

# L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork

di Silvio Roberto Vinceti

**Abstract: The originalist: constitutional interpretation in the thought and life of Robert Bork** – For the seminal contribution to originalist constitutional interpretation and the controversies surrounding his failed confirmation at the United States Supreme Court, Robert Bork has left a lasting mark on American constitutional history. The purpose of this study is to describe Bork's career as a public servant, outline the key concepts of his jurisprudence and contribution to originalism, and understand the implications of his legacy on American legal culture.

**Keywords:** Bork; originalism; constitutional interpretation; Supreme Court; antitrust.

## 1. Introduzione

Conoscere e comprendere le vicende ed il pensiero giuridico di Robert Bork (1927-2012), professore all'Università di Yale e *Solicitor General* degli Stati Uniti d'America<sup>1</sup>, nonché giudice federale e candidato alla carica di giudice della Corte Suprema, può consentire di ottenere due risultati con un unico esercizio. Da una parte, Robert Bork è considerato uno dei principali esponenti dell'“originalismo” – *idest*, una delle più discusse dottrine dell'interpretazione costituzionale nell'attuale dibattito statunitense<sup>2</sup> – ed il volto più noto dello stesso, almeno insieme alla figura

---

<sup>1</sup> Il *Department of Justice* statunitense ha come figura apicale un “Avvocato generale” (*Attorney General*) sotto la cui direzione è posto un *Solicitor General* con il compito di patrocinare per il Governo federale le cause dinanzi alla Corte Suprema. Con la creazione del *Deputy Attorney General* nel 1953, quella di *Solicitor General* è divenuta la terza carica all'interno del *Department of Justice*. Al tempo stesso, la specializzazione di quest'ultimo ha reso la sua attività fondamentalmente indipendente, in particolare a seguito del *New Deal* degli Anni Trenta e Quaranta. Cfr. P.N. Ubertaccio III, *Learned in the Law and Politics. The Office of the Solicitor General and Executive Power*, New York, 2005, 96, 131-132.

<sup>2</sup> «L'originalismo è oggi il prevalente approccio all'interpretazione costituzionale» concludeva nel 1999 R. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 *Loy. L. Rev.* 611, 613 (1999). Per un variegato catalogo degli appartenenti all'originalismo oggi v. I. Soymin, *Originalism and Political Ignorance*, in 97 *Minn. L. Rev.* 625, 625-27 (2012). Non manca, ovviamente, chi continua a rigettare ogni legame con la teoria in questione: v., ad es., recentemente, D. Strauss, *The Living Constitution*, New York, 2010, 7-31. Ciononostante, è proprio una delle più penetranti critiche all'originalismo a certificarne, con stupore e perplessità, l'inesorabile diffusione: cfr. M. Berman, *Originalism is Bunk*, 84 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 3-4 (1999). A livello generale, il fatto che una parte così numerosa dei costituzionalisti americani si riconosca oggi nell'originalismo finisce per ingenerare qualche dubbio sulla presenza di un significato

di Antonin Scalia. Banalmente, si potrebbe dire, senza Robert Bork non esisterebbe l'originalismo odierno. Da questo punto di vista, avvicinare l'opera di Bork significa osservare l'originalismo americano nelle sue origini prime.

Da altra parte, studiare il pensiero e la vita di Robert Bork permette di prendere maggiore consapevolezza di quella svolta nella storia costituzionale statunitense che è la fallita conferma di Bork alla Corte Suprema<sup>3</sup>: scelto da Reagan come successore di Lewis Powell nel 1987, la sua nomina sarà travolta in sede di conferma in Senato al termine di una campagna mediatica «senza precedenti»<sup>4</sup>, la cui intensità sarà tale da imprimersi perfino nel vocabolario inglese – per cui oggi «borkizzare» (*to bork*) significa «diffamare o vilificare [qualcuno] specialmente con l'obiettivo di renderne difficile l'elezione ad un pubblico ufficio»<sup>5</sup>. Senza una effettiva comprensione di quella vicenda, che per la prima volta fece conoscere le problematiche della “lotta per l'interpretazione costituzionale” all'opinione pubblica americana, è difficile capire la rivoluzione (e lo sconcerto) che le recenti nomine originaliste alla Corte Suprema, patrocinata della Presidenza di Donald J. Trump, hanno creato<sup>6</sup>.

L'interesse per questa pagina dell'interpretazione costituzionale statunitense può risultare poi ancor più vivo in conseguenza di alcune recenti tendenze affermatesi nella giurisprudenza costituzionale italiana. Non si tratterebbe più, soltanto, di continuare quel lavoro di studio della giustizia costituzionale nordamericana i cui frutti furono portati prima in Commissione Forti<sup>7</sup> e poi in Assemblea costituente<sup>8</sup>, nel momento in cui si trattava di dare una

---

condiviso del termine, come notano – “da fronti opposti” – Fleming e Lawson: cfr. J. Fleming, *Are We All Originalist Now? I Hope Not!*, 91 *Tex. L. Rev.* 1785 (2013), e G. Lawson, *Reflections Of An Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, in 96 *B.U. L. Rev.* 1457 (2016). Cfr. anche, sul punto, T. Colby, P. Smith, *Living Originalism*, 59 *Duke L. J.* 239 (2009).

<sup>3</sup> Cfr. *infra*, par. 6.

<sup>4</sup> D.E. Schoen, *The Political Fix. Changing the Game of American Democracy, from the Grassroots to the White House*, New York, 2010, 153.

<sup>5</sup> Aa.Vv., *Collins English Dictionary*, XII ed., Glasgow, 2014. Cfr. T.B. Griffith, *Was Bork Right about Judges?*, 34 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 157 (2011).

<sup>6</sup> Le “nomine originaliste” sono quelle di Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh. Cfr. J. Addicott, *Reshaping American Jurisprudence in the Trump Era. The Rise of “Originalist” Judges*, 55 *Cal. W. L. Rev.* 341 (2019). Sulla prima v., nella letteratura italiana, P. Bonini, *Gorsuch After Scalia. Il Procedimento di nomina ed il pensiero del primo justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, n. 2/2017. Al momento in cui questo scritto viene sottoposto, il Presidente Trump ha nominato Amy Coney Barrett al ruolo di giudice della Corte Suprema, nomina che attende ora la conferma in Senato. L'originalismo di Barrett, *clerk* di Scalia alla Corte Suprema, è ampiamente noto: cfr., *ex multis*, A.C. Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 91 *Tex. L. Rev.* 1711 (2012); *id.*, *Originalism and Stare Decisis*, 92 *Notre Dame L. Rev.* 1921 (2016); *id.*, *Congressional Originalism*, 19 *U. Pa. J. Const. L.* 1 (2016).

<sup>7</sup> Cfr. le conclusioni di Piga, che per l'occasione sostituiva Boeri, in sede di Prima Sottocommissione della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (cd. “Commissione Forti”), in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della “Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello stato” (1945-1946)*, Bologna, 1979, 174-177.

<sup>8</sup> In particolare, Gaspare Ambrosini fu il principale “tedoforo” del modello statunitense. Cfr. le sue parole all'apertura della trattazione in Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, in *Att. Ass. Cost.*, 13 gennaio 1947, 130-131.

fisionomia alla Corte costituzionale italiana<sup>9</sup>; oggi, ancor di più, l'atteggiarsi della giustizia costituzionale statunitense acquisisce potenzialmente un'efficacia, per così dire, "diretta", a seguito del riconoscimento della concreta pratica degli organi di giustizia costituzionale internazionali come fonte del diritto nella discussa pronuncia sulla *Robin Tax*<sup>10</sup>.

L'analisi dell'originalismo borkiano, beninteso, non può certamente rendere giustizia a quell'eterogeneo mondo interpretativo-costituzionale che è oggi l'originalismo. Il pensiero originalista, difatti, è andato ben oltre (ed in larghi tratti contro) l'impostazione che ne dava Robert Bork. Basti pensare che, se l'originalismo tradizionale ha sempre visto in *Roe v. Wade*<sup>11</sup> il segno manifesto dell'attivismo giudiziario e dell'abuso dell'interpretazione costituzionale<sup>12</sup>, vi sono oggi costituzionalisti che sostengono il contenuto di quella pronuncia su basi originaliste<sup>13</sup>. Non può stupire, allora, che gli originalisti più vicini alla tradizione borkiana si interrogano oggi sulla capacità del termine 'originalismo' di svolgere ancora «un utile lavoro epistemologico»<sup>14</sup>. Ciononostante, la figura ed il pensiero di Robert Bork rimangono imprescindibili per la comprensione dell'originalismo odierno e, in questo, meritevoli di uno specifico approfondimento, similmente a quanto già avvenuto per Antonin Scalia<sup>15</sup>.

