of the aforementioned “constitutional realism.”¹⁶

Additionally, another fundamental idea of American legal realism would go “lost in translation” if other sciences were exclusively competent on the matter: the conception of legal scholarship as a “tool for lawyers” (i.e., a research activity that help lawyers win cases by deconstructing the extralegal

¹³ See *infra* Part III.

¹⁴ “[T]he law on some point is causally indeterminate if the Class does not causally explain the judge’s decision.” LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE, *supra* note 2, at 9.

¹⁵ See, e.g., LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, THE CHOICES JUSTICES MAKE 11, 185-86 (1998) (proposing a strategic model of Supreme Court adjudication where judge exclusively act to enforce personal ideological commitments, thus excluding mere obedience to the law), and HIRSCHL, *supra* note 9, at 263-64 (reducing the causal role of constitutional catalogs of rights in prompting judicial activism to the enhancement of the “public’s rights awareness” and not to the very nature of those rights), and James L. Gibson & Gregory A. Caldeira, *Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?*, 45 LAW & SOC’Y REV. 195, 195-96, 214 (2011) (interpreting legal realism as the mere unveiling of ideological and political determinants and arguing that “American people . . . accept that judicial decisionmaking can be discretionary and grounded in ideologies, but also principled and sincere”). *Contra* Frank B. Cross, *The Justices of Strategy*, 48 DUKE L.J. 511 (1998) (making a compelling case against political reductionism). See also Gary Lawson, *Reflections of an Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, 96 B.U. L. REV. 1457, 1473 (2016) (criticizing Whittington’s political interpretation of the rise of the “new originalism”).

¹⁶ See *infra* Part V.B.

rules that govern adjudication).¹⁷ In American legal realism, the rationale for legal scholarship was to predict adjudication and, thereby, enhance the lawyers' ability to win cases.¹⁸ Other disciplines, conversely, might rightfully be less sensitive to this specific point of view. In this sense, I argue that the legal inquiry has a specific and privileged point of view on the issue of legal indeterminacy.

Having hopefully clarified the sense in which the analysis seeks to reconsider legal realism in constitutional law, three important caveats remain to be lodged before entering into the topic.

First, the Borkean and Dworkinian antagonistic accounts are here assumed as two "archetypes"¹⁹ for numerous originalist accounts of constitutional amending. If eminent, these two models cannot faithfully exhaust the tapestry of originalist approaches. Any conclusion concerning these accounts should be tested out on the entire range of originalist reconstructions before legitimately claiming that it applies to originalism *tout court*.²⁰

However, a simple observation should lessen the perils of this evidential reduction: The two accounts are held here as descriptive, value-free theories²¹—that is, they are assumed as sincere descriptions of how the Constitution and the thereby-established constitutional order were conceived to unfold by the historical framers.²² (I do not address the question of whether this was Bork's and Dworkin's

¹⁷ *Id.* at 29-31 (interpreting the realists as unaware forerunners of a naturalist and pragmatic approach to the law where the main object was to prophesize judicial decisions).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ I owe Gary Lawson the suggestion for the very useful term of "archetype."

²⁰ In regard to the Eighth Amendment, e.g., the Borkean account should roughly approximate Justice Scalia's more famous one. *See, e.g., Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 961-96 (1991) (Scalia, J.), and *Atkins v. Virginia*, 122 S.Ct. 2242, 2259-2268 (2002) (Scalia, J., dissenting). The Article, however, will fall short of considering John Stinneford's recent, but eminently relevant originalist contribution to the interpretation of the Cruel and Unusual Punishments Clause. Stinneford's account differs from Scalia's and Bork's ones insofar as he deems the Eighth Amendment notion of "unusual" to mean "contrary to long usage" or "contrary to the long standing traditions of common law." John F. Stinneford, *The Original Meaning of Unusual: The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation*, 102 NW. U. L. REV. 1739, 1745 (2008). Instead of a rule, the framers embedded in the Constitution a device that would have yielded new applications as time passed by. Since my main concern here are the limits of formal constitutional amending—i.e., not the Eighth Amendment *per se*—I do not address Stinneford's position, which seems *essentially* concerned with the Cruel and Unusual Punishment Clause. However, his interpretation remains crucial for if it were to be right—and if the problems of the amendment of abstract clauses did not apply to constitutional provisions other than the Eighth Amendment's ban on "cruel and unusual punishments"—the entire issue would be brought to a close.

²¹ I use "value free" as the literary English translation for Weber's expression "wertfrei." *See, e.g.,* Wilhelm Hennis, *The Meaning of 'Wertfreiheit': On the Background and Motives of Max Weber's "Postulate,"* 12 SOC. THEORY 113 (1994).

²² My descriptive conception of originalism is rooted in the "cognitive" (or "interpretative") branch of originalism: As its difference with "political originalism" will come up several times in the text, I imagine a preliminary explanation might come in handy. The "cognitive" version of originalism is merely an interpretative enterprise, like the one described by

authorial intent or whether—as perhaps more likely—they were simply calling upon the Supreme Court to do some better adjudication.)²³ Through this potential distortion, the two accounts should cover a lot of contemporary constitutional debate: If Dworkin’s approach, for example, might be read as the “descriptive account” within Fleming’s recent defense of constitutional “moral reading”²⁴ or the “new new originalism’s” emphasis on the “high level of generality” of abstract clauses,²⁵ a descriptive Borkean account should agree with Gary Lawson’s “empirical reading” of the Constitution.²⁶ In this respect, it is striking to see how any “new” proposal for constitutional adjudication seems always to boil down to the particular role abstract clauses play in constitutional interpretation.²⁷

Secondly, this research falls into place as a “case study”: The Eighth Amendment’s Cruel and Unusual Punishment Clause is taken into account as a sample for the entire genre of abstract clauses. However, either the Fifth Amendment’s Due Process Clause, the Fourteenth Amendment’s Equal Protection Clause, or the First Amendment’s Freedom of Speech Clause could have equally done the

Lawson and Seidman: “Our concern . . . is solely with the task of understanding, or expounding, the instruction manual that is the federal Constitution. We aim to describe the appropriate way to read and understand the instructions contained in the Constitution. We have nothing to say about whether any particular people, most notably public officials who carry firearms or command people who carry firearms, should try to follow the instructions in the Constitution once they are understood. That is a substantial question of political morality, not of interpretative theory, and we are not political moralists.” Gary Lawson & Guy Seidman, *Originalism as a Legal Enterprise*, 23 CONST. COMMENT. 47, 53 (2006). “Political originalism” amounts, conversely, to a normative stance toward adjudication and construction: It is, i.e., a political view about how constitutional interpretation should be carried out by officials and citizens.

²³ As for Dworkin, it ought to be noted, this would simply mean acknowledging the morality entailed in every possible adjudication, not really changing the adjudicative approach. See RONALD DWORKIN, LAW’S EMPIRE 225 (1986) [hereinafter DWORKIN, LAW’S EMPIRE].

²⁴ See JAMES E. FLEMING, FIDELITY TO OUR IMPERFECT CONSTITUTION: FOR MORAL READINGS AND AGAINST ORIGINALISMS (2015) (proposing an interpretation of the Constitution as a catalog of “conceptions,” i.e., abstract moral principles that should be differently understood over time, and charging originalism with authoritarianism).

²⁵ See Peter J. Smith, *How Different are Originalism and Non-Originalism?*, 62 HASTINGS L.J. 707, 718 (2011) (“The new new originalists’ claim that some provisions of the Constitution ought to be interpreted at a high level of generality . . .”).

²⁶ That is, an account of the constitutional order (merely) as envisaged in the original meaning of the Constitution, albeit actualized, in the sense that it comprises of all the objects that the “criteria for determining the referents” might allow. Cf. Lawson, *supra* note 15, at 1471 (describing the “empirical reader” as the interpreter whose exclusive interest is the ascertainment of the “criteria for determining the referents of the concepts employed by the hypothetical reader [of the Constitution]”). See *infra* Part III.B.

²⁷ See, e.g., Adrian Vermeule, *Beyond Originalism*, THE ATLANTIC, Mar. 31, 2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/> (contending that the “majestic generalities and ambiguities of the written Constitution” allow for a “substantive moral reading” inspired to the “common good”).

job.²⁸ In choosing the Eighth Amendment's Cruel and Unusual Punishments Clause as the subject of scrutiny, I merely piggybacked on Dworkin's clearest exposition of the issue.²⁹

The benefits of a case study are apparent: It is possible to work on a singular instance and then inductively presume that the results apply to other *species* of the same *genus*. Unfortunately, given the controversial nature of this type of clauses, we should remain wary of the abruptness of such a move. As firmly as I can believe that the ensuing considerations on the Eighth Amendment should apply to other abstract clauses, the presumption will not be here validated.

In the third place, this Article holds "originalism" to be roughly coextensive with the jurisprudential concept of "formalism."³⁰ This is, if possible, even a bolder and riskier move.³¹ Originalism and formalism remain fairly controversial concepts: Confusion about originalism winds up even less of a problem when compared with the conceptual entanglement over legal formalism, which at times seems to turn the murkier, the more it is deemed to be clarified.³²

As Frederick Schauer points out, there seems to be the least consensus that "formalism" entails a) the idea of "decisionmaking according to *rule*" and b) the "screening off from a decisionmaker [of] factors that a sensitive decisionmaker would otherwise take into account."³³ Following Brian Leiter's clear-cut epistemology, originalism would relate to formalism as one of the several methods through which the legitimate sources of law ("the Class of Legal Reasons") ought to be legitimately interpreted.³⁴ In this respect, formalism is more properly understood in juxtaposition with legal

²⁸ Dworkin explicitly regarded these clauses as other instances that occasioned the "moral reading" of the Constitution. See RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 2, 7, 12 (1996) [hereinafter: DWORKIN, *FREEDOM'S LAW*].

²⁹ Ronald Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, 65 *FORDHAM L. REV.* 1249 (1997) [hereinafter Dworkin, *The Arduous Virtue*].

³⁰ For a different, albeit intertwined, meaning of the word "formalism" in constitutional law, see Gary Lawson, *Territorial Governments and the Limits of Formalism*, 78 *CAL. L. REV.* 853, 859-60 (1990) ("[f]ormalism, at least in my hands, is an application of originalist textualism to questions of constitutional structure.").

³¹ Although surely frequent in legal literature. See, e.g., Erwin Chemerinsky, *Getting Beyond Formalism in Constitutional Law: Constitutional Theory Matters*, 54 *OKL. L. REV.* 1, 4 (2001), and Lael K. Weis, *What Comparativism Tells Us About Originalism*, 11 *INT. J. CON. L.* 842, 852 (2013), and Stephanos Bibas, *Justice Scalia's Originalism and Formalism: The Rule of Criminal Law as a Law of Rules*, in *THE LEGACY OF JUSTICE ANTONIN SCALIA: REMEMBERING A CONSERVATIVE LEGAL TITAN'S IMPACT ON THE LAW* 5 (Elizabeth H. Slattery ed., 2016).

³² See, e.g., Richard A. Posner, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, 37 *CASE W. RES. L. REV.* 179, 181 (1986) (excluding, quite surprisingly, the possibility of a formalist interpretation of statutes and constitutions).

³³ Frederick Schauer, *Formalism*, 97 *YALE L.J.* 509, 510 (1988).

³⁴ Brian Leiter, *A Note on Legal Indeterminacy*, in LEITER, *NATURALIZING JURISPRUDENCE*, *supra* note 2, at 9.

realism: Where the former affirms the determinacy of legal reasons and their major weight in orientating adjudication, the latter contends that legal reasons are not able to determine one outcome in all instances. In these “deviant cases,” judges primarily respond to the “stimulus of the fact”³⁵ and only then justify, as it were, the “decision at first sight” with backward legal rationalizations.³⁶

Is it legitimate, then, to conflate originalism with formalism? To a certain extent, I think, it is unavoidable: An originalist application of the law would generally be regarded as formalistic in nature. The converse, however, might not obtain. Formalism is better understood as an evaluation of the whole “Class of Legal Reasons,” whereas originalism is preferably predicated only with regard to legal texts (mainly, though not exclusively, in regard to the U.S. Constitution).³⁷ In this respect, originalism boils down to a necessary ingredient of formalism but seems not coextensive with it.

It is striking to see, however, that disagreement with formalism and opposition to originalism usually run along the same lines: Both legal positions are often rejected as flawed interpretative tools or

³⁵ *Id.* at 37.

³⁶ *Id.* See also FRANK, *supra* note 7, at 23-34.

³⁷ As for statutory law, there is a marked preference for speaking of “textualism” and “intentionalism,” instead of “originalism.” See Frank H. Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, 11 HARV. J.L. & PUBL. POL’Y 59, 59 (1988) (“For constitutional interpretation, a debate rages among originalists who look to history and intent; structuralists who look to the problems at hand and the structure of the document; nonoriginalists who look to “values” implicit in the document and say that anything achieving more of an identified value is permissible For statutes, however, there is no similar debate”).

On the contrary, it is unlikely to come across an “originalist application of common law,” although it is perfectly normal to speak about a formalist interpretation thereof. Examples from contract law, either for or against formalism, are sufficiently revealing. See, e.g., CHRISTOPHER C. LANGDELL, A SUMMARY OF THE LAW OF CONTRACTS 1-23 (2nd ed. 1880) (expounding common law’s offer and acceptance rules), and Karl N. Llewellyn, *What Price Contract? – An Essay in Perspective*, 48 YALE L.J. 704 (1931) (undermining rules’ ability to dictate only one outcome—e.g., did the carpenter who did not reply to an offer implicitly accept it as she began fabricating the good?).

It seems as though the place of precedents and common law in the originalist debate is restricted to the stress *stare decisis* might exert on constitutional originalism. See, e.g., Gary Lawson, *The Constitutional Case Against Precedent*, 17 HARV. J.L. & PUBL. POL’Y 23 (1994), and Richard H. Fallon, *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, 76 N.Y.U. L. REV. 570 (2001).

because of their political myopia.³⁸ Just as it is hard to find proponents of originalism that do not adhere at least to some level of formalism.³⁹

³⁸ Paul Brest's rejection of "moderate originalism" is still an enduring example of clarity and intellectual honesty. See Paul Brest, *The Misconceived Quest for Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204, 224-238 (1980). He first lays out a critique of forms of originalism that seem to be interpretatively unworkable. *Id.* at 223-24. Then, he admits the paramount need for a constitutional interpretation that agrees with certain Supreme Court's precedents. If an originalist construction of the Constitution does not comport with those rulings (and, implicitly, with the "ends of constitutionalism"), then U.S. citizens are better off with another interpretative method he calls "mere adjudication": "[A]djudication which takes account of the text and original understanding without, however, treating them as authoritative, generally serves the ends of constitutionalism better than originalist interpretation." *Id.* at 224. The choice between originalism and nonoriginalism should rest on a pragmatic answer to the following question: "How well, compared to possible alternatives, does the practice contribute to the well-being of our society—or, more narrowly, to the ends of constitutional government?" *Id.* at 226.

Political criticism of originalist adjudication is perhaps more straightforward in politics. See, for example, Hon. Dianne Feinstein's opening statement in Neil Gorsuch's Supreme Court confirmation hearing:

Judge Gorsuch has also stated that he believes judges should look to the original public meaning of the Constitution when they decide what a provision of the Constitution means. This is personal, but I find this originalist judicial philosophy to be really troubling. In essence, it means the judges and courts should evaluate our constitutional rights and privileges as they were understood in 1789. However, to do so would not only ignore the intent of the Framers that the Constitution would be a framework on which to build, but it severely limits the genius of what our Constitution upholds. . . . In fact, if we were to dogmatically adhere to originalist interpretations, then we would still have segregated schools and bans on interracial marriage. Women would not be entitled to equal protection under the law, and government discrimination against LGBT Americans would be permitted. So I am concerned when I hear that Judge Gorsuch is an originalist and a strict constructionist.

The Nomination Of Hon. Neil M. Gorsuch To Be An Associate Justice Of The Supreme Court Of The United States: Confirmation Hearing Before S. Comm. on the Judiciary, 115th Cong. 8-9 (2018) (Opening Statement of Sen. Dianne Feinstein, Member Sen. Comm. on the Judiciary).

Against formalism, there had been many critiques on the grounds of the bad policy results it might give rise to. Generally, they were framed out of some natural law theory. This is implicit, e.g., in the widely known Formula of Gustav Radbruch, who regarded positivism to be roughly identical to what we ordinarily call "formalism": "The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as 'flawed law', must yield to justice." Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1 SÜDDEUTSCHE JURISTEN-ZEITUNG 105 (1946), translated in *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*, 26 OXFORD J. LEGAL ST. 1, 7 (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, 2006).

³⁹ Justice Antonin Scalia, e.g., held textualism to be coextensive with originalism and crisply captured the overlapping criticism toward formalism and originalism: "Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is 'formalistic'. The answer to that is, *of course it's formalistic!* The rule of law is *about* form." Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*,

A reason that may explain the frequent conflation of the two concepts could be found in the political goal the formalist and the originalist are often credited with: Allegedly, They both strive to constraint the judge's lawmaking appetite by cultivating the idea (the dream?) of the judiciary as some sort of "null power."⁴⁰ This is certainly true, for example, of the Borkean originalism, but it applies also to Dworkin's "moral reading" originalism, albeit for very different reasons.⁴¹

If perhaps recklessly, I will be using originalism and formalism interchangeably here. It is important to bear in mind, however, that there exists a notable sense in which formalism is broader an enterprise than originalism.

2. ARTICLE V AND THE ABSTRACT-CONCRETE CLAUSES DISTINCTION

2.1. *Bork's Originalist Argument*

Although this Part is going to debate Dworkin's account of constitutional clauses, I think the very best way to conceive of it remains as a critique of some traditional account of the U.S. Constitution, whose perfect example is Bork's adamant reconstruction. Therefore, I will be touching on the main traits of a "Borkean Constitution" for the purpose of a fruitful discussion of Dworkin's alternate interpretation—only to take the former back, that is, once the soundness of Dworkin's alternative has been put into question.⁴²

In his famous book on the "political seduction of the law,"⁴³ Robert Bork formulated a powerful rationale for an originalist account of the U.S. Constitution: More precisely, for holding that the Constitution was *meant* to be construed in an originalist fashion (what he notably described as "the original understanding of original understanding"⁴⁴). The argument hinges on the provision of rules for constitutional amendments, whose meaning would dangle in the air if "constitutional revisionism"

in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 25 (Gutmann ed., 1997). See also Keith E. Whittington, *Originalism: A Critical Introduction*, 82 FORDHAM L. REV. 375, 379 (2013) ("[t]he First point of substantial agreement among modern originalists is an emphasis on original meaning of the constitutional text. Justice Scalia has referred to this by the somewhat misleading label of 'textualism.'").

⁴⁰ "Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle" (Among the three powers of which we have spoken, that of judging is in some fashion, null.) MONTESQUIEU, L'ESPRIT DES LOIS 196 (1777), *translated in* THE SPIRIT OF LAWS 160 (Anne M. Cohler, Basia C. Miller & Harold S. Stone trans., 1989).

⁴¹ This is why Leiter, e.g., does not shrink from describing Dworkin as the "leading theoretical spokesman" of the "Sophisticated Formalists." Leiter, *Legal Formalism*, *supra* note 9, at 112.

⁴² See *infra* Part III.B-C.

⁴³ ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW (1990).

⁴⁴ *Id.* at 153.

(i.e., the doctrine under which judges construe the constitutional text to adapt it to allegedly modified circumstances) were to be considered a legitimate practice in the law.⁴⁵

As Bork clearly points out,

[w]hen we speak of “law,” we ordinarily refer to a rule that we have no right to change except through prescribed procedures. That statement assumes that the rule has a meaning independent of our own desires. Otherwise there would be no need to agree on procedures for changing the rule. Statutes, we agree, may be changed by amendment or repeal. The Constitution may be changed by amendment pursuant to the procedures set out in article V. It is a necessary implication of the prescribed procedures that neither statute nor Constitution should be changed by judges.

Though that has been done often enough, it is in no sense proper.⁴⁶

Even if the idea of a “necessary implication” should not be taken too literally—in the sense, that is, in which logic conceives $x \Rightarrow y$ —nonetheless we could easily feel tempted to agree with Bork that the establishment of certain procedures for the amendment of the Constitution is presumably deemed to exclude the legitimacy of different, unentrenched modes of constitutional change (e.g., we would hold illegitimate a constitutional amendment formally enacted by the sole President of the United States, even if acclaimed in a subsequent popular vote).⁴⁷ Were judges supposed to update the “referential content of a rule”—which we can describe, in Brestian terms, as the sum of its “subjective exemplary applications” and its “conventional exemplary applications”⁴⁸—to current times’ different worldviews, what would be the point in arranging Article V’s procedures?

⁴⁵ *Id.* at 15.

⁴⁶ *Id.* at 143.

⁴⁷ But see Akhil R. Amar, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, 55 U. CHI. L. REV. 1043, 1044 (1988) (“I believe that the first, most undeniable, inalienable and important, if unenumerated, right of the People is the right of a majority of voters to amend the Constitution—even in ways not expressly provided for by Article V.”). See also Akhil R. Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 COLUM. L. REV. 457 (1994). Contra Henry P. Monaghan, *We the People[s], Original Understanding, and Constitutional Amendment*, 96 COLUM. L. REV. 121, 158-59 (1996). See also Brannon P. Denning, *Means to Amend: Theories of Constitutional Change*, 65 TENN. L. REV. 155, 191-92 (1997).

⁴⁸ Brest, *supra* note 38, at 21. In describing one lawmaker’s intentions in regard to some enacted ordinance, Brest identified three sources that make up for the rule’s reference: First, the “instances of the rule’s application which passed through [the lawmaker’s] mind during the process of adopting it” (i.e., “the subjective exemplary applications of the rule”); secondly, the instances entailed by the “the language of the rule you drafted, which implies conventional exemplary applications” (i.e., “those [instances] that your language would suggest to other members of your society”); possibly, “the undesirable consequences that you hoped to avoid by enacting the rule” might make their way to the rule’s referent. *Id.* However, in regard with this third element of the rules’ content we might go a little further in Brest’s tentative doubt (“though I am not certain how independent this is from the first two”) and dismiss it beforehand: The “undesirable

It is important to stress again that, for the purposes of this research, a Borkean descriptive theory is not “flawed” if a concrete appreciation of the constitutional practice told us that constitutional revisionism does *in fact* obtain: As long as it is possible to give a qualification to that behavior—namely, an “improper behavior”—the descriptive capability of Bork’s account comes out unimpaired. As will see, the challenge abstract clauses pose to Borkean originalism is more radical, since their legal change is probably illegitimate from an originalist point of view, but at the same time hardly any originalist would demand that they are legitimately changed.

A major rejection of Bork’s argument is to be found in the interpretation of the U.S. Constitution vindicated by Ronald Dworkin, whose peculiar originalism we need to address before attempting at any critique of the Borkean originalist account. Were Dworkin’s ideas sound and reliable, a flaw in the Borkean originalist model would turn out meaningless, as useful as studying a hole on a sunken ship. Moreover, there is an expository benefit in postponing the critique of Borkean originalism: From the failure of the latter, as will see, there is something quite more interesting to be glimpsed than from the pitfalls of Dworkin’s account.

2.2. *The Abstract Clauses of the Constitution and “Expectations Originalism”*

While discussing the Eighth Amendment’s Cruel And Unusual Punishments Clause, Dworkin stated:

We have to choose between an abstract, principled, moral reading—the authors meant to prohibit punishments that are in fact cruel as well as unusual . . . —and a concrete, dated reading—they meant to say that punishments widely thought cruel as well as unusual at the time they spoke . . . are prohibited. If the correct interpretation is the abstract one, then judges attempting to keep faith with the text today must sometimes ask themselves whether punishments the Framers would not themselves have considered cruel—capital punishment, for example—nevertheless are cruel If the correct interpretation is the dated one, on the other hand, these questions would be out of place, at least as part of an exercise in textual fidelity, because the only questions a dated understanding would pose is the question of what the Framers or their audience thought.⁴⁹

Even though Dworkin talks of two “readings” of the Eighth Amendment’s clause—an “abstract” and a “concrete” one—he is positing a more fundamental distinction between two types of clauses within the U.S Constitution: “concrete clauses”—such as Article II’s requirement that the President

consequences” are either included in the first two sources of law’s referent or inhere in the abstractive thinking of the “sublimation of intention” I will try to reject in Part II, and therefore do not take part in the rule’s referent.