Dal punto di vista espositivo, la sequenza biografica è quella che meglio si presta, nel caso di Bork, a mostrare l'evoluzione del suo pensiero, in particolare dal punto di vista della sua concezione dell'interpretazione costituzionale. Infatti, quanto è *in nuce* nel pensiero di Bork come professore di diritto *antitrust* (par. 2) si dischiude sul terreno dell'interpretazione costituzionale con l'avvicinarsi all'elezione a *Solicitor General*: in particolare, un articolo del 1971, dedicato alla neutralità nell'interpretazione costituzionale, finirà per giocare un ruolo centrale nella vita di Bork (par. 3). Una volta eletto *Solicitor General*, Bork verrà direttamente coinvolto nelle vicende del c.d. *Watergate*, che porteranno alle dimissioni del Presidente Nixon (par. 4). Scelto in seguito da Reagan per il ruolo di giudice federale per la Corte d'Appello del Distretto di Columbia, Bork farà

<sup>9</sup> Sulla preponderante influenza statunitense ancora attuali le considerazioni A. Pizzorusso, *Art. 137*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 134-139*, Bologna-Roma, 1981, 1-10.

<sup>10</sup> Come noto, nelle sentenza 11 febbraio 2015, n. 10, la Corte Costituzionale italiana, al *cons. in dir.* 7, ha affermato la modulabilità degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità – apparentemente contrastando il dato letterale – sul presupposto, tra gli altri, che gli organi di giustizia costituzionale stranieri godrebbero, *de jure* o *de facto*, di tale prerogativa. Sul punto cfr., *ex multissimis*, R. Pinardi, *La Corte e il suo processo. Alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, 1907-1910.

<sup>11</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>12</sup> Tra gli altri, proprio R. Bork, *The Tempting of America*, New York, 1991, 110-126.

<sup>13</sup> Cfr. J. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, in 24 *Const. Comment.* 291 (2007).

<sup>14</sup> G. Lawson, *op. cit.*, 1458.

<sup>15</sup> Su Scalia v. in particolare G.F. Ferrari, *Nino Scalia. Analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2016, 1191-1216, e D. Tega, *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, n. 3/2013, 3, 669-678. Sull'importanza di Bork cfr., nella letteratura italiana, già O. Chessa, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero originalista*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 11-37.

diretta applicazione di quei principi interpretativi che aveva difeso come accademico (par. 5). Momento di svolta sarà il fallimento della sua conferma al ruolo di giudice della Corte Suprema (par. 6): svolta personale e nazionale, ma anche svolta intellettuale, dal momento che nell'opera nascente dal fallimento della sua elezione Bork getta le fondamenta per l'interpretazione costituzionale originalista come «significato pubblico originario» della Costituzione (par. 7). Trova qui spazio, infine, l'esposizione di una serie di criticità nel pensiero di Bork, per come messe in risalto dalle evoluzioni dell'originalismo odierno (par. 8).

## 2. L'intenzione del legislatore ed il diritto *antitrust*

Nato a Pittsburgh (Pennsylvania) nel 1927, Robert Heron Bork completa gli studi di diritto presso l'Università di Chicago nel 1953, città nella quale rimane fino al 1962 esercitando la professione forense in materia di diritto *antitrust* nella nota *law firm* Kirkland & Ellis<sup>16</sup>.

L'Università di Chicago è un luogo particolare fin dagli anni Trenta, distinguendosi per una facoltà di economia in cui diverse generazioni di studiosi sono uniti da una comune rivalorizzazione della teoria liberale classica e dalla critica di diversi assunti dell'impostazione keynesiana al tempo dominante<sup>17</sup>. L'*humus* culturale della *Chicago School of Economics* avrà un'influenza decisiva sul pensiero di Bork, come emerge dai suoi primi due contributi sulle integrazioni verticali, scritti da studente<sup>18</sup> e poi in qualità *Research Fellow* presso l'*Antitrust Institute*<sup>19</sup> – guidato da quell'Aaron Director che, per ammissione dello stesso Bork, sarà responsabile dell'abbandono da parte sua delle posizioni politiche *liberal* con cui era entrato in università<sup>20</sup>. Dagli assunti della *Chicago School of Economics* nascerà il movimento *Law and Economics* – dedicato allo studio del fenomeno giuridico come problema economico – movimento in cui un ruolo centrale è svolto proprio dalla *Chicago School of Antitrust*<sup>21</sup> di cui Bork diviene, infine, il maggiore esponente<sup>22</sup>.

Nel 1962 Bork lascia l'attività forense per essere assunto dall'Università di Yale, ove per quasi vent'anni, seppur non ininterrottamente, vi manterrà la

<sup>16</sup> N. Vieira, L. Gross, *Supreme Court Appointments. Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Carbondale, 1998, 14.

<sup>17</sup> Cfr. M.W. Reder, voce *Chicago School*, in J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (a cura di), *The World of Economics*, London-Basingstoke, 1991, 40.

<sup>18</sup> R. Bork, *Vertical Forestalling Under The Antitrust Laws*, in 19 *U. Chi. L. Rev.* 583 (1952).

<sup>19</sup> *Id.*, *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*, 22 *U. Chi. L. Rev.* 157 (1954), ove Bork mette in luce il fraintendimento economico dell'integrazione verticale da parte della Corte Suprema.

<sup>20</sup> G. Priest, *Bork's Strategy and the Influence of the Chicago School on Modern Antitrust Law*, 57 *J.L. & Econ.* 1, 4-5 (2014).

<sup>21</sup> «Lo *Chicago Approach* è, prima di tutto, una parte del movimento *Law and Economics* a Chicago, il quale è esso stesso parte della *Chicago School of Economics*». W.H. Page, *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*, 75 *Va. L. Rev.* 1221, 1229 (1989). Cfr. anche R.A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 *U. Pa. L. Rev.* 925 (1979).

<sup>22</sup> Cfr. G. Priest, *op. cit.*, 1-2, 6.

docenza del corso di diritto *antitrust*: nel primo decennio trascorso a Yale, Bork rivoluziona lo studio della legislazione concorrenziale, dapprima con una importante serie di articoli sul tema, poi – una volta ritornato all'insegnamento dopo la parentesi come *Solicitor General* – con la pubblicazione del suo primo grande lavoro, *The Antitrust Paradox*, nel 1978. È grazie a quest'opera se oggi Bork è considerato l'«uomo che ridefinì l'antitrust»<sup>23</sup>.

L'idea di base che sostiene la produzione di Bork in materia *antitrust* è semplice: in plurimi casi, la giurisprudenza statunitense ha interpretato la legislazione *antitrust* in modo erroneo in quanto le ha attribuito un “fine” (*goal*) sbagliato. Storicamente, infatti, l'intento del Cinquantunesimo Congresso, che ha adottato lo *Sherman Act*, era quello di tutelare il «benessere dei consumatori»<sup>24</sup> (*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 economici<sup>25</sup>. 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»<sup>26</sup>.

In *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*<sup>27</sup> Bork rievoca le vicende che hanno portato all'adozione dello *Sherman Act*, sostenendo che l'erronea interpretazione delle corti federali, suffragata dalla Corte Suprema, si sia basata sul travisamento della storia legislativa dell'atto. Bersaglio privilegiato delle critiche di Bork sono i giudici Learned Hand<sup>28</sup> e Brandeis<sup>29</sup>, che in diverse occasioni avevano letto le affermazioni di John Sherman – principale autore della legge – in modo decontestualizzato, distorcendone il significato<sup>30</sup>.

A fianco del problema legato all'intenzione del legislatore storico, Bork difende le sue posizioni in base ad un argomento inerente al ruolo dei giudici nella forma di stato democratico-costituzionale. Difatti, l'interpretazione della normativa *antitrust* sostenuta dalla giurisprudenza americana finirebbe per demandare ai giudici la valutazione delle azioni imprenditoriali alla luce di un “valore sociale della concorrenza” – l'idea, appunto, del diritto *antitrust* come protezione degli *small businesses* dalle pratiche aggressive delle grandi agglomerati industriali. Bork eccepisce come questa valutazione sia essenzialmente

---

<sup>23</sup> D. Fisher, *Robert Bork, The Man Who Redefined Antitrust, Is Dead At 85, Forbes Magazine* (Dec. 2012) [www.forbes.com/sites/danielfisher/2012/12/19/robert-bork-the-man-who-redefined-antitrust-is-dead-at-85/#6cc17443cad9](http://www.forbes.com/sites/danielfisher/2012/12/19/robert-bork-the-man-who-redefined-antitrust-is-dead-at-85/#6cc17443cad9).