⁴⁹ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1253.

of the United States “have attained to the Age of thirty five Years”⁵⁰—and abstract ones (e.g., the Cruel and Unusual Punishments Clause).⁵¹

A concrete clause, as it were, “commands what it says” and calls for an ordinary application of the law. On the contrary, an abstract clause demands that judges perform an enterprise called “moral judgment”:⁵² The judge’s task in regard to abstract clauses does not consist in seeking the conceivable instances of such-a-clause at the enactment’s time (i.e., in the case of the Cruel and Unusual Punishments Clause, the “punishments widely thought cruel as well as unusual at the time they [the framers] spoke”). In regard to abstract clauses judges are supposed to ask themselves what would be considered an instance of such-a-clause, had it been enacted today. For in framing clauses such as the Eighth Amendment’s prohibition, the Adopters did not merely mean to outlaw the specific behaviors they deemed covered by those clauses at the time of their enactment, but to lay down provisions that prohibited all the behaviors that would have been regarded as instances of the rule in every subsequent time.

To conceive of an abstract clause as a concrete one is surely possible: Indeed, this is the very error all Borkean originalists make.⁵³ Conversely, when interpreted as abstract clauses, concrete clauses end up ascribing “silly” intentions to the framers.⁵⁴ This is how we find out which clauses are concrete: It is a “Silliness’s test.” For example, the requirement that the President of the United States be at least 35 years of age can surely be construed as “whatever age might be indicative of *due emotional age*.”⁵⁵ The “due emotional age” could have been 35 years at the time but be different now, at a future historical moment.⁵⁶

This, however, cannot be the case since, as Dworkin says,

[i]t would have been silly of them to have conditioned eligibility for the presidency on a property so inherently vague and controversial as that of emotional age, and there is no evidence of any

⁵⁰ U.S. CONST. art. II, § 1, cl. 4.

⁵¹ For one of the first scholarly use of the concrete-abstract clauses distinction to describe Dworkin’s constitutional interpretation see Connie S. Rosati, *The Moral Reading of Constitutions*, in *THE LEGACY OF RONALD DWORKIN* 323, 325 (Wil Waluchow & Stefan Sciaraffa eds., 2016). I guess it is not reckless to say that Dworkin’s clauses’ distinction is a projection of its rules-principles distinction. See DWORKIN, *The Model of Rules I*, in *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 14 (1977) [hereinafter: DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*]. It might be Dworkin’s interpreters’ competence to decide which has caused which (i.e., if the abstract clauses of the Constitution have prompted the idea of legal principles, or *vice versa*).

⁵² Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1255.

⁵³ See *infra* Part III.A (exploring an interpretation of the Eighth Amendment as a concrete clause).

⁵⁴ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1252.

⁵⁵ *Id.* (emphasis added).

⁵⁶ “[W]hat would be alarming to several contemporary politicians . . .” *Id.*

such intention. We can make sense of their saying what they said only by supposing them to have meant chronological age.⁵⁷

(We can make the best sense of Dworkin's "making the best of" arguments when we read them as "inferences to the best explanation," although this reading does not always seem as viable as in this instance.)⁵⁸

The outlined summary can sound tricky, and even though Dworkin theory's raw state makes every effort to elucidating it either daring or treacherous I imagine only an advance in clarity can be expected from trying to breaking it down. On the one hand, concrete clauses display the familiar form $\forall(x) (P_t x \rightarrow Fx)$ where P is the relevant property (i.e., in the case of Eighth Amendment, P = being cruel and unusual), F is the property of "being Forbidden" and t is the clause enactment's time (i.e., in the case of the Eighth Amendment, $t = 1791$). Abstract clauses, on the other hand, increase the level of complexity by making the time-reference a variable itself and not a fixed value. Therefore, abstract clauses show a logical structure of the type $\forall(x) (P_{\forall(Y)} x \rightarrow Fx)$ where $\forall(Y)$ would be the time at which the reader interprets the clause: Most significantly, the time at which the judge is required to apply the clause.

Of course, Dworkin's use of expressions such as "considered cruel" or "thought cruel"⁵⁹ when speaking of punishments under the Eighth Amendment raises the question of the point of view under which those concepts are to be evaluated. Who is to be considered for considering? Supporters of capital punishment and abolitionists, for example, may retain quite different ideas about which punishments are "in fact . . . cruel and unusual."⁶⁰ Dworkin seems somewhat aware of this issue:

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Dworkin's "it-would-be-silly" or "make-the-best-sense" arguments can be framed as inferences to the best explanation (i.e., among several possible interpretations of the same evidential data we choose the ones that are explanatorily superior). See Igor Douven, *Abduction*, *THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (Edward N. Zalta ed., rev. ed. 2017), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/abduction/> (discussing inference to the best explanation). In some instances, Dworkin explicitly mentions the expression "best explanation." DWORKIN, *FREEDOM'S LAW*, *supra* note 28, at 2. However, it is hard to reduce all of Dworkin's kindred statements to inferences to the best explanation. Consider, e.g., his contention that the Equal Protection Clause cannot be reduced to a ban on hidden discriminations so that overt racial differentiations be permitted. See *id.* at 9. That must be so, Dworkin explains, for "Congressmen of the victorious nation, trying to capture the achievements and lessons of a terrible war, would be very unlikely to settle for anything *so limited and insipid*. . . ." *Id.* (emphasis added). This kind of statement seems more properly significant if explained through Dworkin's troublesome belief in some objective morality, rather than read as an inference appealing to explanatory purposes. See *infra* Part II.B.2 (rejecting Dworkin's interpretation on the grounds of least ontological commitment).

⁵⁹ *Id.* at 1253.

⁶⁰ *Id.*

Does that mean punishments that the authors thought were cruel or (what probably comes to the same thing) punishments that were judged cruel by the popular opinion of their day? Or does it mean punishments that are in fact—according to the correct standards for deciding such matters—cruel?⁶¹

The aforementioned Silliness’s test, however, works only as an exclusionary tool by which we can tell the concrete clauses from the abstract ones. Either we think there cannot be another possible type of clause, or we might be in need of a *positive* criterion to discern the abstract clauses within the Constitution. Dworkin provides us with that by resorting to a loose inference from the “abstract language” the framers used in crafting the other clauses of the Constitution:

The Framers were careful statesmen who knew how to use the language they spoke. We cannot make good sense of their behavior unless we assume that they meant to say what people who use the words they used would normally mean to say—that they used abstract language because they intended to state abstract principles.⁶²

In other words, the abstract language reveals the nature of the clause itself. Leaving aside for a moment the question of the inference’s soundness, one can still brood over how an abstract principle should factually play out: “Okay, you have persuaded us that your interpretation is sound, Professor Dworkin, but how are we supposed to apply an abstract principle when we come across one?” Here Dworkin summons up his famous notion of “law as integrity”:⁶³

We must ask: What is really cruel? What does equal citizenship really require? What legislation is consistent with due process of law, *given that legal integrity is of the essence of law’s process*, and that integrity requires that the liberties our culture recognizes in broad principle—freedom of conscience, for example—must be respected in individual legislative decisions about, for example, freedom of choice in dying?⁶⁴

One may wonder whether Dworkin simply names “integrity” what others would call “justice,” so that the application of the Constitution merely calls for its evaluation in accordance with some external

⁶¹ *Id.* at 1252.

⁶² *Id.* at 1253.

⁶³ “These are difficult questions. Citizens, lawyers, and judges should not try to answer them on a clean slate, ignoring the answers that others, particularly judges, have given to them in the past.” *Id.* at 1254. Dworkin’s “political integrity” consists of a “political” and an “adjudicative principle.” See DWORKIN, *LAW’S EMPIRE*, *supra* note 23, at 178. What bears relevance to the present inquiry is the latter one. “According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice.” *Id.* at 225.

⁶⁴ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1254 (emphasis added).

(allegedly superior) moral system.⁶⁵ But Dworkin seems to dismiss this possibility. “Law as integrity” does not imply any mingling of adjudication with subjective political values (i.e., adjudication as to fit one own’s personal idea of “integrity”), since law is not “political philosophy”:

[A]ny strategy of constitutional argument that aims at overall constitutional integrity must search for answers that mesh well enough with our practices and traditions—that find enough foothold in our continuing history as well as in the Constitution’s text—so that those answers can plausibly be taken to describe our commitments as a nation. If I were trying to answer the question of what equal citizenship means as a philosophical exercise, for example, I would insist that citizens are not treated as equals by their political community unless that community guarantees them at least a decent minimum standard of housing, nutrition and medical care. But if the Supreme Court were suddenly to adopt that view, and to announce that states have a constitutional duty to provide universal health care, it would have made a legal mistake, because it would be attempting to graft into our constitutional system something that (in my view) doesn’t fit at all.⁶⁶

Dworkin does not make explicit how the application of the law, qua an exercise in “constructive interpretation,”⁶⁷ should factually play out, but he may be implying one when he warns against the conflation of the framers’ “semantic intentions” with their “political” ones:

It is a fallacy to infer, from the fact that the semantic intentions of historical statesmen inevitably fix what the document they made says, that keeping faith with what they said means enforcing the document as they hoped or expected or assumed it would be enforced.⁶⁸

Although Dworkin resorts to a controversial example to depict the distinction,⁶⁹ we can glean the difference between semantic and political intentions from Dworkin’s reply to Justice Scalia in a different occasion.⁷⁰ If we assume that “expectation originalism” equates the interpretation by the said political intentions, then Dworkin provides us with a *prima facie* solution: “[S]emantic originalism . . . takes what the legislators meant collectively to say as decisive of constitutional meaning, and ‘expectation originalism’ . . . makes decisive what they expected to accomplish in

⁶⁵ In this sense, Dworkin’s “integrity” and Radbruch’s “justice” would be one and the same. See Radbruch, *supra* note 38.

⁶⁶ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1255.

⁶⁷ “We must begin, in my view, by asking what—on the best evidence available—the authors of the text in question intended to say. That is an exercise in what I have called constructive interpretation.” *Id.* at 1252.

⁶⁸ *Id.* at 1255.

⁶⁹ See *infra* pp. 45-48 (confronting this example as an instance of Dworkin’s dubious conception of communication).

⁷⁰ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1257-58.

saying what they did.”⁷¹ If that is the case, Dworkin’s interpretation boils down to a rejection of what originalist scholarship has often called “expectations originalism.”⁷²

This is, it bears noting, not the only possible interpretation of Dworkin’s words. As Keith Whittington hypothesizes, maybe Dworkin is simply maintaining that the Framers postulated the existence of moral entities such as an objective “concept of cruelty” (i.e., they assumed that “moral terms such as ‘cruel’ have real, substantive content apart from conventional beliefs”).⁷³ The interpretation would agree, incidentally, with Dworkin’s own “ungrounded value realism” where “moral conviction” happens to be coupled with “mathematics.”⁷⁴ Is Dworkin really regarding moral entities as some sort of abstract object as classes and numbers? Is he further maintaining that the Framers held such a view?

As will see, these are key questions in coming to terms with Dworkin’s scholarship.⁷⁵ However, if that is the case, his ideas can hardly be subject to rational debate.⁷⁶ Moreover, as Whittington and Lawson have additionally pointed out, it would remain an open question for historical inquiry whether the Framers intended abstract clauses to refer to moral entities such as the true notion of “cruelty,” or to some historical understanding thereof.⁷⁷ Inferring this historical valuation from the way the Founders framed abstract clauses seems just a way to beg the question. Besides, it would be curious to envisage the fate of abstract clauses if it turned out that such moral entities—whose existence is, at best, controversial—were the Framers’ expected referential content. What then, if those moral objective entities happened not to exist?

For the purpose of this study, I will assume Dworkin’s reference to “political intentions” as if to “expectations” or “expected applications originalism.” If that is the case, part of my thesis is that it is

⁷¹ *Id.* at 1256.

⁷² Whittington, *supra* note 39, at 383 n.49 (“Ronald Dworkin forcefully argued against a kind of expectations originalism . . .”).

⁷³ Keith E. Whittington, *Dworkin's “Originalism”: The Role of Intentions in Constitutional Interpretation*, 62 THE REVIEW OF POLITICS 197, 198-221 (2000).

⁷⁴ RONALD DWORKIN, *RELIGION WITHOUT GOD* 13-14, 16-17, 89-90 (2013).

⁷⁵ See *infra* p. 48.

⁷⁶ I am holding here to some rough noncognitivist belief on the ethical discourse. “What we cannot speak about we must pass over in silence.” LUDWIG WITTGENSTEIN, *TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS* 89 (Kegan Paul, Trench & Trübner, D.F. Pears & B.F. McGuinness trans., Routledge 2001). See also LUDWIG WITTGENSTEIN, *LECTURE ON ETHICS: INTRODUCTION, INTERPRETATION AND COMPLETE TEXT* 132-239 (attacking rationalist reductions of the problem of justice and morality). It ought to be mentioned that Wittgenstein’s thought has been interpreted also as a legitimization for some kind of moral cognitivism. See Patrick Oobuyck, *Wittgenstein and the Shift from Noncognitivism to Cognitivism in Ethics*, 36 METAPHILOSOPHY 381 (2005) (emphasizing the difference between foundationalism and cognitivism).

⁷⁷ See Whittington, *supra* note 73, at 222, and Lawson, *supra* note 15, at 1468-71.

not *necessary* to engage in a historical reconstruction for rejecting Dworkin's view. One could simply realize how problematic Dworkin's account—as every interpretation that severs the link with the “expected applications” of any normative act—turns out to be from a strictly interpretative point of view. Were Dworkin to be correct in his approach, in fact, we would have to revise some traditional ideas on constitutional rigidity and, more generally, on action and commutative acts. And we might be well justified in refusing to do so.

3. THE DWORKINIAN ORIGINALIST

3.1. *Updating the Abstract-Concrete Clauses Distinction*

Before pointing out the shortcomings in Dworkin's account, a fulfillment of his model can be profitably carried out. For taken at face value, the theory lies prone both to a mild criticism and to a more serious remark, which can both be avoided through a refinement of Dworkin's theory. Implicit as it may have been, Dworkin never clearly stated the following conclusion, which we have to explicate if we are to shield his theory from the range of Bork's argument.⁷⁸ Unlike abstract clauses, concrete clauses are not only subject to, but also the “*causa essendi*” (i.e., the reason for the existence) of the amending rules set out in Article V. This is an important clarification insofar as it provides the model with a rationale for the procedures set out in Article V—thus supplying, as it were, a “target” for their meaning. The refinement neutralizes the criticism from Bork, who held up the potential meaninglessness of Article V's procedures as a strong argument against the likelihood that constitutional judicial updates had been endorsed by the Framers. After this preliminary adjustment, Dworkin's account of constitutional rules has to undergo a more significant improvement, for its actual state paves the way to the abovementioned objection: When the judges supposed to perform the “moral judgment” seek for the point of view from which to discern the several “objects of the world” that are supposed to be an instance of the clause at the moment of its application (“ $\forall(Y)$,” i.e., the punishments perceived to be cruel and unusual at the reader's time) who is to be held as the normative agent of the judgment? In the case of the Eighth Amendment, whose sense of cruelty and unusualness is to be used as touchstone in distinguishing a viable sanction from an abusive punishment? This is what John Stinneford felicitously calls “‘The Who Decides? Problem.’”⁷⁹

In this respect, it is possible to buttress Dworkin's theory by assuming that judges apply the will of “the People of the United States”⁸⁰ by performing some broad democratic appreciation of the concept itself at any given time. The judge is thus deemed to assess, at the best of her abilities, the majority's opinion on the several concepts the abstract clause entails at the application's time. Insofar as

⁷⁸ See *supra* note 46 and accompanying text.

⁷⁹ Stinneford, *supra* note 20, at 1751.

⁸⁰ U.S. CONST. pmbl.

originalism deems it possible to find out the intent of the framers, or—in the “original public meaning version”⁸¹—of a hypothetical “reasonable person”⁸² at the time, the possibility of gauging what the majority of population intentionally considers “cruel” or “unusual” at a certain moment does not seem to amount to any heavier interpretative burden. In the same way, we can also cope with the instinctive dissatisfaction that arises before Dworkin’s puzzling use of “appraisive”⁸³ concepts (e.g., when he speaks of “punishments that are *in fact* cruel as well as unusual” without specifying what “in fact” actually refers to. “In fact” should read here as “at the time”).⁸⁴

It bears noting that Dworkin’s account happens to embody the U.S. Supreme Court’s “Evolving Standards of Decency” jurisprudence⁸⁵—although he goes one step further by arguing that the doctrine was actually entailed by the framers’ original intent, a point the Supreme Court never explicitly recognized. Justice Benjamin Cardozo was perhaps assuming something along similar lines when he stated that “the great generalities of the constitution have a content and a significance that vary from age to age.”⁸⁶

3.2. *The Sublimation of Intention: The Expensiveness of Dworkin’s reconstruction*

3.2.1. *The Purpose for a Rigid Constitution*

I shall call “sublimation of intention” the process of stripping the intention of an action of its foreseeable outcomes. In Dworkin’s model, this takes place when abstract clauses are detached from their foreseeable instances of application (i.e., the cases the Framers conceived or would have regarded as regulated by those clauses) and turn them into empowerment on future interpreters to restate the referential content of those clauses. The sublimation consists of climbing from one

⁸¹ As widely known, “original intent originalism” centers on the subjective intentions of the framers—somewhat differently from their “expected applications” of constitutional provisions—whereas the “original public meaning originalism” consists of the meaning a reasonable person would have gathered by reading the constitutional text at that time. *See generally* Whittington, *supra* note 39, at 375 (discussing the history and the key ideas revolving around originalism).

⁸² “[W]e do not really look for subjective legislative intent. We look for a sort of “objectified” intent—the intent that a reasonable person would gather from the text of the law” Scalia, *supra* note 39, at 17.

⁸³ Walter B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, 56 PROC. ARISTOTELIAN SOC’Y 167, 171 (1955-1956).

⁸⁴ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1253 (emphasis added). But *see infra* p. 49 (interpreting Dworkin as a metaphysical scholar who admitted the existence of moral entities).

⁸⁵ *See, e.g.*, *Roper v. Simmons*, 125 S.Ct. 1183, 1184 (2005) (“The Eighth Amendment’s prohibition against ‘cruel and unusual punishments’ must be interpreted according to its text, by considering history, tradition, and precedent, and with due regard for its purpose and function in the constitutional design. To implement this framework this Court has established the propriety and affirmed the necessity of referring to ‘the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society’ to determine which punishments are so disproportionate as to be ‘cruel and unusual.’”) The “evolving standard of decency” formula was historically coined in *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

⁸⁶ BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF JUDICIAL PROCESS* 17 (1921).

concrete layer of intention (e.g., “bastinado is forbidden”) to a higher one (e.g., “since bastinado has been forbidden for it was deemed an excessively cruel punishment, then all excessively cruel punishments are to be forbidden”). The reasoning may then ratchet up: “Since excessively cruel punishments were forbidden for they were deemed excessively cruel acts, then all excessively cruel acts are to be forbidden”; “since excessively cruel acts have been forbidden for they were deemed wrong acts, then all excessively wrong acts are to be forbidden,” and so forth.

As Bork originally put it, while considering *Griswold v. Connecticut*’s principle that the State of Connecticut’s statute prohibiting the use of contraceptives by married couples was unconstitutional on the grounds of an unveiled “right to privacy”:⁸⁷

Why does the principle extend only to married couples? Why, out of all forms of sexual behavior, only to the use of contraceptives? Why, out of all forms of behavior, only to sex? The question of neutral derivation also arises: What justifies any limitation upon legislatures in this area? What is the origin of any principle one may state?⁸⁸

Bork framed the phenomenon as an issue over the “neutral definition of principle” but it is often scholarly referred to as the quest for the principle’s proper “level of generality” or “level of abstraction.”⁸⁹

The problem with this “sublimation of intention” is the embarrassing legal puzzle it leads to: What is the point of enacting rules at a constitutional level (i.e., a level conceived not to be subject to the democratic majority rule) if they are then meant to be changed, in every subsequent time, through the same democratic appreciation that constitutional *status* should have preserved them from? If overcoming majoritarian democracy by withdrawing some rights from majority-rule deliberation is the rationale for a rigid Constitution, then Dworkin’s abstract clauses contradict this very end.

As Judge Frank Easterbrook has crisply written,

If the living legal community is indeed the right benchmark, it is tempting to ask: why a constitution? A written constitution . . . is designed to be an anchor in the past. It creates rules that

⁸⁷ 381 U.S. 479, 485 (1965).

⁸⁸ Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1, 7 (1971).

⁸⁹ Bork himself eventually yielded to this second choice of words, which has many other supporters. See, e.g., Robert H. Bork, *Foreword* to GARY L. McDOWELL, *THE CONSTITUTION AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL THEORY*, at xi (1985), and Mark V. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 HARV. L. REV. 781, 791 (1983), and Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, *Levels of Generality in the Definition of Rights*, 57 U. CHI. L. REV. 1057 (1990), and Raoul Berger, *An Anatomy of False Analysis: Original Intent*, 1994 BYU. L. REV. 715 (1994). Some scholars had conversely opted for the expression “level of abstraction.” See, e.g., Paul Brest, *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, 90 YALE L.J. 1063, 1084-85 (1981), and Michael W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81 VA. L. REV. 947, 952 (1995).

bind until a supermajority of the living changes them. You can imagine change by the living in ways other than those described; after all, our Constitution was ratified without the unanimity required by the Articles of Confederation. That constitutional change requires a supermajority sustained over an extended period cannot be doubted, however—for to doubt it is to doubt the ability of the past ever to constrain the present, and thereby to destroy the source of the judges’ claim to countermand the will of contemporary majorities. Yet putting questions about the level of abstraction to today’s legal community dispenses with both the supermajority requirement and the need for some stability in that opinion (which must endure long enough to obtain a two-thirds vote in both chambers of Congress and a majority in three-fourths of the states’ legislatures, a process that takes considerable time).⁹⁰

The idea of the judicial update of the clauses of the Constitution does not seem to comport with the rationale that underpins a rigid constitution. There is, as it were, a psychological inconsistency. If the Framers of the United States Constitution wanted every subsequent generation of America to enforce its conception of a “cruel and unusual punishment”—and not just to stick with the enactment time’s ones—would it not have been a shorter and more economic route to leave the topic deregulated, and therefore apt to being addressed by the ordinary democratic process? Why make up a rigid Constitution—which mandates supermajority legislative consensus to amend certain provisions—if the undeclared goal was to apply those provisions in the way the majority of people would conceive of them, in all future times?

3.2.2. *Three Auxiliary Hypotheses and Their Expensiveness*

The only way to address this controversial question—why a *rigid* Constitution if it was conceived to be amended through some judicial “moral reading”⁹¹ that ultimately replicates the ordinary majority rule?—entails resorting to some kind of concealed intentions of the framers: That is, some auxiliary hypothesis has to fill in for the apparent inconsistency. I would at least consider three.

Perhaps, the Adopters nurtured the hope that future generations could subsume their different conceptions into the same legal text—the same “*verba legis*”—to engender an illusion of eternity, continuity and stability for those clauses and the legal system they were going to underpin. As Brest notes, “[b]elief in the continuing authority of the Document may contribute to a sense of national unity and to law-abiding behavior by officials and citizens.”⁹²

In the case of abstract clauses, judges would take care of updating their meaning so that it can fit new circumstances, but it is important that constitutional wording remains the same for continuity appearances: Even though, that is, the framers would have never held those instances as legitimate

⁹⁰ Frank H. Easterbrook, *Abstraction and Authority*, 59 U. CHI. L. REV. 349, 363 (1992).

⁹¹ DWORKIN, *FREEDOM’S LAW*, *supra* note 28, at 13.

⁹² Brest, *supra* note 38, at 234.

applications of the clause. In this sense, the constitutional is materially eternal, but subject to different interpretations throughout history, similarly to what happens with religious “timeless” texts.⁹³ The framers implicitly endorsed this amending procedure—alternative to the one set forth in Article V and left to the judges to carry out—when they attached the Bill of Rights to the Constitution. In this sense, it is the Constitution itself that demands that “[j]ustices . . . be able to maintain an illusion of adherence to legal principle.”⁹⁴

The second hypothesis might go further and claim that the Framers sought to withdraw the valuation of concepts like “cruel and unusual punishment” to the democratic process itself, by equipping judges with elastic tools for overriding democratically taken decisions. As they did not want to bring this anti-democratic aspect of the Constitution to light, they concealed it within the peculiar language of these clauses. This is a more extreme version of the first hypothesis: Not only judges claim to apply the *original law* when what they are really doing is updating it to the current conceptions of the majority; here, they are factually supplanting the will of the People with their own!

This interpretation overlaps the idea that the Bill of Rights does not amount to a historical set of rights and liberties granted to all the citizens of the United States, but rather to the empowerment of specific agents with the capacity of inoculating substantive policies by means of those clauses.⁹⁵ Surely rigid

⁹³ See Samuel L. Levine, *The Constitution as Poetry*, 49 SETON HALL L. REV. 737, 752-755 (2019) (making a compelling case for the resemblance of the Constitution and the Torah as timeless texts designed to be differently interpreted throughout history).

⁹⁴ Cross, *supra* note 15, at 530 (discussing the pretense of legality of the Supreme Court’s decisions).

⁹⁵ This is, again, Dworkin’s idea that the abstract language the framers employed points to the empowerment of judges to do the kind of adjudication Borkean originalists would regard as overreaching. This line of reasoning is not, for Dworkin, an interpolation of the framers’ ideas but true adherence to their original intent: American citizens should apply the *true* idea of moral ideas such as “cruel,” even though the framers, as it were, had gotten the law wrong—as in the case, e.g., of the framers’ likely assent to school segregation. “The moral reading insists that they misunderstood the moral principle that they themselves enacted into law.” DWORKIN, *FREEDOM’S LAW*, *supra* note 28, at 13. However, I think Dworkin would have hardly consented to this auxiliary hypotheses as I presented it: As widely known, one of the main points in Dworkin’s scholarship was to contrast the idea that judges claim to do something—namely, applying the law—while what they are doing is something else—that is, making up the law. See DWORKIN, *LAW’S EMPIRE*, *supra* note 23, at 6-11 (criticizing the plain-fact view under which if lawyers and judges disagree over the law in some cases, they must be really arguing over what the law should be). Dworkin argues that the judicial update of constitutional clauses was overtly called upon by the abstract language the framers employed, and we should, consequently, stop bewildering over this kind of judicial activism: “There is therefore a striking mismatch between the role the moral reading actually plays in American constitutional life and its reputation. It has inspired all the greatest constitutional decisions of the Supreme Court, and some of the worst. But . . . it is almost never openly endorsed even by judges whose arguments are incomprehensible on any other understanding of their responsibilities.” DWORKIN, *FREEDOM’S LAW*, *supra* note 28, at 3. Moreover, it is telling a fact that, aside from Dworkin, there has been little support for an “original understanding of judicial enforcement”

constitutions are *per se* anti-democratic to the extent that they withdraw some policy areas from majority rule democracy.⁹⁶ Nonetheless, a precise and historically circumscribed limitation of democracy (i.e., the structure of government, some specific rights, certain power-conferring rules, etc.) is different from the inexplicit establishment of an authority capable of permanently overriding majority decisions in some areas of the law. Arguing that judges are better suited to rights enforcement means only begging the question of whether it was the amender's historical purpose to entitle them to do so.⁹⁷ It bears emphasizing, however, that this second hypothesis is at variance with my second adjustment of Dworkin's theory: If the Framers aimed to empower judges with this anti-democratic ability, then it is impossible to hold that they were also expected to appreciate the majority's opinion on abstract concepts such as a "cruel and unusual punishment."

As a third possibility,⁹⁸ the framers' purpose with regard to the Cruel and Unusual Punishments Clause was a tinier one: to deny lawmakers the possibility of enacting punishments the lawmakers themselves would have considered "cruel and unusual." Times of particular social danger and distress might bring people to demand extremely harsh and exemplary punishments.⁹⁹ People may urge legislatures to enact penalties the people themselves regard as cruel and unusual: "Cruel and unusual crimes call for cruel and unusual punishments," the slogan might go.

In this case, the Eighth Amendment would be supposed to quash this very possibility. People and legislatures can use whatever punishments they want, insofar as they do not claim to be inflicting "*cruel and unusual* punishments." The Cruel and Unusual Punishments Clause dictates that crimes, no matter how heinous, not be answered with penalties the people and the legislatures themselves would consider to be "cruel and unusual." What the abstract clause would be banning here is the familiar principle of "an eye for an eye."¹⁰⁰

among supporters of judicial activism. Indeed, arguments for judicial enforcement of the Bill of rights have generally rested in some better "natural" ability of the judges in enforcing fundamental rights. *See, e.g.,* Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 CORNELL L. REV. 1529, 1536-50 (2000) (critically recalling several similar positions).

⁹⁶ That is the cause of the "countermajoritarian difficulty": "The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system." ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURTS AT THE BAR OF POLITICS* 16 (II ed., 1986).

⁹⁷ For a critical stance toward the alleged benefits of the Bill of Rights' judicial enforcement see Cross, *supra* note 95.

⁹⁸ I thank Eugenio Vezzosi for signaling to me this possibility while discussing the topic.

⁹⁹ *See* John F. Stinneford, *Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, 97 VA. L. REV. 899, 907, 969-70 (2011) (discussing how legislatures ratchet up criminal penalties during critical moments).

¹⁰⁰ *See* Morris J. Fish, *An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment*, 28 OXFORD J. LEGAL STU. 57(2008) (making a compelling case for conceiving of the retaliation principle as a historical improvement of criminal punishment).

These three reconstructions share in the idea that the concepts of cruelty and usualness that are to be taken into account in adjudication can differ from the ones the framers retained at the amendment's time. Moreover, the first one (i.e., the pretense of continuity) and the third one (i.e., the forbiddance of punishments the punishers would consider cruel and unusual) comport with the idea of the "democratic rough appreciation" I mentioned above. In fact, we can probably dismiss the second reading of the clause (i.e., the empowerment of judges to strike down punishments which are to them cruel and unusual) by simply shifting the burden of proof: The *onus probandi* of the concealed intention of judicial supremacy (i.e., the idea that the framer secretly wanted that the judges, not the people, to decide what a "cruel and unusual punishment" is) rest on their proponents. If judicial activism had no relevant backing at the framers' time,¹⁰¹ while the separation of power theme was held on the highest esteem,¹⁰² I would at least think the burden of proof would rest on the supporters of judicial supremacy view, not on the traditional, linguistically-plainer one. I understand the evidential question to be hard, for if the Framers had such an "unspeakable" intention (i.e., to empower judges with normative powers without making it manifest) they arguably omitted to acknowledge it in their writings or proceedings. Inferring from silence, that is, is as hard a task can be.

However, two auxiliary hypotheses would come out unimpaired by this simple argumentation. Therefore, we are still in want of something more in order to decide whether the Dworkinian foundation of the judicial update of abstract clauses, when supported by these auxiliary hypotheses, winds up eventually sound.

My refutational argument hinges on the linguistic difference between two kinds of rules we are all acquainted with and that Herbert Hart has famously categorized for us when rejecting Austin's imperative theory: The distinction between primary and secondary rules.¹⁰³ Rules of the first type qualify individual behavior as prohibited, permitted or obligatory, and thus are traditionally identified with, for example, statutes that criminalize certain behaviors or oblige people to pay their taxes. Secondary rules, instead, comprise both rules that bestow on certain public subjects the authority to

¹⁰¹ Needless to say, by "judicial activism" I mean the natural phenomenon of judges overstepping their bounds and acting qua legislature. See Frank B. Cross & Stefanie A. Lindquist, *The Scientific Study of Judicial Activism*, 91 MINN. L. REV. 1752 (2007) (recollecting the history of judicial activism in the United States), and Keenac D. Kmiec, *The Origins and Current Meanings of "Judicial Activism,"* 91 CAL. L. REV. 1441, 1445-50 (2004) (discussing the history and meaning of "judicial activism"). The point is that there is scarce evidence this approach could have been endorsed by the framers: This is the central argument in Bork's "original understanding of original intent." BORK, *supra* note 43, at 153-55.

¹⁰² Cf. GORDON WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC* 151-61, 176-87, (1969).

¹⁰³ See HERBERT L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 79-99 (3rd ed. 2012) (describing the "heart of a legal system" as the sum of primary and secondary rules).

do something (e.g., the constitutional provision that dictates how the parliament can lawfully enact the said criminal statute, the precedent that empowers a court to void the criminal statute if found in conflict with some constitutional rules, etc.) and rules that give private acts a particular legal relevance (e.g., the consensus of two individuals before an official, given certain conditions, may unite them in marriage). In Hart's own words: "Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private."¹⁰⁴

We can observe several instances of these two types of rules in constitutional law. When the Constitution says that the Congress has the power to "regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes,"¹⁰⁵ it may certainly be controversial what "Commerce" means, but we might be pretty confident that we are facing a primary rule that grants a certain public entity (i.e., the Congress) the power to adopt binding decisions in that subject.¹⁰⁶ Conversely, it might certainly be disputable what "adhering to [the United States'] Enemies, giving them Aid or Comfort" may factually mean, but it is not an overreach to affirm that the Constitution forbids "Treason."¹⁰⁷ How can we be so sure about the different nature of the two clauses? For the very linguistic formulation generally helps us in distinguishing. In the case of Commerce Clause, we have an explicit conferment of power—"[t]he Congress shall have Power"¹⁰⁸—while in the case of Treason we can infer the unlawfulness of Treason—*a contrariis*—from the foreshadowing of trial as a consequence (i.e., there exists a behavior called "treason" and people who invest themselves in that activity, if discovered, will be prosecuted).

In this respect, Dworkinian abstract clauses present us with a curious puzzle. The Cruel and Unusual Punishments Clause, for example, is linguistically shaped as a primary rule: It seems to suggest that, if "open-ended," there exists a set of punishments that are "cruel and unusual," and that set is forbidden. Nonetheless, in Dworkin's interpretation, the clause behaves like a secondary rule insofar as it understood as an empowerment of judges, either to enforce their personal views, or to appreciate the current majority understandings of a "cruel and unusual punishment." Thus the essence of the Dworkinian Clause is that of a secondary rule, rather than a primary one. It is, as it were, a secondary rule shaped in the language of a primary rule. If the same holds true with other abstract clauses, we can say that, for Dworkin, abstract clauses happen to be secondary rules disguised as primary rules.

¹⁰⁴ *Id.* at 81.

¹⁰⁵ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 3.

¹⁰⁶ See, e.g., RANDY BARNETT, RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY 278-97 (2004) (discussing the original meaning of "commerce").

¹⁰⁷ U.S. CONST. art. III, § 3.

¹⁰⁸ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 1.

But if that is the case, we are admitting the existence of a third type of rules (this “secondary-qua-primary” rules). The move is “ontologically expensive” insofar as it introduces an additional category. If we have no external element in deciding whether to accept the provision as a “secondary-qua-primary” rule or to interpret it as a normal primary rule (i.e., a rule with a fixed, if “open-ended,” referential domain), we should stand for the latter possibility as it would make our legal world less populated. That is, if we assume that one quality of any scientific account is its “least ontological commitment,” Dworkin’s position winds up expensive as it admits of this third kind of rules, i.e., secondary rules worded as primary rules.¹⁰⁹

In this sense, the whole argument against Dworkin’s account and the auxiliary hypothesis can be construed as an inference to the best explanation.¹¹⁰ The rejection of his amending account can thus be advocated on the grounds that, *ceteris paribus*, it burdens legal ontology with an additional, unnecessary legal category.

3.3. *The Deficiency of the Sublimation and Some Quirks on Agency and Communication*

3.3.1. *Arresting the Sublimation*

If Dworkin’s model seems ontologically expensive, one may question it, conversely, for playing out somewhat “deficient,” as it fails to provide the rationale for the sublimation’s arrest at a certain level of abstraction. As for the criterion that should stop the abstraction from historical instances of the abstract clauses, the interpret might feel left in the lurch by Dworkin.

To explain the point, we might reconsider the Eighth Amendment and ask ourselves: “Why stopping at the ban on behaviors that stand against the sense of cruelty and unusualness?” At a deeper psychological level, the Framers wanted to outlaw cruel and unusual punishments for they held them to be “wrong.” If we are to fulfill this more abstract level of intention, why should we not hold prohibited every behavior which might be considered “wrong,” either because against the sense of cruelty or against the sense of shame, or the sense of respect for others, or of reliability on one’s words, etc.? Why settle for the sub-cluster and not walk down the deeper level of agency—or “ascend”

¹⁰⁹ See Willard V.O. Quine, *On What There Is*, 2 REV. METAPHYSICS 21 (1948), reprinted in WILLARD V.O. QUINE, FROM A LOGICAL POINT OF VIEW: 9 LOGICO-PHILOSOPHICAL ESSAYS 13-14 (Harper & Row 2d ed. 1963) (describing the ontological commitment of theories as “those entities to which the bound variables of the theory must be capable of referring in order that the affirmations made in the theory be true”).

¹¹⁰ See Douven, *supra* note 58. According to Harman’s *locus classicus*, in the inference to the best explanation “one infers, from the premise that a given hypothesis would provide a ‘better’ explanation for the evidence than would any other hypothesis, to the conclusion that the given hypothesis is true.” Gilbert H. Harman, *The Inference to the Best Explanation*, 74 PHIL. REV. 88, 89 (1965).

to the higher level of abstraction—at which the Framers acted in order to ban every behavior that would have been subsequently considered “wrong”?

And what about the “positive side” of every prohibition, which is to promote, so to speak, justice or common good? It seems possible to argue that at some deep level of agency there is no difference between, for example, a constitutional clause that forbids statutes curbing freedom of speech and a provision that forbids federal legislation compelling States to pay taxes for the national welfare: They both arise out of an intention of doing-what-is-right, to which we can sail up through interpretation and from which we may derive new clauses only slightly related with the reference of the originally enacted one. And yet sharing the same volitive, causal urge. Why should one not think that the Framers actually meant future interpreters to call upon this abstractive regression?

Scalia and Garner perfectly emphasize the point:

The most destructive (and most alluring) feature of purposivism is its manipulability. Any provision of law or of private ordering can be said to have a number of purposes, which can be placed on a ladder of abstraction. A law against pickpocketing, for example, has as its narrowest purpose the prevention of theft from the person; and then, in ascending order of generality, the protection of private property; the preservation of a system of private ownership; the encouragement of productive activity by enabling producers to enjoy the fruits of their labor; and, finally, the furtherance of the common good. The purposivist, who derives the meaning of text from purpose and not purpose from the meaning of text, is free to climb up this ladder of purposes and to “fill in” or change the text according to the level of generality he has chosen.¹¹¹

As Sai Prakash and Larry Alexander write, in an attempt to save intentionalist originalism from the doom of purposivism, “[t]he intentionalist does not advocate ascending up the ladder of generality of intention, at the pinnacle of which all laws turn out to be the Spike Lee law: do the right thing.”¹¹²

Imagination might allow for even bolder interpretative flights than the “Spike Lee Law.” If “intentions are what matters,” we might further concede that the basic intention of *every action* is “bringing something about.” Would it be possible, then, to equate two different rules since they both were made out of an “urge to do something”? But then again, what would be the difference between the action of making up a rule and that of cooking pancakes? And how to justify the presence of *multiple* provisions concerning individual rights in the Constitution, if this abstractive reasoning were at our disposal? Why, given just one provision (e.g., freedom from “cruel and unusual punishments”) would it not be possible to climb up the intentional ladder to the “bringing something about” level and derive every other right therefrom (e.g., freedom of speech, commerce, etc.)? Would it equally

¹¹¹ ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *READING THE LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS* 18-19 (2012).

¹¹² Larry Alexander & Saikrishna Prakash, *Is That English You’re Speaking? Why Intention Free Interpretation is an Impossibility*, 41 *SAN DIEGO L. REV.* 967, 995 (2004).

be possible to infer rules that aim at bringing about wrongs (e.g., freedom of assassination) since proper behavior and wrongdoing both spring from a common “urge to do something”?

Raoul Berger illustrated the gaseous state the sublimation of intention leads to with a brilliant quote from Barzun:

“[A]bstractions,” wrote Jacques Barzun, “form a ladder which takes the climber into the clouds, where diagnostic differences disappear.” He adds that “at a high enough rung on the ladder of abstraction, disparate things become the same: a song and a spinning top are, after all, but two ways of setting air waves in motion.” Resorting to levels of generality is merely a device to escape from the bonds of the particulars.¹¹³

Qua lawyers, we are acquainted with the poetic possibilities of language. A carbophobe’s attorney, for example, might contend that a State which allows for carbohydrates consumption in public inflicts on her client a cruel and unusual punishment. Allegedly, the client might be suffering from psychic distress at the sight of the ingestion of pasta. The point is, judges and citizens hardly accept whatever reinterpretation defendants, or their lawyers, make of rules. We might go further in saying that democracy is exactly the tool we have invented for deciding the correct interpretation—or “conception,” as Gallie would call it¹¹⁴—of heavily debated concepts such as “justice” or “common good.” If democracy settles political controversies through majority vote, constitutional interpretation solves the question of what is the meaning of the Constitution, whose rules people seem interested in living by in a *constitutional* democracy, through interpretative tools. What democracy decides by the means of elections and deliberations in Parliaments, constitutional interpretation does, as it were, through historical studies and, albeit controversially, fictional reconstruction (i.e., “what would the framers have decided, had they faced some particular case?”).¹¹⁵

Whenever historical instances are rooted out, we are in dire straits as to the meaning of abstract clauses. We would expect Dworkin to provide us with a criterion for deciding their “true” referents, but insofar as Dworkin does not provide us with a rationale for the “boiling point” at which the

¹¹³ JACQUES BARZUN, *A STROLL WITH WILLIAM JAMES* 59, 65 (1983), *quoted in* Berger, *supra* note 89, at 733.

¹¹⁴ Gallie, *supra* note 83, at 167.

¹¹⁵ If there exists a “distinctively lawyerly” enterprise—i.e., an activity which is *qualitatively* proper of the sole lawyer—there is plenty of reason for arguing “hypothetical thinking” might be the one: “[R]ather than merely marshalling, channeling, and assembling the data provided by experts, the lawyer under reasonable-person originalism must also engage in an affirmative act of construction. There is a step in the process beyond explaining what the experts have found. And the lawyer is well positioned for that task. . . . Because, however, the Constitution is a legal document drafted in legal terms for legal purposes, a legal background is helpful, if not strictly indispensable, to understanding the Constitution. At the very least, a legal background is as or more important to the interpretative enterprise as is a background in history, psychology, moral theory, or any other specialized discipline.” Lawson & Seidman, *supra* note 22, at 80. *See also* FRANK, *supra* note 7, at 338-52 (stressing the role of fictions in the legal domain).

abstraction should stop, lest it turn into the aforementioned “sublimation of intention,” there is some difficulty in breaking down the content of abstract clauses. One could find an argument for denying Dworkin’s reconstruction precisely in the understanding that the framers did not want to enact any uninterpretable provision: After all, *ad impossibilia nemo tenetur*.¹¹⁶

3.3.2. Agency and Communication

At a philosophical level, Dworkin’s sublimation of intention seems to stem from a peculiar account of how actions and communications are supposed to work.

In one respect, it is hard to square the framing activity of the Dworkinian framer with some commonsensical ideas about human agency: As generally conceived, an action is “a behavior intentional under some description,”¹¹⁷ a change of reality that points toward a result the agent is *acting* to reach. Negatively framed, it means that for an action to make sense, it has to be directed toward some results and not some others. But in the case of the moral reading of the Eighth Amendment, which are the limits of the prescriptive content the clause could possibly cover? What is the device, other than personal taste and inclination, that should point to us the instances surely not covered by the clause? One may resort again to the idea of the illusions the Framers strived to implement (e.g., they were, that is, most interested in the pretense of an eternal linguistic formula, whose content judges and other interpreters would have restated at any future time). But if that be the case, how to make sense of several abstract provisions in the Constitution? Would it not suffice to state one single clause and let judges create other norms from one single “Spike Lee law”? The presence of a plurality of abstract clauses seems to be at odds *at least* with a complete overlapping in their meanings.

Additionally, Dworkin’s account of abstract clauses seems also to clash with some common assumptions about human communication. This can be glimpsed, for example, in his fictional story of a company’s owner who has to fill a vacancy in one of her departments.¹¹⁸ For Dworkin, the situation of the abstract clauses’ interpreter resembles the company’s manager’s one.

The owner mandates the manager to fill the vacancy “with the best candidate available,” adding “without winking or nudging”: “by the way, you should know that my son is a candidate for this position.”¹¹⁹ Dworkin asks the reader to assume a) that the owner is sincerely convinced of his son being the “best candidate,” b) that the owner presumes everyone would interpret the instructions as

¹¹⁶ The formula is a variation—arguably of scholastic descent—on Celsio’s famous quote in the Digest: “Impossibilium nulla obligatio est.” DIG. 50.17.185 (Celsius, Digest 8).

¹¹⁷ DONALD DAVIDSON, *ESSAYS ON ACTIONS AND EVENTS* 49 (1980).

¹¹⁸ See Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1255-56.

¹¹⁹ *Id.*

pointing to his son—qua the “best candidate”—and c) that the manager actually knows that the owner holds his son to be the best candidate.¹²⁰

“Hire the best candidate” could plausibly have three meanings: (α) “hire the candidate I, the owner, would deem the best,” (β) “hire the candidate you, manager, would deem the best,” and (γ) “hire the candidate which is *in fact* the best,” that is, “the best” according to some objective description thereof. Dworkin evokes a state of affairs where the owner is possibly dissatisfied with the manager’s *correct* choice:

You [the owner] told her [the manager] to hire the best candidate. And if, in her judgment, your son is not the best candidate, but someone else is, then she would be obeying your instructions by hiring that other candidate, and disobeying your instructions by hiring the candidate you intended and expected would get the job. You might—I hope you wouldn’t—fire her if she obeyed your instructions in that way. But you couldn’t deny that she had been faithful to your instructions, and that she would not have been faithful had she deferred to your view about the best candidate instead of her own. An agent is unfaithful to an instruction unless she aims to do what the instruction, properly interpreted, directs.¹²¹

On the surface, one may wonder why Dworkin feels the need to conjure up the firing. He has said the owner meant β (i.e., “whoever were to be the best candidate in the manager’s judgment, let he or she be hired” seems the correct instruction). If that were the case, the owner actually got what he asked for. Aside from trivial plot twists,¹²² what Dworkin might be insinuating here is that the owner was actually meaning α .¹²³ But if so, it would be easy to object to the contradiction: Dworkin just told us that the instruction was β , and yet it was α .

However, there is a simpler way to grapple with the example and it rests, again, on the implicit postulation of some objective notion of normative descriptions such as “the *best* candidate” (i.e., the owner’s instruction was γ). In the case of the requisites for a job at a large corporation, the normative idea of “best” seems easier to fathom than, for example, the propriety of being “cruel and unusual” for criminal punishments. Although, paradoxically enough, Dworkin’s case of disagreement winds up suggestive of the very opposite (i.e., that it is harder to pin down normative descriptions over some subject-matter than to discern someone’s historical intent). Still, we might wonder how comparable

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

¹²² E.g., the owner fires the manager out of the disappointment of having been wrong about his son’s primacy in the eye of the manager.

¹²³ Again, we are ruling out other fanciful possibilities, e.g., a change in the owner’s mind during the selection process (i.e., β becomes α during the hiring phase).

the requisites for a job are with the decision over the true notion of a “cruel and unusual punishment[.]”¹²⁴

Perhaps, the final lesson that can be gleaned from the excerpt is that Dworkin is hardly understandable without reference to some objective morality as self-evident as the requisites for performing a job. Even though I debated Dworkin’s view as a rejection of “expectation originalism,” some passages hardly make any sense absent the backdrop of objective morality—for example, when he spoke of punishments that are cruel “according to the correct standards for deciding such matters.”¹²⁵

If that is the case, the conclusion would be that Dworkin finds its proper spot alongside metaphysical scholars of the law (i.e., scholars who postulate the existence of metaphysical moral objects) than strictly scientific researchers (namely, legal positivists). And I am not sure whether this place might have agreed with Dworkin.¹²⁶

3.4. *The Price of Integrity*

If the critical apparatus of Dworkin’s conception of abstract clauses has been outlined, we can still pursue some reflections about his interpretative theory.

Were we to “make the best sense” of Dworkin’s account, as he himself would put it,¹²⁷ we should bear in mind that Dworkin always had two specific concerns: the fairness, and the completeness or, as he famously called it, the “integrity” of the law.¹²⁸ This second element might account for the interpretation he reached.

As for Dworkin, the point has always been to provide judges with guidance before every case they could face, thus denying any sort of discretion in adjudication.¹²⁹ In this respect, Dworkin’s model surely happens to be “more legal” than, for example, Scalia’s “faint-hearted” originalism:¹³⁰ After all, Dworkin still infers the referential revision of constitutional provisions from some (possibly

¹²⁴ U.S CONST., amend. VIII.

¹²⁵ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1252.

¹²⁶ To my knowledge, Dworkin never repealed his anti-metaphysical original commitment: Speaking of his “characterization of individual rights,” Dworkin originally said that “it does not suppose that rights have some special metaphysical character, and the theory defended in these essays therefore departs from older theories of rights that do rely on that supposition.” DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, *supra* note 51, at xi-x.

¹²⁷ Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1260.

¹²⁸ DWORKIN, *LAW’S EMPIRE*, *supra* note 23, at 95-96.

¹²⁹ See Frederick Schauer, *Legal Realism Untamed*, 91 TEX. L. REV. 749, 762 (2013).