<sup>24</sup> R. Bork, *The Goals of Antitrust Policy*, 57 *Am. Econ. Rev.* 242, 245 (1967).

<sup>25</sup> *Ivi*, 251-252.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Id.*, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 *J.L. & Econ.* 7 (1966).

<sup>28</sup> *Ivi*, 8-9.

<sup>29</sup> *Id.*, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978, 41-49.

<sup>30</sup> Cfr. anche *id.*, *The Goals*, cit., 243.

discrezionale e, in quanto tale, di naturale competenza degli organi politici. Al contrario, per Bork, l'intento storico del legislatore americano richiede alle corti, più semplicemente, di impiegare i criteri della teoria economica per valutare se una determinata pratica incrementi o meno la produzione e, mediamente, il benessere dei consumatori<sup>31</sup>. L'interpretazione errata dell'intento del legislatore finisce così per affidare alle corti un'attività altamente discrezionale per la quale queste non sono né abili né, soprattutto, legittimate, con i perniciosi esiti cui questo affidamento conduce: la disomogeneità delle decisioni giudiziali e la deresponsabilizzazione del legislatore<sup>32</sup>.

La visione di Bork in materia *antitrust*, espressa nei plurimi articoli citati ed in altri ancora, è infine compendiata in *The Antitrust Paradox* del 1978 – realizzato tuttavia in un anno sabbatico dieci anni prima<sup>33</sup> – ove Bork legge la distorsione operata dalla giurisprudenza nell'interpretazione della normativa *antitrust* come il corollario di un'ideologia nemica della competizione economica e del capitalismo: «le tendenze osservabili nell'*antitrust* [...] sono quattro: (1) un allontanamento dalla decisione politica attraverso il metodo democratico verso una decisione politica delle corti; (2) un allontanamento dall'ideale del libero mercato verso l'ideale del mercato regolato; (3) una tendenza alla considerazione del benessere di gruppi rispetto al benessere generale; e (4) un allontanamento dall'ideale della libertà e della ricompensa in ragione del merito verso un ideale di eguaglianza dei risultati e della ricompensa in ragione dello status. Comune a tutti questi allontanamenti è un ethos anticapitalista e autoritario»<sup>34</sup>.

Diversi studiosi reagiscono in modo critico alle tesi di Bork. Da una parte, alcuni contestano l'idea che il benessere dei consumatori sia effettivamente l'oggetto dell'intenzione del legislatore<sup>35</sup>. Dall'altra, ed in modo decisamente più persuasivo, altri argomentano come, pur accettando le idee di Bork sull'intenzione del legislatore, il concetto di “benessere dei consumatori” non sembri affatto essere sinonimo di “efficienza allocativa” o di “massimizzazione della produzione” come vorrebbe Bork<sup>36</sup>. Questi autori mostrano come ad un aumento della produzione non corrisponda necessariamente un aumento del benessere dei consumatori<sup>37</sup>. Il tentativo di Bork di considerare i due termini sinonimi si rivelerebbe allora come un'operazione ideologica, una sorta di «cavallo di Troia»<sup>38</sup>: Bork avrebbe tentato di vendere sotto l'etichetta di “benessere dei consumatori” una ben precisa politica

---

<sup>31</sup> *Id.*, *Legislative Intent*, cit., 10-11.

<sup>32</sup> *Id.*, *The Goals*, cit., 244.

<sup>33</sup> *Id.*, *Saving Justice. Watergate, the Saturday Night Massacre, and Other Adventures of a Solicitor General*, New York, 2013, 15.

<sup>34</sup> *Id.*, *The Antitrust Paradox*, cit., 418-419.

<sup>35</sup> R.H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust. The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 *Hastings L.J.* 65, 150 (1982).

<sup>36</sup> Cfr. H.J. Hovenkamp, *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, 45 *J. Corp. L.* 65, 65-81 (2019).

<sup>37</sup> *Ivi*, 73-81.

<sup>38</sup> B.Y. Orbach, *Was the Crisis in Antitrust a Trojan Horse?*, 79 *Antitrust L.J.* 881, 882 (2014).

economica, sui cui effetti benefici per i consumatori «persone ragionevoli possono essere in disaccordo»<sup>39</sup>.

Nonostante le critiche, e le successive difese, delle posizioni borkiane, vi è sostanziale unanimità sugli effetti che gli scritti di Bork produrranno: la Corte Suprema cambierà la propria interpretazione della normativa *antitrust*, accedendo alla visione di Bork. Già prima della pubblicazione di *The Antitrust Paradox* i lavori di Bork erano stati citati nelle sentenze della Corte Suprema<sup>40</sup>, ma a partire da *Reiter v. Sonotone Corp.*<sup>41</sup> – con l'espressa affermazione che «il Congresso adottò lo Sherman Act come una prescrizione finalizzata al benessere dei consumatori»<sup>42</sup> – la Corte Suprema adotterà *The Antitrust Paradox* come bussola nell'interpretazione del diritto *antitrust*<sup>43</sup>. Alla luce di questo dato, «non è un'esagerazione descrivere Bork come colui che ha fornito le fondamenta del moderno diritto antitrust»<sup>44</sup>.

Bork non abbandonerà mai, definitivamente, lo studio del diritto *antitrust*<sup>45</sup>. Tuttavia, l'attribuzione della cattedra di diritto pubblico, dedicata al fraterno amico Alexander Bickel, insieme alle evoluzioni della sua carriera – *in primis*, l'elezione a *Solicitor General* e poi a giudice di Corte d'Appello – lo spingeranno a dedicarsi in modo preponderante ai problemi del diritto costituzionale e, successivamente, alla riflessione politica e sociologica sulla condizione ed il futuro della democrazia americana (sempre a partire dalla sua esperienza giuridica). Quanto emerge chiaramente, in ogni caso, dagli studi di Bork sul diritto della concorrenza, è la loro rilevanza e attinenza alla futura metodologia originalista in diritto costituzionale. In altre parole, Bork arriva al 1971, anno del suo celebre primo scritto costituzionale, disponendo di un approccio interpretativo maturo, fondato sull'intenzione del legislatore “storico” – che successivamente diverrà «originale»<sup>46</sup> – e “rodato” con successo in ambito di *statutory interpretation* del diritto *antitrust*.

Tuttavia, se la “rivoluzione” portata da Bork nel diritto *antitrust* riuscirà a prevalere giurisprudenzialmente, l'estensione del suo approccio all'ambito costituzionale sarà, se non meno rivoluzionaria, molto più osteggiata e, almeno per lungo tempo, destinata al fallimento.

---

<sup>39</sup> R.H. Lande, *Proving the Obvious. The Antitrust Laws Were Passed to Protect Consumers (Not Just to Increase Efficiency)*, 50 *Hastings L.J.* 959, 960 (1999).

<sup>40</sup> Rispettivamente in *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972); *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

<sup>41</sup> 442 U.S. 330 (1979).

<sup>42</sup> 442 U.S. 330, 343 (1979).

<sup>43</sup> D.A. Crane, *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy*, 79 *Antitrust L.J.* 835, 847-48 (2014).

<sup>44</sup> G. Priest, *op. cit.*, 7.

<sup>45</sup> V. i contributi pubblicati postumi, realizzati insieme a Gregory Sidak: R. Bork, J.G. Sidak, *What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment Of Google?*, 8 *J. Comp. L. & Econ.* 663 (2012); *id.*, *The Misuse of Profit Margins to Infer Market Power*, 9 *J. Comp. L. & Econ.* 511 (2013).

<sup>46</sup> Almeno da R. Bork, *The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, 23 *San Diego L. Rev.* 823 (1986).

### 3. L'interpretazione “neutrale” della Costituzione americana

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 anno<sup>47</sup>. Se lo studio dell'*antitrust* aveva reso celebre Bork all'interno dei circoli giuridico-economici 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 americana<sup>48</sup>. 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 si era posto nel celebre articolo *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*<sup>49</sup>. 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*)<sup>50</sup>, ente sovrano che fa semplicemente la volontà propria, non essendo tenuta a dimostrare di stare applicando la “volontà altrui”<sup>51</sup>. 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]»<sup>52</sup>. 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»<sup>53</sup>. 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

<sup>47</sup> *Id.*, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Ind. L.J.* 1 (1971).

<sup>48</sup> Così nell'ultimo aggiornamento delle analisi di Fred Shapiro: cfr. F.R. Shapiro, M. Pearse, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110 *Mich. L. Rev.* 1483, 1489 (2012). Nel 1985 era il ventiquattresimo a livello assoluto ed il sesto rispetto al 1979. Cfr. F.R. Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles*, 73 *Calif. L. Rev.* 1540, 1550, 1554 (1985). Nel 1996, invece, era il settimo a livello assoluto. Cfr. *id.*, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 *Chi.-Kent L. Rev.* 751, 767 (1996).