¹³⁰ Justice Scalia confessed that he would have not abided by an originalist interpretation in the hypothetical occurrence of a statute that reintroduced the penalty of flogging, even though it happened to be a viable punishment for the framers: “I hasten to confess that in a crunch I may prove a faint-hearted originalist. I cannot imagine myself, any more than any other federal judge, upholding a statute that imposes the punishment of flogging.” Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV. 849, 864 (1989).

misleading) constitutional intent, whereas Scalia candidly admits to refusing an originalist interpretation in some extreme occurrences¹³¹—which is a synonym, in Scalia’s legal thought, with being unwilling to apply the law.

However, the pragmatic benefits some constitutional doctrine might lead to, as well as the pretense of legality thereof, are not really the matter of contention here. Either from the point of view of a bullheaded political originalist or from the standpoint of the cognitive originalist, the only thing at stake is constitutional fidelity.¹³² The credibility of the psychological hypothesis underpinning some constitutional interpretation—here, the truth within the understanding that the judicial update of abstract clauses was originally set forth by the framers—is what really matters. In this respect, if the outlined criticism seems tenable, it is hard to concede that Dworkin’s theory is a feasible reconstruction of the Framers’ intentions. Even before engaging in a detailed historical inquiry, his account proves, as it were, psychologically unsound.

Dworkin’s model of the constitutional change of abstract clauses may thus yield a valuable adjudicative result,¹³³ but “at too high a price,” as Hart would have it:¹³⁴ for his view does not appear to comport with the rationale of a rigid constitution and with more daily beliefs about language and communication. It amounts, eventually, to a revision of the Constitution’s original meaning.

4. THE BORKEAN ORIGINALIST: ABSTRACT CLAUSES AS CONCRETE CLAUSES

4.1. The “Same Law New Law” Dilemma

As unlikely Dworkin’s account might appear, it surely proves practically viable: The Supreme Court’s Eighth Amendment jurisprudence clearly attests it.¹³⁵ On the contrary, if a Borkean account of abstract clauses does comply with the rationale of a rigid constitution, it winds up ontologically unlikely: It has, that is, an *insufficient descriptive value* in regard with abstract clauses. This is the thesis I will try to advocate in the present paragraph.

First, it ought to be noted that the U.S. Constitution does not contain any amending process outside Article V’s demanding one, nor the Amenders in 1791 provided any *ad hoc* procedure for the modification of abstract clauses. *Ergo*, we have to conclude the Framers thought Article V’s provisions viable also with regards to abstract clauses (e.g., the Eighth Amendment’s ban on “cruel

¹³¹ *See id.*

¹³² *See supra* note 22.

¹³³ Of course, assuming legality—or the pretense thereof—is a valuable objective in the law.

¹³⁴ HART, *supra* note 103, at 58.

¹³⁵ *See supra* note 85 (quoting some representative passages within this jurisprudence). *See infra* Part IV.A (discussing Justice Warren’s most famous maxim on the Cruel and Unusual Punishments Clause).

and unusual punishments”). To the framers, the abstract-concrete clauses distinction was, if any, not a matter of amendment procedure. As to the Borkean amending standpoint, all clauses are concrete. The problem with a “Borkean” account of abstract clauses lies within its result: It leads to a *theoretically* viable outcome that has, nonetheless, never taken place in reality. Following the Borkean approach to the letter brings the interpreter to a paradoxical expectation about how the amendment of abstract clauses should factually unfold. Some could even have a hard time calling this kind of legal change an “amendment” at all. I shall call this phenomenon the “same law new law” dilemma.

Let us consider a Borkean originalist interpreter, who conceives of every constitutional clause as a concrete one and therefore submits it to the procedures set out in Article V. With regard to the Eighth Amendment, for example, the originalist would hold the prohibition of “cruel and unusual punishments” to have a fixed “referential scope.”¹³⁶ The provision refers to nothing but some specific historical instances of “cruel and unusual punishments.”¹³⁷ The clause cannot be stretched to encompass cases of punishments that may be considered cruel and unusual today but were not thus regarded at the enactment’s time. The converse also obtains: The clause outlaws punishments that were once considered cruel and unusual, even though they may not be perceived so today. In the Borkean originalist’s view, the Cruel and Unusual Punishment Clause refers to nothing but some specific instances at the Amendment’s time.

As time passes by, what is socially considered cruel by the people changes and the need for an adjustment of the clause’s referential scope to current social perceptions may arise. New instances of cruelty emerge, while old paradigmatic cases are not considered proscribed punishments anymore. The clause’s reference needs to be updated.

Let us imagine that the Government funds a trustworthy survey on the citizens’ current opinions on the death penalty. Let us assume that the survey clearly states that the killing of a person perpetrated by the State is regarded as a cruel punishment by the absolute majority of U.S. citizens.

The Borkean originalist cannot hold the death penalty unconstitutional since many States retained it in 1791, and no signs of an abolitionist intention were given at the time.¹³⁸ Nonetheless, she rebuffs the idea that the Framers requested her to perform any kind of Dworkinian “moral judgment.” Being

¹³⁶ I am employing “referential scope” as a synonym for the aforementioned “referential content.” See *supra* note 48.

¹³⁷ For simplicity’s sake, I did not tackle in the Article the distinction between “original public meaning” originalism and “original intent originalism.” See Whittington, *supra* note 39, at 379-386. I simply adopt the stance of those who dismiss the factual relevance of distinction. See, e.g., Lawrence B. Solum, *Intellectual History As Constitutional Theory*, 101 VA. L. REV. 1111, 1136 (2015) (arguing for the fundamental consistency of the two approaches).

¹³⁸ See *Baze v. Rees* 553 U.S. 35, 87-88 (2008) (Scalia, J., concurring).

loyal to the clause means holding unconstitutional what was regarded as a “cruel and unusual punishment” either by the historical Framers or by a “reasonable person” of that time.¹³⁹

The legislature might ask the originalist how it is possible to adapt the Constitution to the current societal conception of a “cruel and unusual punishment.” The originalist would rejoin that an amendment pursuant to Article V has to take place. No way out.

A shortcut solution would be to add the following words to the Eighth Amendment: “the death penalty is a cruel and unusual punishment” or “the death penalty is forbidden.” It seems indeed reasonable that such a momentous change would demand to be consecrated into constitutional wording.

Now, let us suppose that the survey had incidentally discovered that *a lot* of other changes have taken place as to which punishments are held cruel and unusual by the majority of the American citizens, when compared to the Eighth Amendment’s times. The originalist could collect each of those variations and list them out in the new clause, thus determining what has to be considered cruel and unusual now.

The problem is, this “itemizing approach” seems as toilsome and unnecessary a task can be. It is toilsome for a lot of punishments once held human and usual might have now fled the notion and be perceived cruel and unusual; *vice versa*, a lot of instances of cruelty and unusualness might not be regarded that way anymore. Additionally, the notion of “punishment” itself can undergo relevant referential modifications.

Most importantly, an “inventory of cruelties and unusualnesses” is not only a complicated task but a rather unnecessary one, as the phrase “nor cruel and unusual punishments [be] inflicted” would still perfectly generate the outcome the amending legislature aims to achieve. Words, as it were, are still functional to the intention. It is only a matter of time-reference.

Let us assume our Borkean originalist is a words-thrifty person, one that does not change the words’ arrangement *per se* (i.e., if the wording proves still viable for the intention she wants to convey).¹⁴⁰ She may ask herself: “Do I need, *linguistically*, to change the Formula?” The answer is surely negative: Linguistically, the words of the Cruel and Unusual Punishments’ clause are still perfectly apt. The Borkean originalist needs only to change the time-reference.

¹³⁹ Scalia, *supra* note 39, at 17. See also Lawson & Seidman, *supra* note 22, at 1.

¹⁴⁰ There is a historical consensus against lengthy enumerations of rights in the constitutional text. While commenting on the incorporation of the Civil Rights Act in the fourteenth amendment, Bickel stated: “To all this should be added the fact that while the Joint Committee’s rejection of the civil rights formula is quite manifest, there is implicit also in its choice of language a rejection—presumably as inappropriate in a constitutional provision—of such a specific and exclusive enumeration of rights as appeared in section I of the Civil Rights Act.” Alexander M. Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, 69 HARV. L. REV. 1, 61 (1955).

Her final decision, then, would be to re-enact the words of the Eighth Amendments as they are now through Article V's procedures. Paradoxical as it may sound, she would achieve her goal in doing so. The clause's normative reference would shift to current times, while words remain the same: It merely displays the same string of words with a *t*-value changed to today. On the grounds of the assumed consensus about the death penalty and other instances of "cruel and unusual punishments," the re-enacted Eighth Amendment would address the people's requests without employing any grammatical change. Same law, new law.

This procedure is not only possible but mandatory for any non-Dworkinian originalist. It is, that is, the only *formal* way to amend the abstract clauses of the Constitution for the "economic" Borkean originalist (i.e., the originalist who does not change the words of the clause if they are still fit for the prescription she wants to enact). The re-enactment of the same words of the original Eighth Amendment through Article V's procedures *ought* to take place.

I do not think one can be at variance with this scenario from a theoretical (i.e., *a priori*) point of view: It might actually work out. It is, that is to say, a "thinkable state of affairs."¹⁴¹ The problem with this re-enactment procedure is its "positive" status: This way of amending the Constitution has never taken place in the history of American law.¹⁴² Probably, it has never happened throughout the entire history of law. No state, no legislature, no king—to my knowledge—has ever replaced a rule with a new rule displaying the same string of words, and pretended to have changed anything in the law. "Same law" has never been considered "new law." We might even feel awkward in calling such a piece of legislation an "amendment," even if aware of the time-reference shift.

At the same time, it is hardly believable that no change has occurred in the American citizens' conception of a "cruel and unusual punishment" to present days. Surely it is an empirical assessment, one that has to be evaluated through surveys and studies, but I would say it is a fairly agreeable one. In fact, it seems the only point the Supreme Court's "Dworkinian" Evolving Standards doctrine and Scalia's "Borkean interpretation" agree upon, since they are both premised on the very fact that a

¹⁴¹ WITTGENSTEIN, *supra* note 76, at 12.

¹⁴² A related and more commonly debated phenomenon is the meaning of the Due Process Clause as differently enacted in the Fifth and Fourteenth Amendment. See Ryan C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, 120 YALE L.J. 408, 198-500 (2010) (arguing that Fourteenth Amendment Due Process Clause may retain a substantive content the Fifth Amendment does not contain). The relevant difference between that instance and the "same law new law" problem is that there was a broader rationale for enacting the Fourteenth Amendment—namely, to extend the Due Process to states and local governments—but the re-enactment of the same formula wound up absorbing the substantive meaning the Due Process Clause had been applied with. In the case of the "same law new law" dilemma, instead, the re-enactment of the same provisions is necessitated by nothing but the referential change.

change in the societal conception of “cruel and unusual punishments” has taken place.¹⁴³ They simply disagree on the inferences therefrom.¹⁴⁴

4.2. *A Cramped View on Legal Concepts?*

Before offering my solution to the abstract clauses’ problem, I think it might be useful to confront a possible objection arising from the use of the concept of “referential content of a rule.”¹⁴⁵ In fact, the “same law new law” dilemma (i.e., the need for re-enacting the same words in order to update the referents of the expression) might be mandatory only insofar as one is clinging to a vary cramped view about how concepts and meanings work.

¹⁴³ See Scalia, *supra* note 130, at 861 (holding flogging and handbranding as punishments that are inconsistent with today’s current standards), and Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1253 (discussing the conceptions of framers on what punishments were indeed cruel and unusual).

¹⁴⁴ If interpreted as postulating the existence of some “objective morality” similar to mathematics, Dworkin’s position is plainer and somehow more coherent. See DWORKIN, *supra* note 74, and Dworkin, *The Arduous Virtue*, *supra* note 29, at 1252 (“the correct standards for deciding such matters-cruel”). In this case, if there obtains a strife between today’s conception of “cruel and unusual punishments” and the framers’ one, it “simply” means that either the current citizens or the framers are mistaken in their concept of what a cruel and unusual punishment is (i.e., someone is doing the math wrong). Scalia’s interpretative account, nonetheless, might turn out metaphysically less-demanding, if one had a hard time accommodating the idea of some objective morality whose truth-value and computation should resemble those of mathematics. Besides, it was Scalia’s adjudicative account (i.e., the fact that he claimed he would have used his interpretative account in some occurrences) that stirred controversy, not his interpretation. See *supra* note 130. See Jack M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, 24 CONST. COMMENT. 291 (2007), and Randy E. Barnett, *Scalia’s Infidelity: A Critique of “Faint-Hearted” Originalism*, 75 U. CIN. L. REV 7 (2006) (criticizing Scalia’s account).

Dworkin has tried to embrace objective morality without committing to moral realism. See Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth: You’d Better Believe it*, 25 PHIL & PUB. AFF. 85 (1996) (arguing for the difference status of moral facts); RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS 67 (2011) (rejecting moral realism). However, there seems to be little evidence that he succeeded in doing so. See, e.g., Sarah McGrath, *Relax? Don’t Do It! Why Moral Realism Won’t Come Cheap*, in 9 OXFORD STUDIES IN METAETHICS 186, 196-202 (Russ Shafer-Landau ed., 2014) (taking Dworkin as an example of “relaxed realism”); Katia Vavova, *Evolutionary Debunking of Moral Realism*, 10 PHIL COMPASS 104, 110 (2015) (criticizing Dworkin’s argument for objective morality as “bad – non-existent, actually”).

Dworkin resistance moral realism has not avoided his assignment to the natural lawyers’ camp. See, e.g., Brian Bix, *Natural Law: The Modern Tradition*, in OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 61, 82-85 (Jules L. Coleman & Scott Shapiro eds., 2002) (considering Dworkin an example of the modern tradition of natural law).

¹⁴⁵ I thank Gary Lawson for pointing out this possible shortcoming in my account.

In recent times, Gary Lawson and Tara Smith have raised the question of the troubled relationship between originalism and the philosophical nature of concepts.¹⁴⁶ Despite coming to different conclusions, they both build upon Any Rand’s “objectivist” theory of concepts.¹⁴⁷ Smith, in particular, reaches the worrisome conclusion that “Originalism fails to appreciate . . . that the language of the law, like all language (apart from proper names), is conceptual.”¹⁴⁸

What is that originalists are getting wrong about language and concepts? The main problem seems to be that at least some kind of originalism confuses the “referents” of the clause with the “criteria for determining the referents,”¹⁴⁹ or, to put it slightly differently, it fails to grasp the “open-ended nature of concepts.”¹⁵⁰ The problem is most apparent in the case of technological development.¹⁵¹ If originalists think that interpreting the Free Speech Clause means to grant protection only to the referents that could be mentally entertained by the framers, surely e-mails, for example, could not receive constitutional protection as they could not fit in into the framers’ or the public reader’s possible understanding of the clause in 1791. To interpret the clause in this sense, however, would be a huge mistake, as the framers did not want arguably to lock the clause’s meaning to the specific instances a speaker at the time could have entertained in her mind. Instead, what they locked are the “criteria for determining the referents”¹⁵²: that is, in the example, every possible means that conveys “free speech.”

Besides the fact that hardly any originalist ever entertained such a view, this issue seems to have little bearing on the interpretation of the Cruel and Unusual Punishments. The Borkean originalist I outlined above, in fact, does not read the clause as though it referred only to the particular subjective instances of a punishment that was “cruel and unusual” for the public reader at the time (i.e., some

¹⁴⁶ See Lawson, *supra* note 15, at 1469-70 (warning against the conflation of the “criteria for determining the referents” with the historical referents), and Tara Smith, *Originalism’s Misplaced Fidelity: “Original” Meaning Is Not Objective*, 26 CONST. COMMENT. 1073 (2009) (arguing that originalists fail to grasp the “objective meaning” of words).

¹⁴⁷ ANY RAND, INTRODUCTION TO OBJECTIVIST EPISTEMOLOGY (Harry Binswanger & Leonard Peikoff eds., 2d ed. 1990).

¹⁴⁸ Smith, *supra* note 146, at 28.

¹⁴⁹ Lawson, *supra* note 15, at 1469.

¹⁵⁰ Smith, *supra* note 146, at 56.

¹⁵¹ “[H]ow do we apply the fixed text of the Constitution, a document that is more than 200 years old, to cases involving electricity, credit cards, the Internet, cell phones—scenarios that not only did not exist at the time the Constitution was ratified, but could not have been envisioned by the framers of the Constitution?” Levine, *supra* note 93, at 752.

¹⁵² As Gary Lawson writes, weighing the concept of liberty under the Fifth Amendment instead of the Free Speech Clause: “An empirical reader would not ask for a laundry list of specific human activities that exhaust the content of the concept. But an empirical reader would ask what criteria the author, and derivatively the public reader, had in mind for distinguishing things that fall into that author’s/reader’s concept of “liberty” from other things that are better organized—from the cognitive standpoint of the author/reader—under other conceptual headings.” Lawson, *supra* note 15, at 1470.

newly invented punishment might have hurt as well their sense of cruelty and thus should be held unconstitutional). In this sense, she surely holds the “criteria for determining the reference” to be part of the original meaning: What are locked to the original meaning of the clause are the normative understanding of cruelty and usualness as conceived by the original interpreters. For the Borkean originalist, the Clause can qualify as constitutional or unconstitutional punishments that could never arise to the minds of the original interpreters, but the criteria that make for the constitutional review are the original senses of cruelty and usualness—not today’s ones, as the Dworkinian originalist would conversely maintain.

If the similarly highly subjective concept of “beauty” were entailed, for example, the Borkean originalist could certainly apply it to facts the framers could have never historically come across, but the standard of “beauty” that will make up for the judgment of cruelty and usualness would be the framers’, not her personal one.¹⁵³ As Bork clearly stated in a different context,

[i]n a case like this, it is the task of the judge in this generation to discern how the framers’ values, defined in the context of the world they knew, apply to the world we know. The world changes in which unchanging values find their application.¹⁵⁴

To put the matter in a slightly different manner: The Dworkinian and the Borkean originalist are still performing two quite different operations when applying the Eighth Amendment, whatever theory of concepts one is to retain. The Borkean originalist is going to confront some punishment with the values and inclinations of the citizens of eighteenth-century America. The Dworkinian, conversely, is going to compare the punishment under evaluation with current societal perceptions. In this sense, their divergence is truly interpretative, not philosophical: The Borkean contends that the framers meant to hitch the clause to their standards of cruelty and usualness; the Dworkinian holds that they referred to every future generations’ understanding of the cruelty and usualness of punishments.

5. A BREACH IN THE FORMAL CONSTITUTION

If the aforementioned “same law” procedure is the only formal way a loyal, Borkean originalist can amend the Constitution, and if there had been changes in the societal idea of what a “cruel and unusual punishment” amounts to, how is it possible that the nobody has demanded that the clause be amended? Is it necessary to impute this outcome to the Supreme Court’s choice for some Dworkinian approach instead of a Borkean one? Or is there another possibility to conceive of this apparent weirdness?

5.1. *Partially Jettisoning Formalism*

Tertium datur: I stand for the third possibility. My answer to the dilemma is the simplest one, probably even dull: The best way to make sense of the amendment of abstract clauses is to conclude that it

¹⁵³ The same holds, e.g., with the concept of “work of art.” Gallie, *supra* note 83, at 167-68.

¹⁵⁴ *Ollman v. Evans*, 750 F.2d 970, 995 (D.C. Cir. 1984) (Bork, R., concurring).

does not conform to formal legal reasoning. It is, that is, a plain instance of informal (i.e., non-legal) change. But if that is the case, the law is nonoriginalist (i.e., it does not comport with the original intent or public meaning) in this instance.

As attempts to subsume this type of legal change under formal legal reasoning, both the Dworkinian and Borkean views fail: While the former appears psychologically unlikely, the latter turns out counterfactual and hardly believable, although theoretically viable. An originalist account such as the Borkean reconstruction, in particular, has insufficient “explanatory value” as it cannot hold the *factual* legal change of abstract clauses legitimate—as it does comport with the procedures of Article V—but at the same time it does not call for the “same law new law” amending procedure.

The good news, however, lies in the fact that the destiny of legal inquiry is not necessarily bounded to the one of formal legal change. On the contrary, I think that we are better off when we cease trying to cram this occurrence into any formal account. Legal realism, as will be shown, can help us in making sense of the phenomenon of “informal legal change.”

Formalism is, indeed, one of several options when thinking of legal phenomena. An always viable one (even, as I tried to demonstrate, in the case of abstract clauses!) and often successful, as one can easily guess from the outstanding frequency of either compliance with the law, or punishment of trespassers. And even when legal rules are neither obeyed nor enforced, it is possible to explain the unpunished breaches in terms of the practical limits of the State’s repressive power. Originalism and formalism, that is, are still arguably the go-to interpretation for legal phenomena.¹⁵⁵

But this might not always be the case, as the referential change of abstract clauses suggests. The limits of the Dworkinian and Borkean solutions thwart any attempt of encompassing this kind of legal change into a formalistic account. In this respect, it is possible to subscribe to Strauss’s remarks: “Although formalism has its advantages and functionalism its dangers, *the former is simply incapable of describing the government we have.*”¹⁵⁶

We may wonder why this should be so. The answer is indeed obvious if we accept a simple idea of psychic equilibrium, under which every action has a tradeoff.¹⁵⁷ Sometimes the costs of some

¹⁵⁵ It bears noting that the validity of a formalist/originalist account for the broadest part of the law is actually consistent with the realist approach. Although the realists had often been regarded as unbridled rules-skeptics, they were frankly quite modest in their statements: They confined their skepticism toward rules to the range of cases that rose to the level of litigation, thus saving common-sense formalism—and I would add: originalism—as the true descriptive account in undisputed applications of the law (e.g., mere compliance with the law). See *supra* note 12.

¹⁵⁶ Peter L. Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions A Foolish Inconsistency*, 72 CORNELL L. REV. 488, 526 (1987) (emphasis added).

¹⁵⁷ I am implicitly thinking of Freud’s “scientific psychology.” See SIGMUND FREUD, *Entwurf einer Psychologie* (1895), in SIGMUND FREUD, *AUS DEN ANFÄNGEN DER PSYCHOANALYSE: BRIEFE AN WILHELM FLIEß ABHANDLUNGEN UND*

traditionally performed action (i.e., formal/originalist application of the law) might outweigh its benefits. While playing by the rules—or punishing the transgressors, or ascribing the absence of punishment to the pragmatic limits of public force—is a choice whose social benefits generally outweigh enduring lengthy formal procedures, in the case of abstract clauses things might be the other way around. Here formalism must wind up as a psychological anti-economic solution and rules go by the board. This explains why nobody demands that a legislature re-enacts a linguistically identical rule just to update its referential content. In the case of the Eighth Amendment’s Cruel and Unusual Punishments Clause, U.S. citizens short-circuit Article V’s procedure by consenting to judicial legal amending, in spite of its formal “illegality” (i.e., the property of lying outside of the original interpretation of the Constitution). The proof of this consent is to be found in the absence of any demand for a formal amendment of the clause, despite the modifications occurring within the notion of a “cruel and unusual punishment.”

Qua strict adherence to “paper rules,”¹⁵⁸ formalism is a human value, and as every value it provides benefits while coming at a price.¹⁵⁹ Formalism enables human beings to rely on institutions and to orientate their behaviors in regard to rules by fostering legal certainty.¹⁶⁰ Just as language does not operate in the idiosyncratic manner of Lewis Carroll’s Humpty Dumpty if mutual communication is

NOTIZIEN AUS DEN JAHREN 1887-1902 305 (1950). See, e.g., Lawrence Birken, *Freud’s “Economic Hypothesis”: From Homo Oeconomics to Homo Sexualis*, 56 AM. IMAGO 311 (1999) (describing the foundations of Freud’s psychic economics and its ties with physics).

¹⁵⁸ Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence: The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 431, 444-57 (1930), quoted in Schauer, *supra* note 129, at 780.

¹⁵⁹ A refusal to acknowledge the natural value of formalism is what really undermines some reconstruction thereof. See, e.g., Strauss, *supra* note 156 (“At best formalism serves as proxy for a functional approach for Justices perhaps unwilling to trust their inheritors—or even themselves—with the difficult and contextual analyses that functionalism requires”). Formalism cannot be reduced to a “proxy” for future (untrustworthy) functionalist judges: It displays a daily value in legal relations, even before any adjudication is needed. Schauer clearly points it out: “Formalism is the way in which rules achieve their ‘ruleness’ precisely by doing what is supposed to be the failing of formalism: screening off from a decisionmaker factors that a sensitive decisionmaker would otherwise take into account. Moreover, it appears that this screening off takes place largely through the force of the language in which rules are written. Thus the tasks performed by rules are tasks for which the primary tool is the specific linguistic formulation of a rule. As a result, insofar as formalism is frequently condemned as excessive reliance on the language of a rule, it is the very idea of decisionmaking by rule that is being condemned.” Schauer, *supra* note 33, at 510. Are we really to deny the practical value of “decisionmaking by rule?”