<sup>49</sup> H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

<sup>50</sup> *Ivi*, 19, 12.

<sup>51</sup> R. Bork, *Neutral Principles*, 2.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> H. Wechsler, *op. cit.*, 19. Cfr. anche *ivi*, 15.

applicare quelle ragioni ad un caso futuro che non può trovare chiaramente distinto dal primo»<sup>54</sup>.

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 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»<sup>55</sup>.

L’esempio concreto di Bork aiuta a capire. In *Griswold v. Connecticut*<sup>56</sup> 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 polizia<sup>57</sup>. Per quanto, in *Griswold v. Connecticut*, la Corte «fallisca ogni test di neutralità»<sup>58</sup>, 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»<sup>59</sup> – «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»<sup>60</sup>. 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»<sup>61</sup>.

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»<sup>62</sup>.

---

<sup>54</sup> R. Bork, *op. et. loc. ult. cit.* La citazione di Jaffe è da L. Jaffe, *English And American Judges As Lawmakers*, Oxford, 1969, 38.

<sup>55</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 7.

<sup>56</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>57</sup> 381 U.S. 479, 484 (1965)

<sup>58</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 9.

<sup>59</sup> *Ivi*, 9.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ivi*, 7.

<sup>62</sup> *Ibid.*

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 limitazione del legislatore in questa materia? Qual è l'origine di qualsiasi principio che uno possa affermare?»<sup>63</sup>.

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 immorali<sup>64</sup>. Tuttavia, e qui sta la critica di Bork, o la decisione su quale delle due «gratificazioni»<sup>65</sup> 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 legislatore<sup>66</sup>.

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»<sup>67</sup>. 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»<sup>68</sup>.

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»<sup>69</sup>. Rifacendosi ai risultati di una ricerca di Levy<sup>70</sup>, 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»<sup>71</sup>.

Che fare, dunque, se l'intenzione del legislatore non soccorre l'interpretazione “neutrale” della Costituzione? Per Bork, siamo costretti a

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ivi*, 9-10.

<sup>65</sup> *Ivi*, 10.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ivi*, 7.

<sup>68</sup> *Ivi*, 13.

<sup>69</sup> *Ivi*, 22.

<sup>70</sup> L. Levy, *Legacy of Suppression*, Cambridge (MA), 1960.

<sup>71</sup> R. Bork, *op. et loc. ult. cit.*

«fabbricarci una nostra teoria della protezione costituzionale della libertà di parola»<sup>72</sup>. Lungi dal portare all'applicazione delle proprie visioni personali o a certi intendimenti metafisici, questa “costruzione” occasiona in Bork una sorta di interpretazione sistematica che inferisce dalla «struttura della Costituzione»<sup>73</sup> 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»<sup>74</sup>.

Per Bork, allora, «la protezione del primo emendamento deve essere esclusa quando fuoriesce dai limiti del discorso politico»<sup>75</sup>. 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»<sup>76</sup>.

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*<sup>77</sup>, 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*<sup>78</sup>, *Pierce v. Society of Sisters*<sup>79</sup>, *Lochner v. New York*<sup>80</sup>. 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,

---

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ivi*, 2.

<sup>74</sup> *Ivi*, 23.

<sup>75</sup> *Ivi*, 27.

<sup>76</sup> *Ivi*, 29.

<sup>77</sup> *Ivi*, 11.

<sup>78</sup> *Ibid.* La pronuncia è leggibile in 262 U.S. 390 (1923).

<sup>79</sup> 268 U.S. 510 (1925).

<sup>80</sup> 198 U.S. 45 (1905).

storicamente, che l'emendamento avesse come obiettivo dichiarato la proibizione della separazione razziale nelle scuole pubbliche<sup>81</sup>, 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»<sup>82</sup>. Va peraltro riconosciuto, sul punto, come altri originalisti abbiano escluso la fondabilità di *Brown* nell'intento originale del legislatore che adottò il Quattordicesimo emendamento<sup>83</sup>.

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 borkiana<sup>84</sup>. 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 afferma<sup>85</sup> e come implicitamente emerge dal rammarico per una visione non sufficientemente libertaria dei costituenti<sup>86</sup> o dalla posizione favorevole al contenuto di *Griswold* da parte dello stesso<sup>87</sup>. 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»<sup>88</sup>.

In ogni caso, una “occasione per la misinterpretazione” era ormai stata creata e *Neutral principles* ritornerà, con esiti non positivi, nella storia di Bork.

#### 4. Bork *Solicitor General* ed il *Saturday Night Massacre*

Nel dicembre del 1972, il Presidente Richard Nixon sceglie Robert Bork per il ruolo di *Solicitor General*, chiamandolo dunque a svolgere quella funzione che, nell'ordinamento italiano, è responsabilità dell'Avvocatura di Stato: difendere la costituzionalità della legge davanti alla Corte Suprema. Al tempo stesso, il *Solicitor General*, unico membro del *Department of Justice* che deve tassativamente essere «formato in diritto», effettua una generale attività di selezione dei ricorsi che devono essere sollevati negli uffici distaccati – in vista di una loro eventuale

<sup>81</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 13.

<sup>82</sup> *Ivi*, 14.

<sup>83</sup> Cfr. R. Berger, *Robert Bork's Contribution to Original Intention*, in 84 *Nw. U. L. Rev.* 1167, 1176-83 (1990). Sulle finalità del Quattordicesimo emendamento rimane ancora insuperato *id.*, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (MA)-London, 1977.

<sup>84</sup> V. ad esempio R. Dworkin, *The Bork Nomination*, 9 *Cardozo L. Rev.* 101 (1987).

<sup>85</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>86</sup> *Ivi*, 22.

<sup>87</sup> *Ivi*, 8. Il riferimento è a *id.*, *The Supreme Court Needs a New Philosophy*, *Fortune*, Dec. 1968, 170.

<sup>88</sup> R. Bork, *Neutral Principles*, *cit.*, 8.

discussione davanti alla Corte Suprema – e presta una funzione di consulenza ai giudici della Corte Suprema stessa<sup>89</sup>. Per questi motivi, il *Solicitor General* è informalmente chiamato «il decimo giudice» della Corte Suprema americana<sup>90</sup>.

Le circostanze della nomina sono curiose. Nonostante la prominenza dei contributi di Bork, specialmente in materia di *antitrust*, questi rimaneva pur sempre uno «sconosciuto professore di Yale»<sup>91</sup>, non appartenendo alle fila dell'amministrazione pubblica in cui generalmente sono selezionati i vertici del *Department of Justice*. Lungi dal costituire un elemento positivo, la natura di accademico – per di più: a Yale<sup>92</sup> – deteriorava la sua figura agli occhi del Presidente Nixon, laureato in legge presso la Duke University e manifestamente allergico al mondo accademico della *Ivy League* americana<sup>93</sup>. Già in passato, comunque, Bork era stato contattato dall'amministrazione Nixon per la possibilità di assumere alcune cariche – quella di Direttore della *Civil Rights Division* e di capo dell'*Antitrust Division* del *Department of Justice* – che, per motivi diversi, aveva declinato<sup>94</sup>.

Il primo incontro con Nixon avviene allora in riferimento ad una proposta di legge sul trasporto scolastico, alla cui redazione Bork aveva partecipato<sup>95</sup>. In quell'occasione, dopo un inizio freddo<sup>96</sup>, Bork e Nixon rimangono piacevolmente stupiti l'uno dell'altro: il Presidente colpisce Bork per l'agio con cui tratta la materia costituzionale, meglio dei consulenti giuridici presenti alla riunione; Bork, invece, appare a Nixon come il primo professore che condivide la sua idea sulla impossibilità di modificare con legge il contenuto della *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo emendamento<sup>97</sup>. Dirà Nixon dopo l'esposizione della questione da parte di Bork: «Lo penso anch'io, ma non credevo ci fosse da nessuna parte negli Stati Uniti un professore di diritto che fosse d'accordo con me»<sup>98</sup>.

Il 7 dicembre del 1972, nelle more del reinsediamento di Nixon a seguito della schiacciante vittoria elettorale su McGovern, l'allora *Attorney General* Richard Kleindienst contatta Bork, domandandogli se avrebbe accettato il posto di *Solicitor General* nel caso gli fosse stato offerto – una prassi tradizionale, «dal momento che nessun presidente vuole provare l'imbarazzo di offrire una posizione e vedersela rigettata»<sup>99</sup>. Dopo un colloquio con il Presidente a Camp David il

---

<sup>89</sup> Cfr. L. Caplan, voce *Solicitor General*, in K.L. Hall (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, II ed., Oxford, 2005, 937. Sulle funzioni del *Solicitor General* vedi lo stesso R. Bork, *The Problems and Pleasures of Being Solicitor General*, 42 *Antitrust L.J.* 701 (1973).