¹⁶⁰ See Daniel A. Farber, *The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law*, 45 VAND. L. REV. 533, 542-43 (1992) (outlining, although critically, the certainty argument in favor of formalism).

to bear fruit, a certain degree of formalism is necessary in order for the law to be a successful enterprise.¹⁶¹

But formalism is not always the psychically economic choice, as we can infer from the legal change of abstract clauses.¹⁶² It has its drawbacks, its “psychological costs”—one possibly being the hindrance of the law’s prompt adaptation to societal changes. In the case of abstract clauses, legal formalism amounts to an unbearable blockade to legal change. Its purpose, its “*raison d’être*” (i.e., to arrange legal change into a fixed, verifiable procedure) winds up as an unbearable burden. If the cost of formal compliance greatly outweighs the benefits—as in the “same law new law” fictitious example—citizens let go of formal strictures. They trade, as it were, the certainty value brought by formal amendments with the smoothness, easiness and day-by-day actualization of judicial update. To say it with Bork: In this case, “good results” trumps “legitimate process.”¹⁶³

It can always be conceived as a matter of psychic equilibrium: Every time the level of formalism is exceedingly severe, people dampen its effects by consenting to some kind of judicial activism.¹⁶⁴

If easy and agile, informal legal change arguably comes at some costs. Besides the potential loss in legal uniformity, empowering judges with the ability to reshape a clause’s content opens the way for judicial misuses (e.g., the manipulation of the clause’s content so that it does not match the citizens’ general ideas, but rather the personal tastes and moral convictions of the judges).¹⁶⁵ Again, when legal uncertainty and judicial misuses raise to an unbearable pitch for a sufficient number of citizens,

¹⁶¹ Humpty Dumpty is the hilarious character from *Alice in Wonderland*, who famously conceived of the meaning of words as the one the utterer would give to them. See LEWIS CARROLL, *THROUGH THE LOOKING GLASS, AND WHAT ALICE FOUND THERE* 185-97 (1871).

¹⁶² See *supra* Part III.A.

¹⁶³ Bork, *supra* note 43, at 261-65.

¹⁶⁴ The idea that formalism retains also desirable aspects secularly reflects Frank’s opposite considerations on the benefits of legal uncertainty: “*Much of the uncertainty of law is not an unfortunate accident: it is of immense social value.*” FRANK, *supra* note 7, at 7.

¹⁶⁵ “Those who now dominate public discourse on these matters recognize that, if the Constitution is law, departures from the principles the ratifiers understood themselves to be enacting are illegitimate. Yet such departures are essential if the results desired by the liberal culture are to be achieved through the courts. It follows that the Constitution cannot be law. Thus, the morality and politics of the intellectual or knowledge class, a class that extends well beyond the universities, can be made into constitutional law. . . . Judges are by definition members of the intellectual class and, in addition, for professional and personal reasons, tend to be influenced by the culture of the law schools. . . . If they can be persuaded to abandon the idea of original understanding, they are quite likely to frame the constitutional rules that reflect the assumptions of modern liberal culture.” BORK, *supra* note 43, at 8.

reverse phenomena are supposed to obtain, with a major dose of formalism being poured in the legal system.¹⁶⁶ Which, in turn, goes back to balance.

In a sense, political originalism can be seen as nothing but a physiological response to the pervasiveness of judicial activism. It is, as it were, the law-organism's reaction against biological dissolution. I would even go further in saying that, to a certain extent, an allegedly neutral research agenda is perhaps hardly neutral as it is pursued at a specific moment in legal history.¹⁶⁷ I think Justice Scalia's candid openness to a certain nonoriginalist application of the Eighth Amendment comports with this acknowledgment of the limited value of legal formalism.¹⁶⁸ In the case of the Eighth Amendment, an originalist analysis might dictate a certain result but that does not imply, *per se*, that it will be the chosen one: for formalism lies in competition with other values (most significantly, the desirability of results). This is also why Lawson and Seidman describe what I called "political originalism" (i.e., the political claim that the Constitution be interpreted in an originalist fashion) as an issue for "political moralists":¹⁶⁹ for cognitive originalism does not entail political originalism.¹⁷⁰ This conclusion would incidentally agree with one of legal positivism's main motifs: that "the

¹⁶⁶ This utilitarian conception of formalism is captured by Horwitz, although in excessively political terms: "[I]f a flexible, instrumental conception of law was necessary to promote the transformation of the post-revolutionary American legal system, it was no longer needed once the major beneficiaries of that transformation had obtained the bulk of their objectives. Indeed, once successful, those groups could only benefit if both the recent origins and the foundations in policy and group self-interest of all newly established legal doctrines could be disguised. There were, in short, major advantages in creating an intellectual system which gave common law rules the appearance of being self-contained, apolitical, and inexorable, and which, by making 'legal reasoning seem like mathematics,' conveyed 'an air... of... inevitability' about legal decisions." Morton J. Horwitz, *The Rise of Legal Formalism*, 19 AM. J. LEGAL HIST. 251, 252 (1975) (quoting). See also KARL LLEWELLYN, *THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS* 38 (1960).

¹⁶⁷ For what I mean by "political originalism" see *supra* note 22. The remark goes somewhat against the claim of neutrality I affirm for the inquiry. I would rejoin, however, that there exists at least a meaningful sense in which producing scholarship with the intention of achieving political results is different from doing research for the sake of understanding phenomenon and forecasting future developments, despite any political relevance "neutral scholarship" could possibly assume. The difference rests in the (conscious) intentionality of the political effects.

¹⁶⁸ See Scalia, *supra* note 130. It is easy, however, for living originalists to indict the view for cherry-picking: "[U]nder this approach, not all of the incorrect precedents receive equal deference. Judges will inevitably pick and choose which decisions they will retain and which they will discard based on pragmatic judgments about when reliance is real, substantial, justified or otherwise appropriate. This play in the joints allows expectations-based originalism to track particular political agendas and allows judges to impose their political ideology on the law—the very thing that the methodology purports to avoid." Balkin, *supra* note 144, at 298-99.

¹⁶⁹ Lawson & Seidman, *supra* note 22.

¹⁷⁰ *Id.*

certification of something as legally valid is not conclusive of the question of obedience.”¹⁷¹ This might be an interesting convergence for the grounding of originalism into positivism.¹⁷²

Albeit arguably a misinterpretation, this is also why I find Justice Warren’s use of the verb “must” in his famous formulation of the Eighth Amendment jurisprudence illuminating: “The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.”¹⁷³ The “must” could read not as an interpretative necessity (i.e., “the framers wanted it to be read as if it entailed this evolving aspect”) but as a practical maxim (i.e., “the meaning could be different, but we *must* interpret the clause as if it entailed the evolving mechanism for practical reasons: even though, i.e., we are giving up on original meaning in this instance”).

It bears emphasizing that this devaluation of legal formalism is hardly a new or startling thought in the law. It is rather the reaffirmation of an old truth. From Antigone’s rebellion to the “proclamations” of the ruler¹⁷⁴ on the grounds of the obedience to the “unwritten and immovable laws of the gods,”¹⁷⁵ to Aquinas’s definition of the unjust law as “no law at all,”¹⁷⁶ several well-thought-of individuals have claimed the existence of instances where the obedience to the law yields to the loyalty to other normative domains:¹⁷⁷ the law of the gods, the idea of justice, etc. But while these cases raised debate and controversy, the peculiarity of the abstract clauses’ case rests in its incontestability: Simply nobody has ever demanded an application of the law similar to the one suggested by the “same law new law” experiment. No “crazy formalist,” as it were, has ever claimed that U.S. citizens abide by this awkward amending procedure. Whereas both in the case of Antigone and Aquinas the antagonist formalists’ claims seemed at least worth considering.

¹⁷¹ HART, *supra* note 103, at 210. The reference to Hart raises, however, another question: Are the non-legal determinants that come into play where legal rules do not obtain to be included in the concept of “law”? This is exactly the type of conceptual theorizing that Leiter considers viable even in a post-Realists world. See LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE, *supra* note 7, at 45. I would argue that there is little epistemic benefit in stretching the notion of law outside the “fairly crude type of legal positivism” the Realist seemed to retain. See *id.* But surely more argumentation would be needed here if my concurrence were not to boil down to a mere fiat.

¹⁷² See William Baude & Stephen E. Sachs, *Grounding Originalism*, 113 NW. U. L. REV. 1455 (2019) (advocating originalism as the dominant interpretative practice in American law).

¹⁷³ *Trop*, 78 S.Ct. at 598.

¹⁷⁴ “τὰ . . . κήρυγμα.” SOPHOCLES, ANTIGONE 454.

¹⁷⁵ “ἄγραπτα κάσφαλῃ θεῶν νόμιμα” *Id.* at 455.

¹⁷⁶ This is the translation of the traditional adage “lex iniusta non est lex.” Aquinas’s original passage is slightly different: “huiusmodi [iniustae leges] magis sunt violentiae quam leges, quia, sicut Augustinus dicit, in libro de Lib. Arb., lex esse non videtur, quae iusta non fuerit . . .” THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGIAE I-II, q. 96, a. 4, c. (citing from Augustin’s *De Libero Arbitrio*)

¹⁷⁷ See also Radbruch, *supra* note 38.

It bears also noticing that, in denying that the dyad originalism/formalism descriptively accounts for the legal change and application of abstract clauses, I am clearly assuming an “exclusivist” version of originalism, different, that is, from the one William Baude has recently proposed when raising the descriptive dilemma: “Is originalism our law?”¹⁷⁸ The reason is that Baude’s “inclusive version of originalism”¹⁷⁹—if considered as an “interpretation” of the Constitution¹⁸⁰—seems affected by the very same issues that afflict Dworkin’s “moral reading,” as it allows for some “evolving construction of broad or vague language.”¹⁸¹ The only way, that is, to accommodate Baude’s “evolving construction” of abstract clauses within an originalist interpretation of the Constitution is to accede to a Dworkinian point of view and contend that the framers actually called for the “evolving construction” to take place: If my exposition of Dworkin’s problems was sound, this possibility should be ruled out.

But if the Dworkinian interpretation is not viable, the only way to square originalism with “some evolving construction” of the Constitution is to lessen the epistemological constraints of the word “originalism,” so that it does not merely denote the meaning of the Constitution as intended by its authors—be they the framers, the adopters, a reasonable reader at the time, etc.—but the revised meaning that results from interpreting some parts of the Constitution *not* as they were intended to be (e.g., in accord with the evolved meaning of the same words).

If that is the case, however, as Lawson elegantly puts it, “it is not clear that the label ‘originalist’ is doing a lot of useful epistemological work.”¹⁸² Ambiguity might be useful in real life, but is hardly a desirable result in science. Whenever “originalism” is used to intend something different from the original meaning of the Constitution, confusion arguably arises. Then either “old school” originalists ought to flee the notion of originalism—as Lawson seems to have done with his “empirical

¹⁷⁸ Baude, *supra* note 4, at 2351 (evaluating originalism from the prospective of positive law).

¹⁷⁹ “[A] version that allows for some precedent, for some evolving construction of broad or vague language.” *Id.* at 2353.

¹⁸⁰ It may be debatable whether Baude’s notion of “originalism” is in fact an interpretation of the Constitution (i.e., an “ascertainment of meaning,”) rather than a normative proposal about adjudication (i.e., a practical proposal about what should judges and other legal subjects do with what the Constitution says). In fact, Baude’s originalism comprises (i.e., considers constitutionally legitimate) the referential developments of “evolving terms” (e.g., “the words ‘cruel and unusual’”), the “devices for resolving ambiguity or vagueness” (e.g., “construction” or “liquidation”) and the rule of *stare decisis*. *Id.* at 2356-61. The problem is, either these legal doctrines are legitimate because the Constitution says so—and that is a “true” interpretative problem—or Baude’s originalism is not an interpretation of the Constitution but rather a pragmatic approach toward its use. For the purpose of discussion, I am weighing Baude’s arguments as if they were entailed by the original meaning of the Constitution, and not some “ameliorated understanding” thereof.

¹⁸¹ *Id.* at 2353.

¹⁸² Lawson, *supra* note 15, at 1458.

reading”¹⁸³—or those who are interested in the something different from the “ascertainment of meaning” should use a different expression to describe their activity.

5.2. *Similarities in the Conflict of Laws*

Before moving to the jurisprudential point entailed in these considerations, I want to lay out one final story to depict my idea of the functioning of abstract clauses by matching it with an already studied legal phenomenon. The fiction centers, again, on the Eighth Amendment’s Cruel and Unusual Punishments Clause, and draws on the distinctive modes of incorporation in the conflict of laws, by exhuming a distinction which is generally known only within the Italian scholarship.

Imagine that the Adopters of the Eighth Amendment, while transplanting the 1689 Bill of Right’s formula into the U.S. Constitution, had posed themselves the question: What do we even mean by “cruel and unusual punishments?” Instead of debating over the concept, they entrust a specific Council (let us call it the “Linnaeus Council”) with the duty of defining a *vast* amount of punishments to be held cruel and unusual. It bears emphasizing that the list is not intended to be all-inclusive: It just a “gallery” of commonly viable or otherwise “cruel and unusual punishments.”

The Linnaeus Council draws up the long list of viable and forbidden penalties and sends it back to the constitutional legislature. The Amenders explicitly sanction the list by adding to the Eighth Amendment the ensuing words: “[nor cruel and unusual punishments be inflicted], *as defined in the list adopted by the Linnaeus Council.*” The Amenders are explicitly referring to the list the Linnaeus Council published in 1791.

After a long period of time, harsh criticisms are addressed to the Council, demanding it updates the list for the purpose of making it more decent and humane. Some old punishments should now be considered cruel and unusual, protestors claim. Though more unlikely, the opposite might obtain too, so that people demand the introduction of punishments once held cruel and unusual.¹⁸⁴ Pressed by violent social unrest, the Council yields to the requests and winds up amending the list: Citizens cheer at the news, as courts begin enforcing the updated list.

The problem is, the original Adopters never intended to empower the Council with any amending capacity. They simply commissioned one list and proclaimed it to be law. Instead, the people and the Council interpreted the constitutional reference as to “whatever list were to be adopted by the Linnaeus Council.” By deploying the Italian conflict of laws terminology, a “*rinvio materiale*”

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ In Italy, e.g., the death penalty had been outlawed by the 1889 Criminal Code, but it was subsequently re-introduced under Fascism. See PAUL GARNFINKEL, *CRIMINAL LAW IN LIBERAL AND FASCIST ITALY* 417 (2016).

(material *renvoi*) is misconstrued as a “rinvio formale” (formal *renvoi*).¹⁸⁵ Instead of pointing at a foreign legal document and enforcing it—as if it were carbon copied and enacted qua internal law—the material *renvoi* legitimizes the document’s author as legal source (i.e., here, the Linnaeus Council). The *renvoi*’s reference shifts from one specific text created in another normative system to the authority that made it up, so that every authority’s subsequent change has to be given efficacy.¹⁸⁶ A typical example of material *renvoi* can be seen in the functioning of the Assimilative Crimes Act in the U.S. Code.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Roughly speaking, we have a material *renvoi* when the domestic law regulates some internal case by applying some specific law of another legal system (e.g., a foreign statute), thus incorporating it as internal law (as though, i.e., the statute were carbon copied and enacted into domestic law). We have instead a formal *renvoi* when the domestic law refers to some specific *source* of the law in external legal systems. It bears emphasizing that the *prima facie* object of reference might be the same (e.g., a particular foreign statute), the difference being that in the case of the material *renvoi* any alterations in the referred legal document by its original (foreign) adopter (e.g., a foreign legislature) would not result in any change to its application in the domestic law that made reference to it. Conversely, in the case of a formal *renvoi* the object of the reference is not limited to the referred law (i.e., the statute *per se*) but also covers every possible amendment thereof. It is, precisely, a *renvoi* to the source that originally enacted the foreign statute.

The distinction has indeed some momentum. Italian scholars, e.g., has questioned the nature of the statute regulating the conflict of laws. *See* Legge 31 maggio 1995, n.218, G.U. Jun. 3, 1995, n.128 (It.). If it were to be construed as a material *renvoi*, every subsequent amendment of foreign sources of law would have no impact as to its application in the Italian legal system, as the reference would remain the foreign law at the time of the Italian statute (i.e., May 1995). On the opposite, if it were construed—as it is—as a formal *renvoi*, every modification to the foreign sources in their original system would also modify the object of reference for application of the foreign law in the domestic system. The distinction between the ways foreign law become legally relevant in the domestic legal system is generally unknown outside the Italian legal scholarship and it has been criticized as “sterile.” although it had some momentum for Kelsen: “most writers in other countries regard these doctrines as sterile, and even in Italy opposition to them is increasing. Nevertheless, they were taken up by *Hans Kelsen* in order to explain the application of foreign law within the framework of his theory according to which the law of each state is a closed system derived from a *Grundnorm*.” GERHARD KEGEL, *FUNDAMENTAL APPROACHES* 12-13 (1986).

¹⁸⁶ I am assuming that the Linnaeus Council is an external source of law with regard to the U.S. legal system. If we are to avoid the question of whether a private institution’s rules are internal or external to domestic public law, we might simply headquarter the Linnaeus Council in Uppsala, Sweden.

¹⁸⁷ 18 U.S.C.A. § 13 (West 2020). I thank Gary Lawson for pointing out to me this remarkable case. First enacted in 1825, the Assimilative Crimes Act was periodically re-enacted by the Congress in order to extend the states’ criminal law to the areas of exclusive or concurrent federal jurisdiction (“federal enclaves”) in case of crimes that were addressed by federal law. In 1948, the Congress decided to make the incorporation permanent by stating that “[w]hoever within or upon any [place of exclusive or concurrent federal jurisdiction] is guilty of any act or omission which, although not made punishable by any enactment of Congress, would be punishable if committed or omitted within the jurisdiction of the State, Territory, Possession, or District in which such place is situated, by the laws thereof in force at the time of such act or omission, shall be guilty of a like offense and subject to a like punishment.” 18 U.S.C. § 13 (West 2020) Therefore,

Mutatis mutandis, a similar phenomenon can be observed in the case of the historical Cruel and Unusual Punishments Clause. Here, of course, there is no Linnaeus Council nor any tangible list of forbidden punishments. The set of prohibited punishments is made up, instead, of all the “cruel and unusual punishments” as possibly understood by 18th-century U.S. citizens. In both cases, however, the framers meant to prohibit a fixed set of “cruel and unusual punishments”: They enforced, that is, the material *renvoi* to a precise domain of “cruel and unusual punishments.” (The alternative entails maintaining that the framers originally wanted to enact a formal *renvoi*, but that cannot be the case if we are correct in considering the Dworkinian interpretation inconsistent with the rationale of a rigid constitution, among other things). For practical reasons, nonetheless, in both cases the material *renvoi* has been historically construed as formal *renvoi*: Judges, that is, have been expected to enforce an updated version of the list. (In the fictional case there has been an aggressive demand for that, whereas in the current world the expectation has simply taken place “implicitly.”) Wherefrom do we infer that the *renvoi* has been tacitly misconstrued? We deduce it from the very fact that the “same law new law” procedure has never taken place, nor anyone has ever demanded it.

In this perspective, it is hard to disagree with James Beck’s remark that the Supreme Court acts as a “continuing constitutional convention.”¹⁸⁸ It might be a divisive conclusion, however, whether the Court is factually performing the “democratic rough appreciation” of majority values, or the antidemocratic enforcement of some intellectual minority’s political views.¹⁸⁹

6. EMBRACING LEGAL REALISM

The final question that ought to be addressed is the practical one. If the amendment of abstract clauses does not undergo formal legal procedures, then a formalist approach to adjudication cannot account for the phenomenology of the law in this respect. And if it is the lawyer’s task to master whatever happenings in the realm of law, traditional legal reasoning is not going to be enough here.¹⁹⁰

If Dworkin’s model’s rejection and the “same law new law” dilemma are sound, a cornerstone tenet of American Legal Realism winds up confirmed: legal indeterminacy. As Brian Leiter writes, “[legal

whoever violates criminal law in, e.g., a federal building, is held accountable for violating the federal criminal law that results from the incorporation of municipal criminal law, absent an autonomous federal provision. The Assimilative Crimes Act has been unsuccessfully challenged on nondelegation grounds. *See United States v. Sharpnack*, 355 U.S. 286, 297 (1958) (“The application of the Assimilative Crimes Act to subsequently adopted state legislation, under the limitations here prescribed, is a reasonable exercise of congressional legislative power and discretion.”)

¹⁸⁸ JAMES M. BECK, *THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES*, quoted in RAOUL BERGER, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT* 2 (1977).

¹⁸⁹ *See BORK*, *supra* note 43, at 8.

¹⁹⁰ There is hardly a clearer example of traditional legal reasoning than the one expounded in SCALIA & GARNER, *supra* note 111 (recollecting fifty-seven hermeneutic principles).

indeterminacy] is the thesis that the Class together with relevant Background Conditions is not causally sufficient to determine only one outcome.”¹⁹¹ By “the Class” Leiter means the set of legitimate legal reasons¹⁹² coupled with two “Background conditions”: “(1) judges are rational, honest, competent, and error-free; and (2) the law exercises its causal influence through reasons.”¹⁹³ Insofar as neither the Dworkinian and Borkian model explain for constitutional legal change in the case of abstract clauses, the Realists’ tenet is true: Rules do not *explain* the behavior of judges. How, then, should the lawyer relate to the legal change of abstract clauses, if she is to master them in court? I would imagine at least two possible lines of inquiry.

6.1. Abstract Clauses as Indexicals

On the one hand, it might be possible to regard the phenomenon as a linguistic conundrum. One can even recast the entire opposition between Bork’s and Dworkin’s originalisms as a disagreement over the indexical use of notions like “cruel” and “unusual.”¹⁹⁴

Indexicals are words like “I,” “my,” “that,” “this,” “now,” “tomorrow,” “actual,” “present,” whose reference seems to be singularly dependent on the context of utterance.¹⁹⁵ As David Kaplan famously wrote, with indexicals “the referent is dependent on the context of use and . . . the meaning of the word provides a rule which determines the referent in terms of certain aspects of the concept.”¹⁹⁶ In the words of David Braun,

[a]n indexical is, roughly speaking, a linguistic expression whose reference can shift from context to context. . . . Many philosophers hold that indexicals have two sorts of meaning. The first sort of meaning is often called ‘linguistic meaning’ or ‘character’ The second sort of meaning is often called ‘content’. Using this terminology, we can say that every indexical has a single unvarying character, but may vary in content from context to context.¹⁹⁷

¹⁹¹ LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE, *supra* note 7, at 9.

¹⁹² For Leiter the Class is composed of “the legitimate *sources* of law,” “the legitimate methods of interpreting sources of law,” “the legitimate ways of characterizing the facts of a case in terms of their *legal* significance” and “the legitimate ways of reasoning with legal rules and legally described facts.” *Id.* See also *supra* note 34 and accompanying text.

¹⁹³ LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE, *supra* note 7, at 9.

¹⁹⁴ For another case where indexicals seem relevant to constitutional interpretation see Christopher Green, “*This Constitution*”: *Constitutional Indexicals As A Basis For Textualist Semi-Originalism*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1607, 1641-67 (2009) (weighing the indexicality of Article VI).

¹⁹⁵ The examples are taken directly from David Kaplan, *Demonstratives: An Essay on the Semantics, Logic, Metaphysics, and Epistemology of Demonstratives and Other Indexicals*, in THEMES FROM KAPLAN 481, 489 (Joseph Almog, John Perry & Howard Wettstein eds., 1989).

¹⁹⁶ *Id.* at 490.

¹⁹⁷ David Braun, *Indexicals*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, (Edward N. Zalta ed., rev. ed. 2015) <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/indexicals/>.

The reference of an indexical is context-sensitive in a way other words are not. We all employ the word “I,” even though the reference differs from person to person. Similarly, the context-sensitivity within terms like “cruel,” “unusual,” “punishments,” appears different in character—and in reference’s complexity—than in words like “thirty,” “years,” “age.”

It seems the very kind of problem we face in grappling with the Cruel and Unusual Clause: The definite description “cruel and unusual punishments” has one and only meaning (what Kaplan calls “character”) but refer to different objects in “different contexts.”¹⁹⁸ This is, roughly speaking, why the expression “cruel and unusual punishments” denotes different instances today than what it did in 1791: Although the meaning is the same in both contexts, once the expression has been cast by a specific agent in a specific time its reference has been hitched to the sense of cruelty and usualness of some particular individuals (i.e., the framers or the speaker at the time).

We can now translate our opposition before the “cruel and unusual punishments” in indexical terms. On the one hand, the expression can be commonsensically regarded as a “linguistic indexical,” insofar as the same words can be uttered at different moments in time and space and refer to quite different objects. Linguistic indexicals are theoretically suitable to a plurality of referents, but once they are uttered by a specific speaker in a specific moment their reference crystallizes in the historical utterance. This is the sense of indexicals that Bork and classic originalism should presumably agree on. We might name these “proper indexicals,” as no alternative account of indexicals is properly given in philosophy of language.¹⁹⁹

On the other hand, a Dworkinian account of this type of clauses would go one step further. The expression “cruel and unusual punishment” is not only a “proper indexical” (i.e., terms that can be uttered by several agents and thereby refer to very different objects) but it was meant by their framers to be *indexically used*. We could speak here of “normative indexicals.” Qua normative indexicals, words such as “cruel” and “unusual” are meant to be re-uttered by future interpreters and hence referred to their current times. Words are not hooked, as it were, to the standards of cruelty and

¹⁹⁸ I may be oversimplifying Kaplan’s theory as long as I do not account for his “possible world semantics.” Kaplan, *supra* note 195, at 494. However, I think it is hardly a necessary complexity. Qua historical interpreters, we are exclusively concerned with the actual historical world in different times (i.e., today and 1791). What Kaplan warns us not to forget when recalling the “possible worlds semantics” is that indexicals are functionalized both at contexts and possible worlds. In our case, for instance, not only does the expression “cruel and unusual punishments” denote different objects for different agents at different times (“contexts”), but it could designate different objects for the same agents at the same time in two different possible worlds—the truth-value, i.e., of the indexical expressions depends also on the “circumstances of evaluation.” *Id.* This is what goes under the name of “double-indexing.” Braun, *supra* note 197.

¹⁹⁹ Braun, *supra* note 197.

usualness at the time of the Eighth Amendment's framers: They refer to the different standards of every future interpreter.

For the same reasons I do not find Dworkin's account persuasive, I would shrink from interpreting abstract clauses as "normative indexicals," even though the possibility cannot be logically wiped out. It proves, however, psychologically inconsistent with the rationale of a rigid constitution.²⁰⁰

At the same time, to regard abstract clauses as "natural indexicals" gives us little help in understanding their modification (i.e., in discovering how they get factually amended and what meanings do judges or juries attach to them in court). What is the lawyer to do with the bare acknowledgment that she is facing this particular instance of natural language? How would this renewed awareness about its semantic character help her in providing legal expertise? How would it enhance her performance in court? It appears as though the "linguistic turn" in legal scholarship does not agree with the practical purposes that mostly concern the lawyer.²⁰¹

The alternative approach, conversely, requires widening the scope of legal inquiry to non-legal determinants of behavior.

6.2. *The Lawyerly Business*

Informal, "nonoriginalist" amending does not translate in haphazard amending. If we accept a commonsensical deterministic hypothesis about the world, legal rules' causal inefficacy implies that there will be other rules (i.e., non-legal rules, such as moral, psychological, social, economic ones) that determine and causally constrain the legal change of abstract clauses. Legal indeterminacy does not equal general indeterminacy. If the amending behavior that presumably takes place in the case of abstract clauses is not legal (i.e., it cannot be explained through legal reasons), then the behavior must be normatively controlled by other determinants (i.e., non-legal reasons). In other words, there is no need to give up on the idea of behavior as acting according to a rule: The acknowledgment of non-legal rules of behavior (i.e., the aforementioned "alternative normative domains") fills the causal gap. If we credit the hypothesis, the ongoing validity of another fundamental tenet of American legal realism—or at least, as Leiter calls it, of its "Sociological Wing"²⁰²—is being reclaimed: that in order to grasp the functioning of some phenomena in the law (here, the amendment of abstract clauses) the lawyer cannot but draw on social sciences like sociology, anthropology, psychology that aim at explaining the non-legal determinants of human behavior.

As Leiter points out,

²⁰⁰ See *supra* Part II.B.1.

²⁰¹ See *infra* for the proposed notion of "legal scholar."

²⁰² See LEITER, NATURALIZING JURISPRUDENCE, *supra* note 7, at 15, 29.

if the Sociological Wing of Realism—Llewellyn, Moore, Oliphant, Cohen, Radin, among others—is correct, then judicial decisions are causally determined (by the relevant psycho-social facts about judges), and at the same time judicial decisions fall into predictable patterns because these psycho-social facts about judges (e.g., their professionalization experiences, their backgrounds) are not idiosyncratic, but characteristic of significant portions of the judiciary. Rather than rendering judicial decision a mystery, the Realists’ Core Claim, to the extent it is true, shows how and why lawyers can predict what courts do.²⁰³

Legal indeterminacy solely implies that a formalistic approach cannot account for the whole functioning of legal phenomena.²⁰⁴ The lawyer, therefore, needs to borrow cognitive tools and instruments from other social sciences if she is to achieve a comprehensive account of the law. As Leiter again writes, “the thesis at issue here [in American Legal Realism] is that . . . when legal reasons do not justify only one outcome, then other psychological and sociological factors (e.g., the personality or the political ideology of the judge) must come into play to causally determine the decision.”²⁰⁵

But why should the jurist be concerned with these psychological and sociological factors? Could she not leave it to the psychologist or the sociologist to deal with? It all boils down to the notion of “lawyer” or “legal scholar” one is to retain. I would think of a “lawyer” as the individual who knows the law better than the average citizen (i.e., more broadly or more thoroughly) and that offers her expertise as a commercial good.²⁰⁶ If knowing the law means being able to explain its happenings in a causal fashion and being able to predict its developments, then only stretching legal inquiry beyond formal rules might give the lawyer proper tools to achieve what she is striving for (i.e., causal explanations of legal phenomena and predictions of what courts will to).

This would enable her, we might say, to “become who she is.”²⁰⁷

²⁰³ *Id.* at 29.

²⁰⁴ I subscribe here to the realists’ thesis of “Local Rational Indeterminacy,” as Leiter calls it to juxtapose it with the C.L.S. writers’ “Global Rational Indeterminacy.” *See id.* at 11-12. “Local Rational Indeterminacy” suggests that the application of the law is indeterminate—i.e., not determinate by legal reasons—only in certain instances: For the realists, those are the cases that are actually litigated. Global Indeterminists, conversely, maintain the law to be always indeterminate. *See id.* at 19-20.

²⁰⁵ *Id.* at 10.

²⁰⁶ It bears noting that I am merely holding to the Legal Realism’s traditional account of the lawyerly business as the one dealing in “actual specific past *decisions*, and guesses as to actual specific future *decisions*.” FRANK, *supra* note 7, at 51.

²⁰⁷ “Wie man wird, was man ist” (How one becomes what one is). FRIEDRICH NIETZSCHE, ECCE HOMO: HOW TO BECOME WHAT YOU ARE & THE ANTICHRIST: A CURSE ON CHRISTIANITY 36 (Thomas Wayne trans., 2004).

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Confirmation Hearing On The Nomination Of Hon. Neil M. Gorsuch To Be An Associate Justice Of The Supreme Court Of The United States*, Washington (Dc), U.S. Government Publishing Office, 2018
- AA.VV., *Congressional Record. United States Senate*, 100th Cong. 1st Sess. 133 Cong Rec S 9188, Vol. 133 No. 110, 1987
- AA.VV., *Hearings Before The Committee On The Judiciary United States Senate One Hundredth Congress First Session On The Nomination Of Robert H. Bork To Be Associate Justice Of The Supreme Court Of The United States*, vol. I, Washington, U.S. government Printing Office, 1988
- AA.VV., *Il grande dizionario Garzanti della Lingua Italiana*, Milano, Garzanti-Gulliver, 1993
- AA.VV., *Original Meaning Jurisprudence. A Sourcebook*, Washington (DC), U.S. Department of Justice. Office of Legal Policy, 12 marzo 1987
- AA.VV., *Original Meaning Jurisprudence. A Sourcebook*, Washington, Department of Justice, 1987
- AA.VV., *The Nomination Of Elena Kagan To Be An Associate Justice Of The Supreme Court Of The United States. Hearing Before The Committee On The Judiciary United States Senate One Hundred Eleventh Congress. Second Session June 28–30, And July 1, 2010*, Washington, U.S. Government Printing Office, 2010
- ACKERMAN, B.A., *A Generation of Betrayal?*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1519 ss.
- ACKERMAN, B.A., *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 1985, 713 ss.
- ACKERMAN, B.A., *Transformative Appointments*, in *Harvard Law Review*, 1998, 1164 ss.
- ACKERMAN, B.A., *We The People. Foundations*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1991
- ADAMS, A.M., *Justice Brennan and the Religion Clauses. The Concept of a Living Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1991, 1319 ss.
- ALDERMAN, M., PICKARD, D., *Justice Scalia's Heir Apparent. Judge Gorsuch's Approach to Textualism and Originalism*, *Stanford Law Review Online*, 2017, 185 ss.
- ALEXANDER, L., PRAKASH, S., *Is That English You're Speaking – Why Intention Free Interpretation Is an Impossibility*, *San Diego Law Review*, 2004, 967 ss.
- ALEXANDER, R., *Dred Scott. The Decision That Sparked a Civil War*, in *Northern Kentucky Law Review*, 2007, 643 ss.
- AMAR, A.R., *Against Lochner*, in *The Georgetown Journal Of Law & Public Policy*, 2008, 433 ss.
- AMAR, A.R., *America's Unwritten Constitution. The Precedents And Principles We Live By*, New York, Basic Books, 2012
- AMAR, A.R., *Philadelphia Revisited. Amending the Constitution Outside Article V*, in *University of Chicago Law Review*, 1988, 1043 ss.
- AMAR, A.R., *Rethinking Originalism. Original intent for liberals (and for conservatives and moderates, too)*, in *Slate*, 21 settembre 2005, <https://slate.com/news-and-politics/2005/09/original-intent-for-liberals.html>
- AMAR, A.R., *The Consent of the Governed. Constitutional Amendment Outside Article V*, in *Columbia Law Review*, 1994, 457 ss.
- ANDERSON, J.H., *John Marshall's Opinion in Marbury v. Madison Does Not Rely on a Misquoting of the Constitution. A Response to Rose*, in *Political Science and Politics*, n. 2/2004, 199 ss.
- AUSTIN, A., *Battle For Justice. How the Bork Nomination Shook America*, 1989 in *Brigham Young University Law Review*, 1989, 1277 ss.
- B. LEITER, *Legal Formalism and Legal Realism. What Is The Issue?*, in *Legal Theory*, 2010, 111 ss.
- BACON, F., *Judicature* (1612), in BACON, F., *Essays*, London, J.M. Dent, 1925, 162 ss.
- BAILYN, B. *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 2017
- BAKER, G.E., voce *Reynolds v. United States*, in HALL, K.L., ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 853 ss.
- BALKIN, J.M., *Abortion and Original Meaning*, in *Constitutional Commentary*, 2007, 291 ss.
- BALKIN, J.M., LEVINSON, S., *The Canons of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1998, 963 ss.
- BALKIN, J.M., LEVINSON, S., *Thirteen Ways of Looking at Dred Scott*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2007, 49 ss.

- BALKIN, J.M., *Original Meaning and Constitutional Redemption*, in *Constitutional Commentary*, 2007, 427 ss.
- BALKIN, J.M., *The Roots Of The Living Constitution*, in *Boston University Law Review*, 2012, 1129 ss.
- BALKIN, J.M., *Wrong the Day it Was Decided. Lochner and Constitutional Historicism*, in *Boston University Law Review*, 2005, 677 ss.
- BARNETT, R.E., *Scalia's Infidelity. A Critique of Faint-Hearted Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2006, 7 ss.
- BARNETT, R.E., BERNICK, E.D., *The Letter and the Spirit. A Unified Theory of Originalism*, *Georgetown Law Journal*, 2018, 107 ss.
- BARNETT, R.E., *An Originalism for Nonoriginalists*, in *Loyola Law Review*, 1999, 611 ss.
- BARNETT, R.E., *Constitutional Legitimacy*, in *Columbia Law Review*, 2003, 111 ss.
- BARNETT, R.E., KATES, D.B., *Under Fire. The New Consensus on the Second Amendment*, in *Emory Law Journal*, 1996, 1139 ss.
- BARNETT, R.E., *Restoring the Lost Constitution. The Presumption Of Liberty*, Oxford, Princeton University Press, 2004
- BARNETT, R.E., *The Relevance of the Framers' Intent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 403 ss.
- BARRETT, J.Q., *Attribution Time. Cal Tinney's 1937 Quip, "A Switch in Time'll Save Nine"*, in *Oklahoma Law Review*, 2021, 229 ss.
- BARTRUM, I.C., *Originalist Ideology and the Rule of Law*, in *Journal of Constitutional Law Heightened Scrutiny*, 2012, 1 ss.
- BARTRUM, I.C., *Two Dogmas of Originalism*, in *Washington University Jurisprudence Review*, 2015, 157 ss.
- BARTRUM, I.C., *Wittgenstein's Poker. Contested Constitutionalism and the Limits of Public Meaning Originalism*, in *Washington University Jurisprudence Review*, 2017, 29 ss.
- BARZUN, J., *A Stroll with William James*, Chicago-London, Chicago University Press, 1983
- BAUDE, W., *Is Originalism Our Law?*, in *Columbia Law Review*, 2015, 2349 ss.
- BAUDE, W., SACHS, S.E., *Grounding Originalism*, in *Northwestern University Law Review*, 2018, 1455 ss.
- BAUM, L., *The Supreme Court in American Politics*, in *Annals Review of Political Science*, 1997, 161 ss.
- BAUMGARDNER, P., *Originalism and the Academy in Exile*, in *Law and History Review*, 2019, 787 ss.
- BEARD, C.A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), London, Taylor & Francis, 2017
- BEARD, C.A., *The Living Constitution*, in *The Annals of the American Academy*, 1936, 29 ss.
- BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Firenze, Sansoni, 1958
- BECK, J.M., *The Constitution of the United States* (1922), Charleston, Bibliobazaar, 2007
- BELKNAP, M.R., recensione a *Government by Judiciary*, in *Journal of American History*, 1979, 1195 ss.
- BELZ, H., *Equality and the Fourteenth Amendment. The Original Understanding*, in *Benchmark*, 1990, 329 ss.
- BENNETT, R.W., *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, in *Cornell Law Review*, 1988, 355 ss.
- BERGER, R., *Activist Indifference to Facts*, in *Tennessee Law Review*, 1993, 9 ss.
- BERGER, R., *An Anatomy of False Analysis. Original Intent*, in *Brigham Young Law Review*, 1994, 715 ss.
- BERGER, R., *Congress v. The Supreme Court*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1969
- BERGER, R., *Executive Privilege. A Constitutional Myth*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1974
- BERGER, R., *Fourteenth Amendment. Light from the Fifteenth*, in *Northwestern University Law Review*, 1979, 311 ss.
- BERGER, R., *Government by Judiciary. John Hart Ely's Invitation*, in *Indiana Law Journal*, 1978, 277 ss.
- BERGER, R., *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment* (1977), II ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1997

- BERGER, R., *Impeachment. The Constitutional Problems*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1973
- BERGER, R., *Original Intention in Historical Perspective*, in *George Washington Law Review*, 1985, 296 ss.
- BERGER, R., *Robert Bork's Contribution to Original Intention*, in *Northwestern University Law Review*, 1990, 1167 ss.
- BERGER, R., *Symposium. The Activist Legacy of the New Deal Court*, in *Washington Law Review*, 1984, 751
- BERGER, R., *The Role of the Supreme Court in a Democratic Society*, in *Villanova Law Review*, 1981, 414 ss.
- BERGER, R., *The Role of the Supreme Court*, in *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, 1980, 1 ss.
- BERMAN, M.N., *Originalism is Bunk*, in *New York University Law Review*, 2009, 1 ss.
- BERMAN, M.N., *Our Principled Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2018, 1325 ss.
- BERNSTEIN, D., *Lochner v. New York. A Centennial Retrospective*, in *Washington University Law Quarterly*, 2005, 1469 ss.
- BIBAS, S., *Justice Scalia's Originalism and Formalism. The Rule of Criminal Law as a Law of Rules*, in SLATTERY, E.H., (a cura di), *The Legacy of Justice Antonin Scalia. Remembering a Conservative Legal Titan's Impact on the Law*, Heritage, 2016, 5 ss., <https://www.heritage.org/courts/report/the-legacy-justice-antonin-scalia-remembering-conservative-legal-titans-impact-the>
- BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962), II ed., New Haven-London, Yale University Press, 1986
- BICKEL, A.M., *The Original Understanding and the Segregation Decision*, in *Harvard Law Review*, 1955, 1 ss.
- BICKEL, A.M., *The Supreme Court 1960 Term. Foreword. The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, 1961, 40 ss.
- BICKEL, A.M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York, Harper & Row, 1970
- BICKEL, A.M., WELLINGTON, H.H., *Legislative Purpose and the Judicial Process. The Licnoln Mills Case*, in *Harvard Law Review*, 1957, 1 ss.
- BIRKEN, L., *Freud's "Economic Hypothesis". From Homo Oeconomics to Homo Sexualis*, in *American Imago*, 1999, 311 ss.
- BIX, B.H., *Natural Law: The Modern Tradition*, in J.L. COLEMAN, S. SHAPIRO (a cura di), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy Of Law*, 2002, 61 ss.
- BIX, B.H., *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, in *American Journal of Jurisprudence*, 2011, 45 ss.
- BLACK, H.C., *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, St. Paul (MN), West Publishing, 1896
- BLACKMAN, J., *Originalism at the Right Time*, in *Texas Law Review*, 2012, 269
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. III, London, Maxwell, 1855
- BLASECKI, J.L., *Justice Lewis F. Powell. Swing Voter or Staunch Conservative?*, in *Journal of Politics*, 1990, 530 ss.
- BORK, R.H., *"A Country I Do Not Recognize". The Legal Assault on American Values*, Stanford, Hoover Institution Press, 2005
- BORK, R.H., *Civil Rights – A Challenge*, in *The New Republic*, agosto 1963, 31 ss.
- BORK, R.H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, 1971, 1 ss.
- BORK, R.H., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978
- BORK, R.H., *The Goals of Antitrust Policy*, in *The American Economic Review*, 1967, 242
- BORK, R.H., *The Supreme Court Needs a New Philosophy*, in *Fortune*, Dec. 1968, 138 ss.
- BORK, R.H., *The Tempting of America*, New York, Touchstone-Simon & Schuster, 1990
- BRAUN, D., *Indexicals*, in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015 <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/indexicals/>
- BRENNAN JR., W.J., *The Constitution of the United States. Contemporary Ratification*, in *The Guild Practitioner*, 1986, 1 ss.

- BREST, P., *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 1980, 204 ss.
- BREST, P., *Brown v. Berger et al.*, in *New York Times*, 11 dicembre 1977, 284
- BREST, P., *Foreword. In Defense of the Antidiscrimination Principle*, in *Harvard Law Review*, 1976, 1 ss.
- BREST, P., *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, in *Stanford Law Review*, 1975, 585 ss.
- BREST, P., *The Fundamental Rights Controversy. The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, in *Yale Law Journal*, 1981, 1063 ss.
- BRONNER, E., *Battle for Justice. How the Bork Nomination Shook America*, New York, W.W. Norton, 1989
- BUDZISZ, C.B., *Marbury v. Madison. How History Has Changed John Marshall's Interpretation of the Constitution. A Response to Winfield H. Rose*, in *Political Science and Politics*, n. 3/2004, 385 ss.
- BURTON, H., *The Cornerstone of Constitutional Law. The Extraordinary Case of Marbury v. Madison*, in *American Bar Association Journal*, n. 10/1950, 805 ss.
- CALABRESI, S.G., POPE, L., *Judge Robert H. Bork and Constitutional Change. An Essay on Ollman v Evans*, in *University of Chicago Law Review Dialogue*, 2013, 155 ss.
- CALABRESI, S.G., RICKERT, J.T., *Originalism and Sex Discrimination*, in *Texas Law Review*, 2011, 1 ss.
- CALABRESI, S.G., *Substantive Due Process After Gonzales v. Carhart*, in *Michigan Law Review*, 2008, 1517 ss.
- CANON, B., *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, in *Judicature*, 1982, 236 ss.
- CARDOZO, B.N., *The Nature of Judicial Process*, New Haven-London, Yale University Press, 1921
- CARROLL, L., *Through the Looking Glass, and What Alice Found There*, London, Vintage, 1871
- CARTER, S., *The Confirmation Mess*, in *Harvard Law Review*, 1988, 1185 ss.
- CHEMERINSKY, E., *Getting Beyond Formalism in Constitutional Law. Constitutional Theory Matters*, in *Oakland Law Review*, 2001, 1 ss.
- CHEMERINSKY, E., *Interpreting the Constitution*, New York, Praeger, 1987
- CHEMERINSKY, E., *We the People. A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York, Picador, 2018
- CHESSA, O., *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero originalista*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 11 ss.
- CHOUDHRY, S., *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 1 ss.
- CISNEROS, L.A., *The Constitutional Interpretation/Construction Distinction. A Useful Fiction*, in *Constitutional Commentary*, 2010, 71 ss.
- CLAEYS, E.R., *The Limits of Empirical Political Science and the Possibilities of Living-Constitution Theory for a Retrospective on the Rehnquist Court*, in *Saint Louis University Law Journal*, 2003, 737 ss.
- CLINTON, R.L., *Game Theory, Legal History, and the Origins of Judicial Review. A Revisionist Analysis of Marbury v. Madison*, in *American Journal of Political Science*, 1994, 285 ss.
- CLINTON, R.L., *Marbury v. Madison and Judicial Review*, 1989, Lawrence, University Press of Kansas,
- CLINTON, R.N., *Original Understanding, Legal Realism, And The Interpretation Of 'This Constitution'*, in *Iowa Law Review*, 1987, 1177 ss.
- COHEN, F.S., *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in *Columbia Law Review*, 1935, 809 ss.
- COLBY, T.B., SMITH, P.J., *The Return of Lochner*, in *Cornell Law Review*, 2015, 527 ss.
- COLBY, T.B., *The Sacrifice of the New Originalism*, in *Georgetown Journal of Law*, 2011, 713 ss.
- COLEMAN, J.L., LEITER, B., *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 549 ss.
- COLSTON, H.L., *"Dewey defeats Truman". Interpreting Ironic Restatement*, in *Journal of Language and Social Psychology*, 2000, 46 ss.
- COMISKEY, M., *The Senate Confirmation Process and the Quality of U.S. Supreme Court Justices*, in *Polity*, 2006, 295 ss.

- CONKLIN, M., *Abandon Hope of Objective Constitutional Interpretation All Ye Who Enter Here. Chemerinsky's Expansive New View of Constitutional Interpretation*, in *Houston Law Review. Off the Records*, 2019, 1 ss.
- COOK, A.E., *The Temptation and Fall of Original Understanding*, in *Duke Law Journal*, 1990, 1163 ss.
- COOLEY, T.M., *A Treatise on The Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, IV ed., Boston, Little, Brown and Company, 1878
- COPLAN, K.S., *Legal Realism, Innate Morality, And The Structural Role Of The Supreme Court In The U.S. Constitutional Democracy*, in *Tulane Law Review*, 2011, 181 ss.
- CORNELL, S., *New Originalism. A Constitutional Scam*, in *Dissent*, 3/5/2011
- CORWIN, E.S., *Constitution V. Constitutional Theory*, in *The American Political Science Review*, 1925, 290 ss.
- CORWIN, E.S., *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 1914, 538 ss.
- CORWIN, E.S., *Moratorium over Minnesota*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, 311 ss.
- COVER, R.M., *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, in *Yale Law Journal*, 1982, 1287 ss.
- CROSS, F.B., *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, in *Cornell Law Review*, 2000, 1529 ss.
- CROSS, F.B., LINDQUIST, S.A., *The Scientific Study of Judicial Activism*, in *Minnesota Law Review*, 2007, 1752
- CROSS, F.B., *Originalism – The Forgotten Years*, in *Constitutional Commentary*, 2012, 37 ss.
- CROSS, F.B., *The Failed Promise of Originalism*, Stanford, Stanford University Press, 2013
- CROSS, F.B., *The Justices of Strategy*, in *Duke Law Journal*, 1998, 511 ss.
- CROSSKEY, W.W., *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Chicago, Chicago University Press, 1953
- CRUTCHFIELD, J.A., MOUTLON, C., DEL BENE, T., *The Settlement of America An Encyclopedia of Westward Expansion from Jamestown to the Closing of the Frontier*, New York, Routledge, 2015
- CURRIE, D.P., *The Constitution in Congress. Democrats and Whigs, 1829-1861*, Chicago-London, University of Chicago Press, 2005
- DAHL, R., *Decision-Making in a Democracy. The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 1957, 279 ss.
- DALLA, D., LAMBERTINI, R., *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Torino, Giappichelli, 2006
- DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press, 1980
- DAVIS, M.H., *The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel, and the U. S. Supreme Court*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 1/1986, 45 ss.
- DAWSON, J.P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968
- DAWSON, M., DE WITTE, B., MUIR, E., (a cura di), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2013
- DE VOGUE, A., *Justice Ginsburg Speaks about Gender Equality*, in *Abc News*, 18 Nov. 2011, <https://abcnews.go.com/blogs/politics/2011/11/justice-ginsburg-speaks-about-gender-equality/>
- DENNING, B.P., *Common Law Constitutional Interpretation. A Critique*, in *Constitutional Commentary*, 2011, 621 ss.
- DENNING, B.P., *Means to Amend. Theories of Constitutional Change*, in *Tennessee Law Review*, 1997, 155 ss.
- DI GIOVINE, A., *Gli Stati Uniti*, in DI GIOVINE, A., ALGOSTINO, A., LONGO, F., MASTROMARINO, A., *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, Le Monnier, 2017, 380 ss.
- DOBRANSKI, B., *Remembering Judge Bork*, in *Ave Maria Law Review*, 2013, 207 ss.
- DOUGLAS, D.M., *The Rhetorical Uses of Marbury V. Madison. The Emergence of a Great Case*, in *Wake Forest Law Review*, 2003, 375 ss.
- DOUGLASS, F., *The Frederick Douglass Papers. Series One. Speeches, Debates, and Interviews*, vol. III, New Haven, Yale University Press, 1985
- DOUVEN, I., *Abduction*, in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/abduction/>
- DRY, M., *Federalism and the Constitution. The Founders' Design and Contemporary Constitutional Law*, in *Constitutional commentary*, 1987, 233 ss.