<sup>90</sup> L. Caplan, *op. et. loc. cit.*

<sup>91</sup> R. Bork, *Saving Justice*, cit., 14.

<sup>92</sup> «Uno dei grandi bastioni della filosofia del diritto liberale». S. Garment, *The War Against Robert H. Bork*, *Commentary*, Jan. 1988, 18.

<sup>93</sup> Cfr. R. Bork, *op. ult. cit.*, 13, 25-26.

<sup>94</sup> *Ivi*, 16.

<sup>95</sup> *Ivi*, 16-18.

<sup>96</sup> *Ivi*, 13.

<sup>97</sup> *Ivi*, 19-22.

<sup>98</sup> *Ivi* 21.

<sup>99</sup> *Ivi*, 23.

giorno seguente, la nomina è definitivamente confermata ed il 26 giugno Bork giura davanti al *Chief Justice* Warren Burger come *Solicitor General* degli Stati Uniti<sup>100</sup>.

Diversamente dal ruolo eminentemente politico dell'*Attorney General*, il *Solicitor General* è figura essenzialmente giuridica, deputata a selezionare quali ricorsi i singoli uffici federali debbano proporre e, poi, a gestire la *litigation* nel caso in cui si arrivi davanti alla Corte Suprema<sup>101</sup>. Sebbene l'aspettativa di una "normale" attività strettamente tecnico-costituzionale sia stata presto disattesa dagli eventi, può essere interessante cogliere il maggiore contributo tecnico-costituzionale che Bork ha portato, nella giurisprudenza della Corte Suprema, in qualità di *Solicitor General*: la difesa della costituzionalità della pena di morte<sup>102</sup>.

In *Gregg v. Georgia*<sup>103</sup>, infatti, diverse cause si trovavano riunite per la discussione davanti alla Corte Suprema, in quanto tutte relative allo stesso principio di diritto: l'incostituzionalità della pena di morte per contrarietà all'Ottavo emendamento ed al suo divieto di «punizioni crudeli e inusuali»<sup>104</sup>. Bork, coadiuvato dagli assistenti Randolph e Easterbrook<sup>105</sup>, rigetta le conclusioni dei ricorrenti, attraverso un'importante analisi storica che costituisce tutt'oggi il punto di partenza per gli studi sull'Ottavo emendamento<sup>106</sup>.

Certamente, afferma Bork, dal punto di vista delle «intenzioni e delle pratiche dei costituenti, il risultato del presente caso non sarebbe in discussione», per il semplice fatto che la Costituzione stessa fa riferimento alla pena di morte, seppur implicitamente, nel Quinto e Quattordicesimo emendamento<sup>107</sup>. Tuttavia, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema – che interpreta la clausola come un divieto di tutte quelle pene che contrastino con i «mutevoli standard di decenza che definiscono il progresso di una civiltà che si fa più matura»<sup>108</sup> – la pena di morte rimane costituzionale: evidenza principe della compatibilità con gli standard morali del tempo risiede nel fatto che «[negli ultimi quattro anni] almeno trentacinque stati e gli Stati Uniti [*id est*, la legislazione federale] hanno previsto la pena di morte per almeno alcuni crimini, ed altri stati stanno meditando se fare altrettanto»<sup>109</sup>. Inoltre, la decisione sull'appropriatezza della pena di morte per determinati reati – che gli appellanti giudicavano

<sup>100</sup> *Ivi*, 33-34.

<sup>101</sup> *Id.*, *The Problems*, cit., 703.

<sup>102</sup> Che la riaffermazione della costituzionalità della pena di morte sia stata il suo contributo principale è affermazione dello stesso *id.*, *Saving Justice*, cit., 3. Cfr. anche *id.*, *The Tempting*, cit., 274-275.

<sup>103</sup> 428 U.S. 153 (1976), in R. Bork, *A Time to Speak. Selected Arguments and Writings*, Wilmington, 2008, 5 ss.

<sup>104</sup> U.S. Const. amend. VIII.

<sup>105</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 62.

<sup>106</sup> J.F. Stinneford, *The Original Meaning of "Unusual". The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation*, 102 *Nw. U. L. Rev.* 1739, 1751-1753 (2008), e *id.*, *The Original Meaning of "Cruel"*, 105 *Geo. L.J.* 441 (2017), 459 ss.

<sup>107</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 13-14.

<sup>108</sup> La notoria formula risale a *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

<sup>109</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 33.

insussistente – deve essere deferita a favore del giudizio legislativo<sup>110</sup>. L'*opinion* rigetta poi le deduzioni di eccessiva discrezionalità<sup>111</sup>, di discriminarietà razziale<sup>112</sup> e di problematicità procedurali della pena di morte<sup>113</sup>.

Ad ogni modo, come detto in precedenza, il portato strettamente giuridico allo studio della Costituzione americana non è il motivo per cui l'esperienza di Bork come *Solicitor General* è famosa. Da una parte, in qualità di *Solicitor General*, Bork firmerà l'*opinion* sulla perseguibilità di Spiro Agnew, Vicepresidente di Nixon coinvolto da un giro di corruzione risalente ai tempi in cui Agnew era Governatore del Maryland. Dall'altra parte, Bork diventerà l'«Esecutore» (*Executioner*) nel famigerato *Saturday Night Massacre*, idest la sera del 20 ottobre, 1973, in cui, al termine di uno scontro tra lo *Special prosecutor* per il caso *Watergate*, Archibald Cox, e l'amministrazione Nixon, il Presidente chiederà ai vertici del *Department of Justice* di licenziare Cox<sup>114</sup>.

La vicenda Agnew prende forma nell'agosto del 1973, quando il *Wall Street Journal* rende nota una indagine interna al *Department of Justice* nei confronti dell'allora Vicepresidente per presunte tangenti ricevute durante il suo mandato come Governatore del Maryland<sup>115</sup>. Spiro Agnew era in quel momento figura estremamente popolare tra i repubblicani, accreditato per succedere al posto di Nixon come "beniamino" della «maggioranza silenziosa»<sup>116</sup>.

In prima battuta, Agnew rigetterà tutte le accuse, rispondendo al mittente gli approcci di Al Haigh, *Chief of Staff* di Nixon, e Elliot Richardson, nel frattempo succeduto a Kleindienst come *Attorney General*, per farlo dimettere spontaneamente<sup>117</sup>. Nel tempo di due settimane, tuttavia, Agnew si convince ad accettare un *nolo contendere plea* – una sorta di patteggiamento senza ammissione di colpevolezza – con conseguenti dimissioni dello stesso<sup>118</sup>. Per quanto rimangano dubbi sui motivi del repentino cambiamento, è difficile non attribuire un ruolo all'*opinion* depositata da Bork, in qualità di *Solicitor General*: definita «muscolare» da Richardson<sup>119</sup>, in essa si afferma l'incriminabilità diretta della figura del Vicepresidente, contrastando la tesi dei legali di Agnew per cui, esattamente come per il Presidente, sarebbe stata necessaria l'interposizione di una procedura di *impeachment*<sup>120</sup>.

In ogni caso, l'evento per cui è maggiormente ricordata l'esperienza di Bork come *Solicitor General* è la sua decisione di eseguire l'ordine di Nixon finalizzato al

---

<sup>110</sup> *Ivi*, 23-24.

<sup>111</sup> *Ivi*, 47-51.

<sup>112</sup> *Ivi*, 41-43.

<sup>113</sup> *Ivi*, 43-45.

<sup>114</sup> Cfr. per un breve riassunto della vicenda ed il conio dell'appellativo di «esecutore» P. Phillips, *A Study of Robert Bork*, 19 *Ariz. St. L.J.* 425 (1987).

<sup>115</sup> P. Levy, *Spiro Agnew, the Forgotten Americans, and the Rise of the New Right*, 75 *Historian* 707, 732-33 (2013).

<sup>116</sup> *Ivi*, 731.

<sup>117</sup> *Ivi*, 733.

<sup>118</sup> *Ivi*, 736.

<sup>119</sup> R. Bork, *Saving Justice*, cit., 67.

<sup>120</sup> Cfr. *id.*, *Brief Against Vice President Spiro Agnew*, in *id.*, *A Time to Speak*, cit., 83-98.

licenziamento di Archibald Cox, *Special prosecutor* per il “caso *Watergate*”: a seguito dell’arresto, nel giugno del 1972, di cinque uomini che stavano tentando di inserire delle microspie presso il quartier generale della campagna dei Democratici – appunto, il *Watergate Hotel* – una scandalizzata opinione pubblica americana spingerà il Congresso ad iniziare, nelle sue due diverse articolazioni, un’indagine sugli eventi.

Dimessosi dalla carica l’*Attorney General* Kleindienst, Nixon sceglie come sostituto l’allora *Secretary of Defense* Elliot Richardson. Come racconta Bork stesso, «il *Judiciary Committee* del Senato condizionò la conferma di Richardson alla nomina di un procuratore speciale gradito al Senato»<sup>121</sup> per l’indagine *Watergate*: «sotto grande pressione, Richardson scelse il suo passato professore di diritto Archibald Cox. Si trattava di una scelta particolarmente sfortunata; Cox era un uomo integro, ma era anche il *protégé* del senatore Edward Kennedy – il più intenso avversario di Nixon – ed era intimamente vicino all’intera famiglia Kennedy»<sup>122</sup>. A completare il quadro, il mandato speciale di Cox era stato redatto in termini generici da Richardson, tali da permettere a Cox, e soprattutto al suo ufficio – stipato, ricorderà Bork, di militanti anti-Nixon – di estendere di fatto le loro indagini oltre il semplice caso *Watergate*<sup>123</sup>.

Lo scontro con Nixon divenne inevitabile. Quando Cox inoltrò la sua ennesima richiesta di accedere ad alcune registrazioni ambientali effettuate nello Studio ovale, Nixon – dopo aver tentato in vari modi di denegare l’accesso facendo valere l’*executive privilege*<sup>124</sup> – acconsentì a consegnare i nastri ad una figura terza, John Stennis, senatore stimato in modo trasversale dalle diverse parti politiche, il quale avrebbe scrutinato le registrazioni e consegnato a Cox soltanto quelle rilevanti per il caso *Watergate*. In un primo momento, sembrò che Cox avesse accettato la proposta e, per questo, la sera di venerdì 19 ottobre Bork chiamerà Elliot Richardson, artefice del compromesso, per congratularsi<sup>125</sup>.

Sabato 20 ottobre diventerà, contro le previsioni del venerdì, un giorno centrale nella storia di Bork. Archibald Cox, in una celebre conferenza, declinerà la proposta di Nixon. Subito dopo aver visto in diretta la conferenza di Cox, Bork è convocato nell’ufficio di Richardson. Né questi né il suo vice, Ruckelshaus, si sentono in grado di adottare l’ordine, appena trasmesso dal Presidente, di licenziare Cox, e decidono di dimettersi. Entrambi chiedono a Bork se questi pensa di poter eseguire l’ordine. «Posso licenziarlo, ma dopo mi dimetterò», risponderà Bork<sup>126</sup>.

Lo stesso sabato, Bork va a colloquio da Nixon, il quale, dopo avergli espresso il rammarico per gli sviluppi della vicenda *Watergate* – per la quale

<sup>121</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 31.

<sup>122</sup> *Ivi*, 32.

<sup>123</sup> *Ivi*, 70.

<sup>124</sup> *Idest* «il diritto del Presidente e di altri vertici dell’esecutivo di non fornire determinate informazioni al Congresso, alle corti ed in ultima istanza al pubblico». M. Rozell, *Executive Privilege and the Modern Presidents*. In *Nixon's Shadow*, 83 *Minn. L. Rev.* 1069 (1999).

<sup>125</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 78-79.

<sup>126</sup> *Ivi*, 82.

«voleva una indagine [*prosecution*], non una persecuzione [*persecution*]»<sup>127</sup> – gli chiede se desiderasse essere confermato come *Attorney General*, dal momento che le dimissioni di Richardson e Ruckelshaus lo avevano automaticamente reso *Attorney General* “supplente”. Bork declinerà, sostenendo che non sarebbe stato opportuno<sup>128</sup>. Nel congedarlo, tuttavia, Nixon gli confida che lui sarebbe stato «il prossimo, quando una posizione si fosse liberata in Corte Suprema»: Bork afferma, in ogni caso, di non aver mai creduto alla possibilità che Nixon sarebbe stato in grado di eleggerlo<sup>129</sup>.

Si concluderà così, sull'adombramento di una nomina alla Corte Suprema, il *Saturday Night Massacre* – ove il massacro era, giornalmisticamente, la falce dei vertici del Dipartimento di giustizia – una giornata che rimarrà indelebile nella storia politica americana<sup>130</sup>. Nei giorni successivi, Bork deciderà, su pressione degli stessi Richardson e Ruckelshaus, di non dimettersi «per il bene del Dipartimento», che sarebbe rimasto di fatto senza una figura di vertice<sup>131</sup>. La gestione da parte sua dell'intera vicenda porterà a due risultati: da una parte, Bork entra nello status, in positivo e in negativo, di personaggio pubblico<sup>132</sup>. Dall'altra, si cementa l'immagine di un giurista che antepone la fedeltà ad una rigorosa interpretazione della Costituzione – qui declinata nel rigido rispetto della prerogativa presidenziale di gestire, gerarchicamente, il *Department of Justice*<sup>133</sup> – a qualsiasi valutazione personale e politica. Grazie a questa prova concreta, il profilo di Bork diverrà allora particolarmente interessante per un successivo Presidente desideroso di rimettere in ordine l'apparato giudiziario federale degli Stati Uniti.

## 5. Il giudice originalista: Bork giudice federale per la Corte d'Appello del Distretto di Columbia

Continuando l'attività di *Solicitor General* per i primi anni della Presidenza Ford – elevato nel frattempo da vicepresidente a seguito dell'*impeachment* di Nixon – Bork si dimette dalla carica di *Solicitor General* il 20 gennaio 1977<sup>134</sup>. Dopo aver deciso di tornare a Yale, nel 1980 gli è significativamente affidata la cattedra di diritto pubblico, intitolata all'amico fraterno, scomparso nel 1974, Alexander M. Bickel<sup>135</sup>. A soli cinque anni dal ritorno all'insegnamento, tuttavia, Bork lascia di nuovo Yale, questa volta definitivamente. Nel dicembre del 1981, infatti, accetta

---

<sup>127</sup> *Ivi*, 85.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Ivi*, 86.

<sup>130</sup> Cfr. D. Downs, *AGAC: Beyond the Massacre*, 47 *U.S. Att'ys Bull.* 11 (1999).

<sup>131</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 82.

<sup>132</sup> *Ivi*, 92.

<sup>133</sup> *Ivi*, 98-99.

<sup>134</sup> *Ivi*, 113.

<sup>135</sup> R. Bork, *Alexander Bickel 1924-1974, The Alternative*, Apr. 1975, e *id.*, *The Legacy of Alexander M. Bickel, Yale Law Report*, Fall 1979, entrambi ora in *id.*, *A Time To Speak*, cit., rispettivamente 679 ss., 684 ss. Sull'assunzione della cattedra cfr. Aa.Vv., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. IV, Washington, 1989, 5026.

la candidatura a giudice della Corte d'Appello del Distretto di Columbia<sup>136</sup> da parte di Reagan, risultando confermato per voto unanime dal Senato il 2 febbraio seguente<sup>137</sup>.

Dei sei anni che Bork trascorre in Corte d'appello rimane, non sorprendentemente, il ritratto di un giudice deferente verso le scelte del legislatore, ma al tempo stesso pronto a far valere i diritti costituzionali sulla legge ogniqualvolta questa si fosse posta in diretto contrasto con la Costituzione. Per dirla con Peter Phillips, autore di un ritratto equilibrato – e forse ancora oggi insuperato – sul “Bork Giudice di Corte d'Appello”, «Bork era maestro delle tecniche con cui una corte può evitare o posporre una questione costituzionale sconveniente o inappropriata»<sup>138</sup>.

Il *judicial restraint* di Bork si manifesta, ad esempio, nel frequente uso della «dottrina della “questione politica” per evitare la legiferazione giudiziale»<sup>139</sup>. Così Bork sarà favorevole al rigetto della pretesa di un gruppo di parlamentari repubblicani per una «disproporzionata assegnazione dei rappresentanti repubblicani alle commissioni della Camera [da parte della maggioranza democratica] ed il conseguente decrescimento della loro influenza rappresentativa»<sup>140</sup>. In una *concurrency* «concisa ed elegante»<sup>141</sup>, Bork dichiarerà improcedibile la richiesta sostenendo che, in base alla separazione dei poteri che informa la Costituzione americana, non fosse possibile, per la Corte, conoscere di tale questione. Allo stesso modo, Bork concorderà nel denegare giurisdizione alla causa di risarcimento mossa contro alcuni Stati arabi dai sopravvissuti ad un attacco terroristico: anche qui, nella *concurrency opinion* di Bork emerge la volontà di lasciare questioni essenzialmente politiche agli organi politici e, contemporaneamente, di dare valore al dato procedurale, il quale avrebbe comunque richiesto una apposita autorizzazione per l'applicazione di un trattato internazionale in un tribunale federale<sup>142</sup>.