- DUNCAN, R.F., *Justice Scalia And The Rule Of Law. Originalism Vs. The Living Constitution*, in *Regent University Law Review*, 2016, 9 ss.
- DUXBURY, N., *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1995
- DWORKIN, R., *Bork's Jurisprudence*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, 657 ss.
- DWORKIN, R., *Comment*, in SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1997, 115 ss.
- DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading Of The American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996
- DWORKIN, R., *From Bork to Kennedy*, in *New York Review of Books*, 17 dicembre 1987, 36 ss.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA)-London, Harvard University Press, 2011
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Oxford-Portland, Hart, 1986
- DWORKIN, R., *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1996, 85 ss.
- DWORKIN, R., *Religion Without God*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2013
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977
- DWORKIN, R., *The Arduous Virtue of Fidelity. Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1249 ss.
- DWORKIN, R., *The Bork Nomination*, in *Cardozo Law Review*, 1987, 101 ss.
- DWORKIN, R., *The Forum of Principle*, in *New York University Law Review*, 1981, 469 ss.
- DWORKIN, R., *The Model of Rules I* (1967), in DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, 14 ss.
- EASTERBROOK, F.H., *Abstraction and Authority*, in *University of Chicago law Review*, 1992, 349 ss.
- EASTERBROOK, F.H., *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, in *University of Colorado Law Review*, 2002, 1401 ss.
- EASTERBROOK, F.H., *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1998, 59 ss.
- EHRlich, W., voce *Scott v. Sandford*, in HALL, K.L., ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 889
- EHRlich, W., voce *Scott v. Sandford*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion to The Supreme Court of the United States*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, 887 ss.
- EISGRUBER, C., *Dred Again. Originalism's Forgotten Past*, in *Constitutional Commentary*, 1993, 37 ss.
- EKINS, R., GEE, G., *Miller, Constitutional Realism and the Politics of Brexit*, in M. ELLIOTT, J. WILLIAMS, A. YOUNG (a cura di), *The UK Constitution After Miller. Brexit and Beyond*, 2018, 245 ss.
- ELLIOT, J., *The Debates in the Several State Conventions on The Adoption of the Federal Constitution as Recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, II ed., vol. III, Washington, 1836
- ELLIOTT, W.E.Y., voce *Gerrymandering*, in HALL, K.L., ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 388 ss.
- ELY JR., J., *Economic Due Process Revisited*, in *Vanderbilt Law Review*, 1991, 213 ss.
- ELY, J.H., *Constitutional Interpretivism. Its Allure and Impossibility*, in *Indiana Law Journal*, 1977, 399 ss.
- ELY, J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA)-London, Harvard University Press, 1980
- ELY, J.H., *The Wages of Crying Wolf. A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 1973, 920 ss.
- EPSTEIN, L., KNIGHT, J., *The Choices Justices Make*, Washington, CQ Press, 1998
- EPSTEIN, L., LINDSTÄDT, R., SEGALL, J., WESTERLAND, C., *The Changing Dynamics of Senate Voting on Supreme Court Nominees*, in *Journal of Politics*, 2006, 296 ss.
- EPSTEIN, R.A., *Common Law, Labor Law, and Reality. A Rejoinder to Professors Getman and Kohler*, in *The Yale Law Journal*, 1983, 1435 ss.
- EPSTEIN, R.A., *Takings. Private Propriety and the Power of Eminent Domain*, Cambridge (MA) Harvard University Press, 1985
- EVANS, Z., *Senator Ed Markey Slams Judicial 'Originalism' as 'Racist,' 'Sexist,' and 'Homophobic'*, in *National Review*, 26/10/2020

- FALLON, R.H., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 1987, 1189 ss.
- FALLON, R.H., *Stare Decisis and the Constitution. An Essay on Constitutional Methodology*, in *New York University Law Review*, 2001, 570 ss.
- FALLONE, E.A., *Charters, Compacts, and Tea Parties. The Decline and Resurrection of a Delegation View of the Constitution*, in *Wake Forest Law Review*, 2010, 1067 ss.
- FARBER, D.A., SHERRY, S., *A History of the American Constitution*, Saint Paul, West, 2014, 374
- FARBER, D.A., *The Inevitability of Practical Reason. Statutes, Formalism, and the Rule of Law*, in *Vanderbilt Law Review*, 1992, 533 ss.
- FINKELMAN, P., *The Founders and Slavery. Little Ventured, Little Gained*, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2001, 413 ss.
- FISH, M.J., *An Eye for an Eye. Proportionality as a Moral Principle of Punishment*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, 57 ss.
- FLEMING, J.E., *Are We All Originalists Now? I Hope Not!*, in *Texas Law Review*, 2013, 1785 ss.
- FLEMING, J.E., *Fidelity To Our Imperfect Constitution. For Moral Readings And Against Originalisms*, Oxford, Oxford University Press, 2015
- FRANK, J., *Law and The Modern Mind* (1930), New York, Anchor Books, 1963
- FREUD, S., *Entwurf einer Psychologie* (1895), in S. FREUD, *Aus den Anfängen der Psychoanalyse. Briefe an Wilhelm Fließ Abhandlungen und Notizen aus den Jahren*, Frankfurt am Main, Fischer, 1950
- FRIEDMAN, B., *The Wages of Stealth Overruling (with Particular Attention to Miranda v. Arizona)*, in *Georgetown Law Journal*, 2010, 1 ss.
- GADAMER, H.-G., *Truth and Method* (1960), London, Continuum International, 1975
- GALLIE, W.B., *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1955-1956, 167 ss.
- GAMBARO, A., SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996
- GARDNER, J., *Legal Positivism. 5½ Myths*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2001, 199 ss.
- GARMENT, S., *The War Against Robert H. Bork*, in *Commentary*, gennaio 1988, 17 ss.
- GARNFINKEL, P., *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016
- GEDICKS, F.M., *It's a Wonderful Originalism! Lawrence Solum and the Thesis of Immaculate Recovery*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, n. 3/2017, 653 ss.
- GIBSON, J.L., CALDEIRA, G.A., *Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?*, in *Law & society Review*, 2011, 195 ss.
- GILHOOLEY, S., *Amy Coney Barrett's Philosophy Has Far Worse Roots than Most Americans Know*, in *The Washinton Post*, 26 ottobre 2020
- GILLMAN, H., *De-lochnerizing Lochner*, in *Boston University Law Review*, 2005, 859 ss.
- GILLMAN, H., *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the "Living Constitution" in the Course of American State-Building*, in *Studies in American Political Development*, 1997, 191 ss.
- GILMAN, F., *The Famous Footnote Four. A History of the Carolene Products Footnote*, in *South Texas Law Review*, 2004, 163 ss.
- GITENSTEIN, M., *Matters of Principle. An Insider's Account of America's Rejection of Robert Bork's Nomination to the Supreme Court*, New York, Simon & Schuster, 1992
- GOLDBERG, D.S., *I Do Not Think It Means What you Think it Means. How Kripke and Wittgenstein's Analysis on Rule following Undermines Justice Scalia's Textualism and Originalism*, in *Cleveland State Law Review*, 2006, 273 ss.
- GOLDFORD, D.J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005
- GOLDSTEIN, J.K., *History and Constitutional Interpretation: Some Lessons from the Vice Presidency*, in *Arkansas Law Review*, 2016, 647 ss.
- GOLDSWORTHY, J., *Constitutional Interpretation. Originalism*, in *Philosophy Compass*, 2009, 682 ss.
- GOLDSWORTHY, J., *Dworkin as an Originalist*, in *Constitutional Commentary*, 2000, 49 ss.
- GORSUCH, N.M., *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2016, 905 ss.

- GORSUCH, N.M., *The Legalization of Assisted Suicide and the Law of Unintended Consequences. A Review of the Dutch and Oregon Experiments and Leading Utilitarian Arguments for Legal Change*, in *Wisconsin Law Review*, 2005, 1347 ss.
- GORSUCH, N.M., *The Right to Assisted Suicide and Euthanasia*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 599 ss.
- GORSUCH, N.M., *Why Originalism Is the Best Approach to the Constitution*, *Time* (Sept. 6, 2019) <https://time.com/5670400/justice-neil-gorsuch-why-originalism-is-the-best-approach-to-the-constitution>
- GRABER, M., *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, New York, Cambridge University Press, 2006
- GRAGLIA, L.A., *A Restrained Plea for Judicial Restraint*, in *Constitutional Commentary*, 2014, 211 ss.
- GRAGLIA, L.A., *It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 293 ss.
- GRAGLIA, L.A., *Judicial review on the Basis of "Regime Principles." A prescription for Government by Judges*, in *South Texan Law Journal*, 1985, 435 ss.
- GREEN, C., *An Intellectual History of Judicial Activism*, in *Emory Law Journal*, 2008, 1195 ss.
- GREEN, C.R., *"This Constitution": Constitutional Indexicals As A Basis For Textualist Semi-Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 2009, 1607 ss.
- GREEN, C.R., *Originalism and the Sense-Reference Distinction*, in *Saint Louis University Law Journal*, 2006, 555 ss.
- GREEN, J.M., *Your Past and the Press! Controversial Presidential Appointments. a Study Focusing on the Impact of Interest Groups and Media Activity on the Appointment Process*, Dallas, University Press of America, 2004
- GREEN, L., THOMAS, A., voce *Legal Positivism*, in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2019 Edition, <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>>
- GREENBERG, E., *Dred Scott and the Dangers of a Political Court*, Lanham (MD), Lexington Books, 2010
- GREENE, J., *Rule Originalism*, in *Columbia Law Review*, 2016, 1639 ss.
- GREENE, J., *The Anticanon*, in *Harvard Law Review*, 2011, 243 ss.
- GREENE, J., *The Case for Original Intent*, in *George Washington Law Review*, 2012, 1683 ss.
- GREY, T.C., *Do We Have an Unwritten Constitution?*, in *Stanford Law Review*, 1975, 703 ss.
- GREY, T.C., *Langdell's Orthodoxy*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1983, 1 ss.
- GRIFFIN, S.M., *Rebooting Originalism*, in *University of Illinois Law Review*, 2008, 1185 ss.
- GROSSMAN, J.B., *The Roots of Rootless Activism*, in *American Bar Foundation Research Journal*, 1985, 147 ss.
- GROVER, S.C., *Judicial Activism and the Democratic Rule of Law. Selected Case Studies*, Cham, Springer, 2020
- GUASTINI, R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, n. 2/2007, 1373 ss.
- GULIUZZA III, F., REAGAN, F., BARRETT, D.M., *Character, Competency, and Constitutionalism. Did the Bork Nomination Represent a Fundamental Shift in Confirmation Criteria?*, in *Marquette Law Review*, 1992, 409 ss.
- HAMILTON, A., *Opinion on the Constitutionality of an Act to Establish a Bank*, in CYRETTE, H.C., (a cura di), *The Papers of Alexander Hamilton*, New York, Columbia University Press, 1965, 83 ss.
- HAMILTON, W.H., *The Constitution—Apropos of Crosskey*, in *University of Chicago Law Review*, 1953, 79 ss.
- HARMAN, G.H., *The Inference to the Best Explanation*, in *Philosophical Review*, 1965, 88 ss.
- HART JR., H.M., SACKS, A.M., *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, Foundation Press, 1994
- HART, H.L.A., *American Jurisprudence through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream*, in HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, 123 ss.
- HART, H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, 593 ss.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law* (1961), Oxford, Clarendon Press, 2012

- HEALE, M.J., *Contemporary America. Power, Dependency and Globalization since 1980*, Malden, Wiley-Blackwell, 2011
- HELLMAN, A.D., *Judicial Activism. The Good, the Bad, and the Ugly*, in *Mississippi College Law Review*, 2002, 253 ss.
- HELMHOLZ, R.H., *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, in *Journal of legal analysis*, 2009, 325 ss.
- HENNIS, W., *The Meaning of 'Wertfreiheit'. On the Background and Motives of Max Weber's "Postulate,"* in *Sociological Theory*, 1994, 113 ss.
- HIRSCHL, R., *The Judicialization of Politics*, in GOODIN, R.E. (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Science*, 2011, 253 ss.
- HO, D.E., *Dodging a Bullet. McDonald v. City of Chicago and the Limits of Progressive Originalism*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2010, 369 ss.
- HO, D.E., QUINN, K.M., *Did a Switch in Time Save Nine?*, in *Journal of Legal Analysis*, 2010, 69 ss.
- HOLLAND, K.M. (a cura di), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York, St. Martin's Press, 1991
- HOLMES, O.W., *Privilege, Malice and Intent*, in *Harvard Law Review*, 1894, 1 ss.
- HORWITZ, M.J., *Foreword. The Constitution of Change Legal Fundamentality without Fundamentalism*, in *Harvard Law Review*, 1993, 30 ss.
- HORWITZ, M.J., *In What Sense was the Warren Court Progressive?*, in *Widener Law Symposium Journal*, 1999, 95 ss.
- HORWITZ, M.J., *The Bork Nomination in American Constitutional History*, in *Syracuse Law Review* 1988, 1029 ss.
- HORWITZ, M.J., *The Jurisprudence of Brown and the Dilemmas of Liberalism*, in *Harvard Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, 1979, 599 ss.
- HORWITZ, M.J., *The Meaning of the Bork Nomination in American Constitutional History*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1989, 655 ss.
- HORWITZ, M.J., *The Rise of Legal Formalism*, in *American Journal of Legal History*, 1975, 251 ss.
- HORWITZ, M.J., *The Transformation of American Law. 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992
- HORWITZ, M.J., *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, in *Washington and Lee Law Review*, 1993, 5 ss.
- HORWITZ, P., *The Past, Tense. The History of Crisis – And the Crisis of History – in Constitutional Theory*, in *Albany Law Review*, 1998, 459 ss.
- HOWARD, R.M., SEGAL, J.A., *An Original Look at Originalism*, in *Law & Society Review*, n. 1/2002, 113 ss.
- HUTCHINSON, D.J., voce *Brown v. Board of Education*, in HALL, K.L., ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 111 ss
- JACKSON, V.C. *Comparative Constitutional Law, Legal Realism, And Empirical Legal Science*, in *Boston University Law Review*, 2016, 1359 ss.
- JACOBSON, G., *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*, Totowa, Rowman & Littlefield, 1986
- JAFFE, L.L., *English And American Judges As Lawmakers*, Oxford, Clarendon Press, 1969
- JEREMY TELMAN, D.A., *All That Is Liquidated Melts into Air. Five Meta-Interpretive Issues*, in *Barry Law Review*, 2019, 1 ss.
- JOHNSON, H.A. voce *Marbury v. Madison*, in HALL, K.L., ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 605 ss.
- JONES, G., *Proper Judicial Activism*, in *Regent University Law Review*, 2001, 141 ss.
- KAGAN, E., *Confirmation Messes, Old and New*, in *University of Chicago Law Review*, 1995, 919 ss.
- KAMMEN, M., *"A Vehicle of Life". The Founders' Intentions and American Perceptions of Their Living Constitution*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1987, 325 ss.
- KAMMEN, M., *A Machine That Would Go Of Itself. The Constitution in American Culture*, New York, Alfred A. Knopf, 1986

- KAPLAN, D., *Demonstratives. An Essay on the Semantics, Logic, Metaphysics, and Epistemology of Demonstratives and Other Indexicals*, in J. ALMOG, J. PERRY, H. WETTSTEIN (a cura di), *Themes From Kaplan*, Oxford, Oxford University Press, 1989, 481 ss.
- KARLAN, P., *Constitutional Law as Trademark*, in *University of California Davis Law Review*, 2009, 385 ss.
- KARST, K.L., HOROWITZ, H.W., *Reitman v. Mulkey. A Telophase of Substantive Equal Protection*, in *The Supreme Court Review*, 1967, 39 ss.
- KAY, R.S., *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication. Three Objections and Responses*, in *Northwestern University Law Review*, 1988, 226 ss.
- KAY, R.S., *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, 703 ss.
- KAY, R.S., recensione a *Government By Judiciary*, in *Connecticut Law Review*, 1978, 801 ss.
- KECK, T., *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism*, Chicago, Chicago University Press, 2004
- KEGEL, G., *Fundamental Approaches*, Tubingen-Boston, Mohr-Dordrecht, 1986
- KENS, P., *Lochner v. New York. Rehabilitated and Revised, but Still Reviled*, in *Journal of Supreme Court History*, 1995, 31 ss.
- KENS, P., voce *Lochner v. New York*, in HALL, K.L., ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 588 ss.
- KERSCH, K., *The Curious Case of William Winslow Crosskey*, in *Legal History Blog*, 14 luglio 2011
- KMIEC, K.D., *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, in *California Law Review*, 2004, 1441 ss.
- KNOWLES, R., *Balance of Forces and the Empire of Liberty. States' Rights and the Louisiana Purchase*, in *Iowa Law Review*, 2003, 343 ss.
- KOPPELMAN, A., *Phony Originalism and the Establishment Clause*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, 727 ss.
- KRAMER, L., *Two (More) Problems with Originalism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2008, 907 ss.
- KRESS, K., *Legal Indeterminacy*, in *California Law Review*, 1989, 283 ss.
- KURLAND, P.B., *Brown v. Board of Education was the Beginning. The School Desegregation Cases in the United States Supreme Court: 1954-1979*, in *Washington University Law Quarterly*, 1979, 309 ss.
- LAMBERTINI, R., *Avviamento allo studio del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2015
- LANGDELL, C.C., *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, Little, Brown and Company, 1871
- LANGDELL, C.C., *A Summary of the Law of Contracts*, II. ed., Boston, Little Brown, 1880
- LAWSON, G.S., *Confronting Crawford. Justice Scalia, the Judicial Method, and the Adjudicative Limits of Originalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2017, 2265 ss.
- LAWSON, G.S., GRANGER, P.B., *The Proper Scope of Federal Power. A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, in *Duke Law Journal*, 1993, 267 ss.
- LAWSON, G.S., MOORE, C.D., *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, in *Iowa Law Review*, 1996, 1267 ss.
- LAWSON, G.S., *On Reading Recipes... and Constitutions*, in *Georgetown Law Journal*, 1997, 1823 ss.
- LAWSON, G.S., *Proving the Law*, in *Northwestern University Law Review*, 1992, 859 ss.
- LAWSON, G.S., *Reflections of an Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, in *Boston University Law Review*, 2016, 1457 ss.
- LAWSON, G.S., SEIDMAN, G., *Originalism as a Legal Enterprise*, in *Constitutional Commentary*, 2006, 47 ss.
- LAWSON, G.S., *Stare Decisis and Constitutional Meaning*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1994, 23 ss.
- LAWSON, G.S., *Territorial Governments and the Limits of Formalism*, in *California Law Review*, 1990, 853 ss.
- LAWSON, G.S., *The Rise and Rise of the Administrative State*, in *Harvard Law Review*, 1994, 1231 ss.
- LAZARUS, E., *Closed Chambers. The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, New York, Penguin Books 1999

- LEITER, B., *20 Most-Cited Constitutional Law Scholars in the U.S. for the period 2013-2017* (corrected and updated 8/21), in *Brian Leiter's Law School Reports*, 21 agosto 2018, <https://leiterlawschool.typepad.com/leiter/2018/08/20-most-cited-constitutional-law-scholars-in-the-us-for-the-period-2013-2017.html>
- LEITER, B., *Can Bush Be (Constitutionally) Impeached?*, in *Leiter Reports. A Philosophy Blog*, 20 giugno 2005, https://leiterreports.typepad.com/blog/2005/06/can_bush_be_con_1.html
- LEITER, B., *Legal Indeterminacy*, in *Legal Theory*, 1995
- LEITER, B., *Originalism Redux*, in *Leiter Reports. A Philosophy Blog*, 29 giugno 2005, https://leiterreports.typepad.com/blog/2005/06/originalism_red.html
- LEITER, B., *Rethinking Legal Realism. Toward a Naturalized Jurisprudence*, in *Texas Law Review*, 1997, 167 ss., ora in LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 15 ss.
- LERMACK, P., *The Constitution Is the Social Contract So It Must Be a Contract ... Right? A Critique of Originalism as Interpretive Method*, in *William Mitchell Law Review*, 2007, 1402 ss.
- LEUCHTENBURG, W.E., *The Supreme Court Reborn. The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York, Oxford University Press, 1996
- LEVINE, S.L., *The Constitution as Poetry*, in *Seton Hall Law Review*, 2019, 737 ss.
- LEVINSON, S., *Limited Relevance of Originalism in the Actual Performance of Legal Roles*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 495 ss.
- LEVINSON, S., *Wrong But Legal?*, in *Nation*, 1983, 250 ss.
- LEVY, K., *The Problems With Originalism*, in *New York Times*, 23/10/2017)
- LEVY, L.W., *Legacy of Suppression*, Cambridge (MA), Belnap, 1960
- LEVY, R., GLICKSMAN, R., *Judicial Activism and Restraint in the Supreme Court's Environmental Law Decisions*, in *Vanderbilt Law Review*, 1989, 343 ss.
- LIEBER, F., *Legal and Political Hermeneutics*, Boston, Little Brown, 1839
- LLEWELLYN, K.N., *A Realistic Jurisprudence. The Next Step*, in *Columbia Law Review*, 1930, 431 ss.
- LLEWELLYN, K.N., *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, in *Vanderbilt Law Review*, 1950, 395 ss.
- LLEWELLYN, K.N., *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston, Little Brown, 1960
- LLEWELLYN, K.N., *What Price Contract? – An Essay in Perspective*, in *Yale Law Journal*, 1931, 704
- LONDON JOSET, J., *May It Please the Constitution. Judicial Activism and Its Effect on Criminal Procedure*, in *Marquette Law Review*, 1996, 1021 ss.
- MACEY, J.R., *Originalism As an “ISM”*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 301 ss.
- MACHEN JR., A.W., *The Elasticity of the Constitution*, in *Harvard Law Review*, 1900, 200 ss.
- MACKIE, J., *The Third Theory of Law*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 3 ss.
- MADISON, J., *Letters and Other Writing of James Madison*, Philadelphia, Lippincot & Co., 1865
- MALTZ, E., *Foreword. The Appeal of Originalism*, in *Utah Law Review*, 1987, 773 ss.
- MARION, D.E., *Judicial Faithfulness or Wandering Indulgence – Original Intentions and the History of Marbury v. Madison*, in *Alabama Law Review*, 2006, 1041 ss.
- MARMOR, A., SARCH, A., *The Nature of Law*, in ZALTA, E.N., (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>
- MARSHALL, E., *Bread and Filth Cooked Together*, in *New York Press*, 30 settembre 1894
- MARSHALL, J., *A Friend of the Constitution*, in *Alexandria Gazette*, 2 luglio 1819, in GUNTHER, G., (a cura di), *John Marshall's Defense of McCulloch V. Maryland*, Stanford, Stanford University Press, 1969
- MASON, A.T., *Judicial Activism. Old and New*, in *Virginia Law Review*, 1969, 385 ss.
- MAYER, D., *The Myth of Laissez-faire Constitutionalism. Liberty of Contract During the Lochner Era*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2019, 217 ss.
- MCCANN, M.W., voce *Griswold v. Connecticut*, in HALL, K.L., ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 408 ss.
- MCCARTHY, T., *Amy Coney Barrett is a Constitutional ‘Originalist’ – But What Does it Mean?*, in *The Guardian*, 27/10/2020
- MCCONNELL, M.W., *A Moral Realist Defense of Constitutional Democracy*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1988, 89 ss.
- MCCONNELL, M.W., *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 1995, 1140 ss.