Di tutti i casi trattati in Corte d'Appello, tre suscitarono una eco particolare. In *Dronenburg v. Zech*<sup>143</sup>, Bork firmò una *majority opinion* che confermava la decisione di una Corte inferiore rigettante il reclamo di un ex militare della Marina licenziato per atti omosessuali sul luogo di lavoro, in accordo con il regolamento della Marina militare<sup>144</sup>. Il militare in questione, James Dronenburg, chiedeva tuttavia che la disposizione regolamentare fosse dichiarata in contrasto con il suo *right of privacy* per come definito in *Griswold v. Connecticut* e nei casi ad esso

<sup>136</sup> Non “una corte come le altre”: cfr. J.G. Roberts Jr., *What Makes the D.C. Circuit Different? A Historical View*, 92 *Va. L. Rev.* 375 (2006).

<sup>137</sup> Cfr. il database del Congresso degli Stati Uniti presso [www.congress.gov/nomination/97th-congress/891](http://www.congress.gov/nomination/97th-congress/891).

<sup>138</sup> P. Phillips, *op. cit.*, 445

<sup>139</sup> *Ivi*, 446.

<sup>140</sup> In *Vander Jagt v. O'Neil*, 699 F.2d 1166, 1177 (1983). Cfr. P. Phillips, *op. cit.*, 446.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Ivi*, 447-448.

<sup>143</sup> 741 F.2d 1388 (D.C. Cir. 1984), ora in in R. Bork, *A Time To Speak*, cit., 132 ss.

<sup>144</sup> *Ivi*, 133.

successivi<sup>145</sup>. Bork, dapprima, evidenzia come la Corte Suprema non abbia mai ritenuto il diritto ad avere rapporti omosessuali come inerente il *right of privacy* e precisa che, stante la natura assolutamente generica di questo diritto, non ci si poteva che attenere alle esemplificazioni del *right of privacy* fatte dalla Corte stessa<sup>146</sup>. Inoltre, «se la rivoluzione nei *mores* sessuali che il ricorrente afferma sarà mai a venire, pensiamo che essa debba affermarsi attraverso le scelte delle persone e i loro eletti rappresentanti, non attraverso gli ukase di questa corte»<sup>147</sup>.

In *Ollman v. Evans & Novak*<sup>148</sup>, Bertell Ollman, professore di scienze politiche di fede marxista, chiedeva il risarcimento danni per la diffamatoria affermazione di due *columnists* del *Washington Post* i quali avevano riportato l'opinione di un collega di Ollman, rimasto anonimo, secondo cui questi non «godeva di alcuna considerazione nella professione, ma era un puro e semplice attivista»<sup>149</sup>. Bork, concorrendo nell'*opinion* di maggioranza denegante la domanda risarcitoria, affermerà la necessità di un'analisi contestuale per verificare il carattere diffamatorio dell'articolo, imposta dalla natura del Primo emendamento, «il cui centro è noto ma i cui limiti e contorni sono mal definiti e [pertanto, i giudici] affrontano la mai conclusa operazione di discernere il significato della clausola da un caso all'altro»<sup>150</sup>. Dimostrandosi fedele alle idee espresse in *Neutral Principles*, Bork affermerà che «è compito del giudice dell'attuale generazione individuare come i valori dei costituenti, definiti nel mondo che loro conoscevano, si applicherebbero al mondo che noi conosciamo»<sup>151</sup>. Per questo, avendo Bork concluso in *Neutral Principles* che l'unico discorso protetto costituzionalmente è quello politico<sup>152</sup>, ed essendo Ollman «entrato nell'arena politica in cui la discussione accesa deve essere attesa e deve essere protetta»<sup>153</sup>, l'«iperbolico» commento riportato dai *columnists* Evans e Novak doveva ottenere la copertura del Primo emendamento<sup>154</sup>.

Sempre nell'ambito della libertà di parola tutelata dal Primo emendamento, *Lebron v. Washington Metropolitan Area Transit Authority*<sup>155</sup> offriva invece l'occasione per verificare la coerenza dell'interpretazione borkiana in un caso in cui – diversamente da *Ollman* – le simpatie personali di Bork non potevano che essere per il destinatario dell'attacco “diffamatorio”. Michael Lebron aveva infatti richiesto uno spazio pubblicitario all'autorità (pubblica) dei trasporti metropolitani di Washington (“WTMA”), salvo vedersela rigettare a causa della critica al Presidente Reagan contenuta nel poster che Lebron intendeva esporvi<sup>156</sup>.

---

<sup>145</sup> *Ivi*, 136.

<sup>146</sup> *Ivi*, 143-144.

<sup>147</sup> *Ivi*, 145.

<sup>148</sup> 750 F.2d 970 (D.C. Cir. 1984), ora in R. Bork, *A Time To Speak*, cit., 148 ss.

<sup>149</sup> *Ivi*, 150.

<sup>150</sup> *Ivi*, 152.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> V. *supra*, par. 3.

<sup>153</sup> *Ivi*, 162.

<sup>154</sup> *Ivi*, 163, 172-274.

<sup>155</sup> 749 F.2d 893 (D.C. Cir. 1984), ora in R. Bork, *A Time to Speak*, cit., 176 ss.

<sup>156</sup> *Ivi*, 176.

Partendo dal presupposto che «non ci sono dubbi sul fatto che l'immagine qui in gioco trasmette un messaggio politico»<sup>157</sup>, l'*opinion of the Court*, redatta da Bork, ritenne irrilevante la questione della verità o falsità del messaggio: il rifiuto della WTMA era una chiara ipotesi di censura politica, vietata dal Primo emendamento<sup>158</sup>.

La stagione giudiziale di Bork risulta così interessante per due diversi motivi: da una parte, come emerge dai casi citati, si può vedere una tendenziale, non scontata, convergenza tra le idee di Bork come professore e la sua attività giudiziale. Da altra parte, il trascorso di giudice presso la «seconda più importante corte del paese»<sup>159</sup> arricchisce la figura di Bork, già nota pubblicamente per il *Saturday Night Massacre*, di una ulteriore qualifica come «uomo di Stato». A questo punto, vi era soltanto uno scalino per poterne «completare» il profilo: la Corte Suprema degli Stati Uniti.

## 6. La mancata conferma di Bork come giudice della Corte Suprema

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 scritto<sup>160</sup>. 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<sup>161</sup>.

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

<sup>157</sup> *Ivi*, 179.

<sup>158</sup> *Ivi*, 183-184.

<sup>159</sup> C. Tobias, *The D.C. Circuit as a National Court*, 48 *U. Miami L. Rev.* 159, 183 (1993-1994).

<sup>160</sup> Cfr., *ex multissimis*, S. Garment, *The War Against*, cit., 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, 1992; E. Bronner, *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America*, New York, 1989, su cui v. A. Arthur, *Battle For Justice. How the Bork Nomination Shook America*, 1989 *BYU L. Rev.* 1277 (1989); N. Viera, L. Gross, *op. cit.*; P. Simon, *Advice & Consent. Clarence Thomas, Robert Bork and the Intriguing History of the Supreme Court's Nomination Battles*, Bethesda, 1992.

<sup>161</sup> 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?*, 75 *Marq. L. Rev.* 409, 409 (1992). 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*, 52 *Pol. Res. Q.* 403 (1999).

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 repubblicana<sup>162</sup>.

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: «La 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»<sup>163</sup>.

Bork ricorda di essersi detto certo della conferma in Senato in forza dell'appoggio convinto del Presidente<sup>164</sup>. 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 impareggiabile<sup>165</sup>. 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 precedente<sup>166</sup>.

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 Corte<sup>167</sup>. 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 – la cui strada si era già incrociata con quella di Bork<sup>168</sup> – 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,

---

<sup>162</sup> J.L. Blasecki, *Justice Lewis F. Powell: Swing Voter or Staunch Conservative?*, 52 *J. Pol.* 530, 531 (1990).

<sup>163</sup> R. Reagan, *Public Papers of the Presidents of the United States: Ronald Reagan (1988)*, vol. I, Washington, 1990, 40-41.

<sup>164</sup> R. Bork, *Saving Justice*, cit., 116.

<sup>165</sup> Cfr. B.A. Ackerman, *Transformative Appointments*, 101 *Harv. L. Rev.* 1164 (1988); S. Carter, *The Confirmation Mess*, 101 *Harv. L. Rev.* 1185 (1988).