- MCDONALD, F., *Foreword*, in R. BERGER, *Government By Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis, Liberty Found, 1997, xv ss.
- MCDOWELL, G.L., *The Constitution and Contemporary Constitutional Theory*, Cumberland, Center for Judicial Studies, 1985
- MCDOWELL, G.L., voce *Reagan, Ronald*, in HALL, K.L, ELY JR., J., GROSSMAN, J., (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 2005, 825 ss.
- MCDOWELL, G.L., *Were the Anti-Federalists Right? Judicial Activism and the Problem of Consolidated Government*, in *Publius*, 1982, 99 ss.
- MCGINNIS, J.O., RAPPAPORT, M.B., *Original Methods Originalism. A New Theory of Interpretation and the Case against Construction*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, 751 ss.
- MCGRATH, S., *Relax? Don't Do It! Why Moral Realism Won't Come Cheap*, in R. SHAFER-LANDAU (a cura di), *Oxford Studies in Metaethics*, vol. IX, 2014, 186 ss.
- MEESE III, E., *Construing the Constitution*, in *U.C. Davis Law Review*, 1985, 22 ss.
- MEESE III, E., *The Supreme Court of the United States. Bulwark of a Limited Constitution*, in *South Texas Law Review*, 1986, 455 ss.
- MEESE III, E., *Toward a Jurisprudence of Original Intent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1988, 5 ss.
- MICHAELS, W.B., *A Defense of Old Originalism*, in *Western New England Law Review*, 2009, 21
- MICHEL, J.-B., KUI SHEN, Y., PRESSER AIDEN, A., VERES, A., GRAY, M.K., BROCKMAN, W., THE GOOGLE BOOKS TEAM, PICKETT, J.P., HOIBERG, D., CLANCY, D. NORVIG, P., ORWANT, J., PINKER, S., NOWAK, M.A., LIEBERMAN AIDEN, E., *Quantitative Analysis of Culture Using Millions of Digitized Books*, in *Science*, n. 331/2010, <http://books.google.com/ngrams>
- MICHELMAN, F.I., *Politics as Medicine. On Misdiagnosing Legal Scholarship*, in *Yale Law Journal*, 1981, 1224 ss.
- MONAGHAN, H.P., *The Constitution Goes to Harvard*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1978, 117 ss.
- MONAGHAN, H.P., *We the People[s], Original Understanding, and Constitutional Amendment*, in *Columbia Law Review*, 1996, 121 ss.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1777), Paris, Dalibon, 1823
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix* (1777), libro XI, Parigi, Firmin Didote Freres, 1862
- MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois* (1777), tradotto da A.M. Cohler, B.C. Miller, H.S. Stone, *The Spirit of Laws*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989
- MOORE, M., *The Written Constitution and Interpretivism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1989, 3 ss.
- MOORE, U., HOPE, T.S., *An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking*, in *Yale Law Journal*, 1929, 703 ss.
- MOOTZ III, F.J., *Getting Over the Originalist Fixation*, in B.G. SLOCUM, *The Nature of Legal Interpretation. What Jurists Can Learn about Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2017, 156 ss.
- MORISON, S.E., *The Oxford History of the American People*, New York, Oxford University Press, 1965
- MORRISON, T., *Lamenting Lochner 's Loss. Randy Barnett's Case for a Libertarian Constitution*, in *Cornell Law Review*, 2005, 839 ss.
- NIETZSCHE, F., *Ecce Homo. How to become what you are & The Antichrist. A Curse on Christianity*, trad. Di T. Wayne, Arlingont, Agathon Press, 2004
- NOLAN, D.R., *Sir William Blackstone and the New American Republic. A Study of Intellectual Impact*, in *New York University Law Review*, 1976, 731 ss.
- NOURSE, V., *Reclaiming the Constitutional Text from Originalism. The Case of Executive Power*, in *California Law Review*, 2018, 1 ss.
- O'NEILL, J., *Raoul Berger and the Restoration of Originalism*, in *Northwestern University Law Review*, 2001, 253 ss.
- O'NEILL, J., *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005
- O'SCANNLAIN, D., *On Judicial Activism*, Feb. 29, 2004, <https://open-spaces.com/articles/on-judicial-activism/>

- OGUNDELE, A., CAMP KEITH, L., *Reexamining the Impact of the Bork Nomination to the Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, 1999, 403 ss.
- OLIPHANT, H., *A Return to Stare Decisis*, in *American Bar Association Journal*, 1928, 159 ss.
- OObUYCK, P., *Wittgenstein and the Shift from Noncognitivism to Cognitivism in Ethics*, in *Metaphilosophy*, 2005, 381 ss.
- PALMER, M.S.R., *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution. Lessons from an Unwritten Constitution*, in *American Journal of Comparative Law*, 2006, 587 ss.
- PATTERSON, D.M., *Interpretation in Law – Toward a Reconstruction of the Current Debate*, in *Villanova Law Review*, 1984, 671 ss.
- PAULSEN, M.S., CALABRESI, S., MCCONNELL, M.W., BRAY, S., BAUDE, W., *The Constitution of the United States*, III ed., St. Paul, Foundation Press, 2016
- PEABODY, B., *Legislating from the Bench. A Definition and a Defense*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2007, 185 ss.
- PENGELLY, M., LUSCOMBE, R., *Trump says overturning Roe v Wade 'possible' with Barrett on Supreme Court*, in *The Guardian*, 28 settembre 2020, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/sep/27/trump-amy-coney-barrett-supreme-court-roe-v-wade>.
- PEREIRA COUTINHO, L., LA TORRE, M., SMITH, S.D., (a cura di), *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham-New York, Springer, 2015
- PERRY, M.J., *Morality, Politics, And Law*, New York, Oxford University Press, 1988
- PERRY, M.J., recensione *Government by Judiciary*, in *Columbia Law Review*, 1978, 685 ss.
- PETERSEN, N., *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2017
- POSNER, R.A., *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, in *Case Western Reserve Law Review*, 1986, 179 ss.
- POST, R., SIEGEL, R., *Originalism as a Political Practice. The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Review*, 2006, 545 ss.
- POWELL, H.J., *The Original Understanding of Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 1985, 885 ss.
- PRAKASH, S., *A Fool for the Original Constitution*, in *Harvard Law Review Forum*, 2016, 24 ss.
- PRIMUS, R., *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, in *Duke Law Journal*, 1998, 243 ss.
- PRIMUS, R., *Limits of Interpretivism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2009, 159 ss.
- PROL, T., *'Originalism' Is Not Really a Thing; Let's Stop Pretending It Is*, in *New Jersey Law Journal*, 23/20/2020
- PULLIMAN, M., *The Original Originalist. Thirty years after Robert Bork was denied a seat on the Supreme Court, his formidable legacy lives on*, in *City Journal*, 2018, <https://www.city-journal.org/html/robert-bork-16039.html>
- QUINE, W.V.O., *On What There Is*, in *REVIEW METAPHYSICS*, 1948, ora in QUINE, W.V.O., *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, II. ed., New York, Harper & Row, 1963, 1 ss.
- R.H. BORK, *Styles in Constitutional Theory*, in *South Texas Law Journal*, 1985, 383 ss.
- RADBRUCH, G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, n. 1/1946, 105 ss.
- RADIN, M., *Statutory Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 1930, 863 ss.
- RAKOVE, J.N., *Fidelity Trough History (or Do It)*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1587 ss.
- RAND, A., *Introduction to Objectivist Epistemology*, New York, New American Library, 1990
- RAPPAPORT, M.B., *Crosskey, Modern Originalism, and the Meese Justice Department*, in *The Originalism Blog*, 18 luglio 2011, <https://originalismblog.typepad.com/the-originalism-blog/2011/07/crosskey-and-modern-originalismmike-rappaport.html>
- RAWLE, W., *A View of the Constitution of the United States*, Philadelphia, H.C. Carey and I. Lea, 1825
- REAGAN, R., *Public Papers of the Presidents of the United States. Ronald Reagan (1988)*, vol. I, Washington, 1990
- REDISH, M., ARNOULD, M., *Judicial Review, Constitutional Interpretation, and the Democratic Dilemma. Proposing a "Controlled Activism" Alternative*, in *Florida Law Review*, 2012, 1485 ss.
- REHNQUIST, W., *The Supreme Court. How It Was, How It Is*, New York, Morrow, 1987
- REHNQUIST, W.H., *The Notion of a Living Constitution*, in *Texas Law Review*, 1976, 693 ss.

- REHNQUIST, W.H., *The Supreme Court. Past and Present*, in *American Bar Association Journal*, 1973, 361 ss.
- REINHARDT, S., *The Anatomy of An Execution. Fairness vs. Process*, in *New York University Law Review*, 1999, 313 ss.
- ROBERTS, D.E., *The Meaning of Blacks' Fidelity to the Constitution*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1761 ss.
- ROGERS, J.R., VANBERG, G., *Resurrecting Lochner. A Defense of Unprincipled Judicial Activism*, in *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 2007, 442 ss.
- ROSATI, C.S., *Constitutional Realism*, in D. PLUNKETT, S.J. SHAPIRO, K. TOH (a cura di) *Dimensions of Normativity. New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 393 ss.
- ROSATI, C.S., *The Moral Reading of Constitutions*, in W. WALUCHOW, S. SCIARAFFA (a cura di), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 323 ss.
- ROSE, W.H., *Marbury v. Madison. How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution*, in *Political Science and Politics*, n. 2/2003, 209 ss.
- ROSEN, J., *Originalist Sin. The Achievement of Antonin Scalia, and its Intellectual Incoherence*, in *The New Republic*, 5 maggio 1997, 26 ss.
- ROSENTHAL, L., *Originalism in Practice*, in *Indiana Law Journal*, 2012, 1183 ss.
- SAAD, L., *Americans' Abortion Views Steady in Past Year*, in *Gallup*, 29 giugno 2020, <https://news.gallup.com/poll/313094/americans-abortion-views-steady-past-year.aspx>
- SAMAH, A.M., *Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 2008, 606 ss.
- SAPHIRE, R.B., *Judicial Review in the Name of the Constitution*, in *University of Dayton Law Review*, 1983, 745 ss.
- SCALIA, A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1997
- SCALIA, A., *Address Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties (June 14, 1986)*, in AA.VV., *Original Meaning Jurisprudence. A Sourcebook*, Washington (DC), U.S. Department of Justice. Office of Legal Policy, 12 marzo 1987, 101 ss.
- SCALIA, A., *Common-Law Courts in a Civil-Law System. The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in SCALIA, A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1997
- SCALIA, A., GARNER, B.A., *Reading the Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson-West, 2012
- SCALIA, A., *Originalism. The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1989, 849 ss.
- SCHAUER, F., *Defining Originalism*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1996, 343 ss.
- SCHAUER, F., *Easy Cases*, in *Southern California Law Review*, 1985, 399 ss.
- SCHAUER, F., *Formalism*, in *Yale Law Journal*, 1988, 509 ss.
- SCHAUER, F., *Legal Realism Untamed*, in *Texas Law Review*, 2013, 749 ss.
- SCHLESINGER, A.M., *The Supreme Court: 1947*, in *Fortune*, gennaio 1947, 74 ss.
- SCHWEBER, H., *Lochner v. New York and the Challenge of Legal Historiography*, in *Law & Social Inquiry*, n. 1/2014, 242 ss.
- SEGALL, E.J., *Originalism Off The Ground. A Response To Professors Baude And Sachs*, in *Constitutional Commentary*, 2019, 313 ss.
- SHADE, W., (a cura di), *Encyclopedia of U.S. Political History*, Vol. III, Washington D.C., CQ Press, 2010
- SHALES, T., *The Bork Turnoff*, in *The Washington Post*, 9 ottobre 1987
- SHAPIRO, C., *The Language of Neutrality in Supreme Court Confirmation Hearings*, in *Dickinson Law Review*, 2018, 585 ss.
- SHAPIRO, F.R., PEARSE, M., *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, in *Michigan Law Review*, 2012, 1483 ss.
- SHAPIRO, F.R., *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1996, 751 ss.
- SHAPIRO, F.R., *The Most-Cited Law Review Articles*, in *California Law Review*, 1985, 1540 ss.
- SIEGAN, B., *Economic Liberties and the Constitution*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1980

- SILVER, I., *The Warren Court Critics. Where Are They Now That We Need Them*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1976, 373 ss.
- SIMON, P., *Advice & Consent. Clarence Thomas, Robert Bork and the Intriguing History of the Supreme Court's Nomination Battles*, Bethesda, National Press, 1992
- SKINNER, Q., *Meaning and Understanding in the History of Ideas*, in *History & Theory*, n. 1/1969, 3 ss.
- SMITH, K., *Biden pledged to make Roe v. Wade "the law of the land"*, in *Cbs News*, 6 ottobre 2020, <https://www.cbsnews.com/news/biden-roe-v-wade-law-land-supreme-court-supporters/>
- SMITH, P.J., *How Different are Originalism and Non-Originalism?*, in *Hastings Law Journal*, 2011, 707 ss.
- SMITH, S.D., *That Old-Time Originalism*, in HUSCROFT, G., MILLER, B. W., *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, New York, 2011, 223 ss.
- SMITH, S.F., *Activism as Restraint. Lessons from Criminal Procedure*, in *Texas Law Review*, 2002, 1057 ss.
- SMITH, T., *Originalism's Misplaced Fidelity. "Original" Meaning Is Not Objective*, *Constitutional Commentary*, 2009, 1 ss.
- SOIFER, A., *The Paradox of Paternalism and Laissez-Faire Constitutionalism. United States Supreme Court 1888-1921*, in *Law & History Review*, 1987, 249 ss.
- SOLUM, L.B., *Originalism and the Unwritten Constitution*, in *University of Illinois Law Review*, 2013, 1935 ss.
- SOLUM, L.B., *Intellectual History As Constitutional Theory*, in *Virginia Law Review*, 2015, 1111 ss.
- SOLUM, L.B., *On the Indeterminacy Crisis. Critiquing Critical Dogma*, in *University of Chicago Law Review*, 1987, 462 ss.
- SOLUM, L.B., *Originalism versus Living Constitutionalism. The Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern Law Review*, 2019, 1243 ss.
- SOLUM, L.B., *Originalist Methodology*, in *University of Chicago Law Review*, 2017, 269 ss.
- SOLUM, L.B., *Semantic Originalism*, 22 novembre 2008, disponibile a <https://ssrn.com/abstract=1120244>
- SOLUM, L.B., *We are All Originalists Now*, in BENNETT, R.W., SOLUM, L.B., *Constitutional Originalism. A Debate*, Cornell University Press, Ithaca-London, 2013, 1 ss.
- SOLUM, L.B., *What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in HUSCROFT, G., MILLER, B., (a cura di), *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, New York, 2011, 12 ss.
- SOMERVILLE BROWN, E., *The Constitutional History of the Louisiana Purchase*, Clifton, Kelley, 1972
- SOWELL, T., *Judicial Activism Reconsidered*, Hoover Institution, Stanford (CA), 1989
- SPANN, G.A., *Pure Politics*, in *Michigan Law Review*, 1990, 1971 ss.
- STELLE GARNETT, N., *No Taking without a Touching – Questions from an Armchair Originalist*, in *San Diego Law Review*, 2008, 761 ss.
- STINNEFORD, J.F., *Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in *Virginia Law Review*, 2011, 899 ss.
- STINNEFORD, J.F., *The Original Meaning of Unusual. The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation*, in *Northwestern University Law Review*, 2008, 1739 ss.
- STONE, G., STRAUSS, D., *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*, New York, Oxford University Press, 2020
- STONE, G.R., SEIDMAN, L.M., SUNSTEIN, C.R., TUSHNET, M.V., KARLAN, P.S., *Constitutional Law*, VI ed., Austin-New York, Wolters Kluwer-Aspen Publishers, 2009
- STONE, G.R., STRAUSS, D.A., *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*, New York, Oxford University Press, 2020
- STORY, J., *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. I, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833
- STRANG, L.J., *Originalism's Promise, and Its Limits*, in *Cleveland State Law Review*, 2014
- STRANG, L.J., *Originalism's Promise. A Natural Law Account of the American Constitution*, New York-Cambridge, Cambridge University Press, 2019
- STRAUSS, D.A., *The Common Law Genius of the Warren Court*, in *William and Mary Law Review*, 2007, 845 ss.
- STRAUSS, D.A., *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010

- STRAUSS, P.L., *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions. A Foolish Inconsistency*, in *Cornell Law Review*, 1987, 488 ss.
- STRONG, F., *The Economic Philosophy of Lochner. Emergence, Embrasure and Emasculation*, in *Arizona Law Review*, 1973, 419 ss.
- SUNSTEIN, C., *Dred Scott and Its Legacy*, in GEORGE, R., (a cura di), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000, 64 ss.
- SUNSTEIN, C.R., *Five Theses on Originalism*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1996, 311 ss.
- SUNSTEIN, C.R., *In Defense of Liberal Education*, in *Journal of Legal Education*, 1993, 22 ss.
- SUNSTEIN, C.R., *Lochner's Legacy*, in *Columbia Law Review*, 1987, 873 ss.
- TAYLOR, J., *New Views of the Constitution of the United States* (1823), a cura di J. McClellan, Washington (DC), Regnery, 2000
- TERBEEK, C., *Originalism's Obituary*, in *Utah Law Review OnLaw*, 2015, 29 ss.
- THAYER, J.B., *The Origins and Scope of the American Constitutional Doctrine*, Boston, Little Brown and Company, 1893
- TRIBE, L.H., *Comment*, in SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1997
- TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, vol. I, New York, Foundation Press, 2000
- TRIBE, L.H., DORF, M.C., *On Reading The Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009
- TRIBE, L.H., DORF, M.C., *Levels of Generality in the Definition of Rights*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, 1057 ss.
- TRIBE, L.H., *Taking Text and Structure Seriously. Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 1995, 1221 ss.
- TUOMALA, J.C., *Marbury v. Madison and the Foundation of Law*, in *Liberty University Law Review*, 2010, 297 ss.
- TUSHNET, M.V., *A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory*, in *Southern California Law Review*, 1985, 683 ss.
- TUSHNET, M.V., *Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2005, 99 ss.
- TUSHNET, M.V., *Defending the Indeterminacy Thesis*, in *QLR*, 1996, 339 ss.
- TUSHNET, M.V., *Following the Rules Laid down. A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, in *Harvard Law Review*, 1983, 781 ss.
- TUSHNET, M.V., *Legal Scholarship. Its Causes and Cure*, in *Yale Law Journal*, 1981, 1205 ss.
- TUSHNET, M.V., LEZIN, K., *What Really Happened in Brown v. Board of Education*, in *Columbia Law Review*, 1991, 1867 ss.
- TUSHNET, M.V., *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1988
- TUSHNET, M.V., *The Dilemmas of Liberal Constitutionalism*, in *Ohio State Law Journal*, 1981, 411 ss.
- UPSHUR, A.P., *A Brief Enquiry into the True Nature and Character of our Federal Government*, Petersburg, Edmund and Julian C. Ruffin, 1840
- VALAURI, J.T., *As Time Goes By. Hermeneutics and Originalism*, in *Nevada Law Journal*, 2010, 719 ss.
- VALAURI, J.T., *We Are All Interpretivists Now*, in *Wayne Law Review*, 2000, 1499 ss.
- VAN ALSTYNE, W.W., *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in *Duke Law Journal*, 1969, 1 ss.
- VAVOVA, K., *Evolutionary Debunking of Moral Realism*, in *Philosophy Compass*, 2015, 104 ss.
- VEDASCHI, A., *La giustizia costituzionale*, in CARROZZA, P., DI GIOVINE, A., FERRARI, G.F., (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 2014
- VELLUTI, S., *Reforming the Common European Asylum System. Legislative Developments and Judicial Activism of the European Courts*, Heidelberg, Springer, 2014
- VERMEULE, A., *Beyond Originalism*, in *The Atlantic*, Mar. 31, 2020, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>
- VIEIRA, N., GROSS, L., *Supreme Court Appointments. Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Carbondale, Southern Illinois University Press, 1998
- VOLOKH, E., *Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment*, in *Georgetown Law Journal*, 2009, 1057 ss.

- VOLOKH, E., *Textualism and District of Columbia v. Heller*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2014, 729 ss.
- W. WIECEK, *Liberty Under Law. The Supreme Court In American Life*, Baltimore, John Hopkins, 1988
- WAYNE JUSTICE, W., *Two Faces of Judicial Activism*, in *George Washington Law Review*, 1992, 1 ss.
- WECHSLER, H., *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 1959, 1 ss.
- WEIS, L.K., *What Comparativism Tells Us About Originalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 842 ss.
- WENZEL, J.P., BOWLER, S., LANOUE, D.J., *Legislating From the State Bench. A Comparative Analysis of Judicial Activism*, in *American Politics Quarterly*, n. 3/1997, 363 ss.
- WHITESSELL, S.L., *The Church of Originalism*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2014, 1531 ss.
- WHITTINGTON, K.E., *Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation*, in *Review of Politics*, 2000, 197 ss.
- WHITTINGTON, K.E., *Originalism. A Critical Introduction*, in *Fordham Law Review*, 2013, 375 ss.
- WHITTINGTON, K.E., *The New Originalism*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2004, 599
- WILLIAMS, R.C., *The One and Only Substantive Due Process Clause*, in *Yale Law Journal*, 2010, 408 ss.
- WITTGENSTEIN, L., *Lecture on Ethics. Introduction, Interpretation and Complete Text*, Macerata, Quodlibet, 2007
- WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921), New York, Routledge, 2001.
- WOLFE, C., *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-made Law*, Lanham, Littfield Adams, 1994
- WOLITZ, D., *Alexander Bickel and the Demise of Legal Process Jurisprudence*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2019, 153 ss.
- WOOD, G., *The Creation of the American Republic*, Chapell Hill, North Carolina, 1969
- YALOF, D., *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, Chicago University Press, 1999
- YOO, J.C., *Marshall's Plan. The Early Supreme Court and Statutory Interpretation*, in *Yale Law Journal*, 1992, 1607 ss.
- ZAIDEN BENVINDO, J., *On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Heidelberg, Springer, 2010
- ZEPPPOS, N.S., *Chief Justice Rehnquist, the Two Faces of Ultra-Pluralism, and the Originalist Fallacy*, in *Rutgers Law Journal*, 1994, 679 ss.
- ZIETLOW, R.E., *The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)*, in *Ohio State Law Journal*, 2008, 255 ss.

GIURISPRUDENZA

A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935)
Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908)
Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923)
Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)
Atkins v. Virginia, 122 S.Ct. 2242, 2259-2268 (2002)
Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)
Baze v. Rees 553 U.S. 35, 87-88 (2008)
Beamish v. Beamish, 9 H.L. Cases 274, 338-339 (1861),
Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)
Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955)
Calder v. Bull, 3 U.S. 386 (1798)
Carter v. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936)
Cohens v. Virginia, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821)
Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915)
Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)
Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726 (1963)
Fletcher v. Peck, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)
Gibbons v. Ogden, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824)
Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963)
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 527 (1965)
Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957, 961-96 (1991)
Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971)
Home Building & Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 448-483 (1934)
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
Louis K. Liggett Co. v. Baldridge 278 U.S. 105 (1928)
McCulloch v. Maryland 17 U.S. 316 (1819)
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)
Morehead v. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936)
Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908)
New State Ice Co. v. Liebmann 285 U.S. 262 (1932)
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015)
Ogden v. Saunders, 25 U.S. (12 Wheat.) 213, 332-358 (1827)
Ollman v. Evans, 750 F.2d 970, 995 (D.C. Cir. 1984)
Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)
Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co., 295 U.S. 330 (1935)
Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964)
Ribnik v. McBride 277 U.S. 350, 357 (1928)
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)
Roper v. Simmons, 125 S.Ct. 1183, 1184 (2005)
Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958)
Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 101 (1958)
Tyson & Brother v. Baton 273 U.S. 418 (1927)
United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936)
United States v. Fisher, 6 U.S. 358, 358 (1805)
United States v. Plugh, 648 F. 3d 118 – Court of Appeals, 2nd Circuit (2011)
United States v. Sharpnack, 355 U.S. 286, 297 (1958)
Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910)

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)
William v. Standard Oil Co. 278 U.S. 235 (1929)