<sup>166</sup> Scalia, tuttavia, aveva una solida base politica come nota S. Garment, *op. cit.*, 18.

<sup>167</sup> V. J.L. Blasecki, *op. et loc. ult. cit.*, e R. Dworkin, *The Bork Nomination*, cit., 102.

<sup>168</sup> V. *supra*, par. 4.

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»<sup>169</sup>. Con il discorso di Kennedy, «la guerra contro Robert Bork»<sup>170</sup> 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 negativa<sup>171</sup>. 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: «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»<sup>172</sup>.

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 impedirla<sup>173</sup>. 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 elezioni<sup>174</sup>. Questo passaggio risulterà decisivo nella bocciatura di Bork<sup>175</sup>.

<sup>169</sup> Citato in R. Bork, *The Tempting*, cit., 268.

<sup>170</sup> S. Garment, *op. cit.*, 17.

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> Il video è disponibile in [www.youtube.com/watch?v=NpFe10lkF3Y](http://www.youtube.com/watch?v=NpFe10lkF3Y). Cfr. anche S. Garment, *op. cit.*, 20.

<sup>173</sup> 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*, Lanham, 2004, 109.

<sup>174</sup> S. Garment, *op. cit.*, 20-21.

<sup>175</sup> *Ibid.*

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 1963<sup>176</sup> in cui Bork avrebbe definito il principio sottostante il *Civil Rights Act* del 1963 come «un principio di insorpassata bruttezza»<sup>177</sup>. 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 situazione, io sono giustificato nel richiedere che lo Stato ti costringa alla mia giusta via. Questo è in sé un principio di insorpassata bruttezza»<sup>178</sup>. Nello stesso articolo Bork, tra l'altro, affermava che «sulla bruttezza della discriminazione razziale non vi sono dubbi»<sup>179</sup>.

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»<sup>180</sup>. 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»<sup>181</sup>.

Al termine delle *Confirmation Hearings* la candidatura di Bork è gravemente compromessa. Gli eventi in Senato risentono della potente campagna

<sup>176</sup> R. Bork, *Civil Rights – A Challenge*, *The New Republic*, Aug. 1963.

<sup>177</sup> Parole sempre di Ted Kennedy. Cfr. Aa.Vv., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. I, 26.

<sup>178</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 22.

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> Aa.Vv., *Hearings Before the Committee*, cit., vol. I, 854.

<sup>181</sup> T. Shales, *The Bork Turnoff*, *The Washington Post*, Oct. 9, 1987.

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 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»<sup>182</sup>.

Il 9 ottobre sono oramai diverse le persone vicine a Bork che gli suggeriscono di ritirarsi per evitare lo scorno della bocciatura<sup>183</sup>. 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 vicenda<sup>184</sup>. 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»<sup>185</sup>.

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 Kennedy<sup>186</sup>.

<sup>182</sup> S. Garment, *op. cit.*, 24.

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> Cfr. M. Gitenstein, *Matters of Principle*, cit., 12.

<sup>185</sup> M.J. Heale, *Contemporary America. Power, Dependency and Globalization since 1980*, Oxford, 2011, 101.

<sup>186</sup> 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, 18518-18519.

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.

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»<sup>187</sup>. 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-politiche<sup>188</sup>. 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»<sup>189</sup>.

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 deboli<sup>190</sup>. 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 americano<sup>191</sup>. Il giudizio più chiaro lo dà Elena

---

<sup>187</sup> M. Horwitz, *The Bork Nomination in American Constitutional History*, 39 *Syracuse L. Rev.* 1027, 1029 (1988).

<sup>188</sup> «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*, 68 *J. Pol.* 296, 296 (2006). Nello stesso senso A. Ogundele, L. Camp Keith, *op. cit.*, 415-416.

<sup>189</sup> D. Yalof, *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, 1999, 207.

<sup>190</sup> Cfr. M. Comiskey, *The Senate Confirmation Process and the Quality of U.S. Supreme Court Justices*, 38 *Polity* 295, 295-96 (2006).

<sup>191</sup> Cfr. oggi, su questo punto, il fondamentale lavoro di C. Shapiro, *The Language of Neutrality*

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»<sup>192</sup>.

Infine, l'eredità più profonda, e forse anche più positiva, della vicenda Bork è lo scopercchiamento 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 l'occasione in cui la nazione si è sintonizzata sui dibattiti sul nostro futuro costituzionale in un modo senza precedenti»<sup>193</sup>; 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»<sup>194</sup>.

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»<sup>195</sup>.

## 7. *The Tempting of America* e «l'intendimento originale» della Costituzione

Il prodotto “diretto” della fallita conferma è *The Tempting of America* del 1990, best-seller di pubblico e opera che consacra definitivamente Bork nello studio 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: «la mia nomina [...] fu semplicemente una battaglia all'interno di una risalente guerra per il controllo della nostra cultura

in *Supreme Court Confirmation Hearings*, 2 *Dickinson L. Rev.* 585 (2018).

<sup>192</sup> E. Kagan, *The Confirmation Mess*, 62 *U. Chi. L. Rev.* 919, 941 (1995).

<sup>193</sup> M. Horwitz, *The Meaning of the Bork Nomination in American Constitutional History*, 50 *U. Pitt. L. Rev.* 655 (1989).

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> In R. Reagan, *op. cit.*, 40.

giuridica, la quale, a sua volta, è parte di una più larga guerra per il controllo della nostra cultura in generale»<sup>196</sup>.

Rivelare al cittadino americano lo svolgimento di questa 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 *Chief Justice* Marshall in *Marbury v. Madison*<sup>197</sup>; 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 padrone<sup>198</sup>; 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’aborto<sup>199</sup>.

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 costituzionale<sup>200</sup>, la loro affermazione è un 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

---

<sup>196</sup> R. Bork, *The Tempting*, cit., 271. Cfr. anche R. Bork, *Introduction*, in *id.*, (a cura di), *A Country I Do Not Recognize*. *The Legal Assault on American Values*, Stanford, 2005, xvi, xxx, xxvi.

<sup>197</sup> 5 U.S. 137 (1803), su cui R. Bork, *The Tempting*, cit., 20-25.

<sup>198</sup> 60 U.S. 393 (1857), su cui R. Bork, *op. ult. cit.*, 28-34.

<sup>199</sup> 410 U.S. 113 (1973), su cui R. Bork, *op. ult. cit.*, 111-114.

<sup>200</sup> Bork fa l’esempio del *dissent* di Samuel Chase in *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798), su cui R. Bork, *op. ult. cit.*, 19-20.

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»<sup>201</sup>.

L'argomentazione di Bork è lineare: «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»<sup>202</sup>.

Ma qual è, allora, questo «significato delle regole che i giudici non possono cambiare»<sup>203</sup>? Per Bork, «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»<sup>204</sup>. Ecco che, in questa coppia di pagine, si assiste al passaggio dall'originalismo come intenzione originale del legislatore (*original intent*) all'originalismo come «significato pubblico originale» (*original public meaning*)<sup>205</sup>.

Attraverso l'«intendimento originario» Bork riesce a vincere i fantasmi che già aleggiavano, storicamente, sulle sue analisi intorno all'«*original intent*». Fin dai

<sup>201</sup> Cfr. K. Whittington, *The New Originalism*, 2 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 599 (2004), 599 ss.

<sup>202</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 143.

<sup>203</sup> *Ivi*, 144.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> Bork parla, in effetti, solo di «*original understanding*», laddove la formulazione che si affermerà storicamente è quella dell'«*original public meaning*» o, più semplicemente, «*original meaning*». Cfr. G. Lawson, *Proving the Law*, 86 *Nw. U. L. Rev.* 859, 875 (1992).

tempi di *The Antitrust Paradox*, infatti, 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»<sup>206</sup>. Nel frattempo, ad aggravare il quadro, era intervenuta l'importante critica di Paul Brest che, in un celebre articolo del 1980<sup>207</sup> aveva sollevato decisivi dubbi sulla possibilità di isolare l'intenzione originaria di organismi collettivi – come, appunto, l'assemblea costituente di Philadelphia – nel momento in cui questa dovesse coincidere con la "somma delle intenzioni soggettive"<sup>208</sup> dei singoli delegati. Preso nella sua forma più ingenua, l'*original intent* non sembrava poter funzionare<sup>209</sup>.

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 scoprissimo 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»<sup>210</sup>. Come fare allora per capire il senso di una disposizione della Costituzione? «Tutto 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». In *The Tempting of America* è come se Bork accettasse le critiche di Brest ed individuasse nel «significato pubblico originario» la soluzione alle difficoltà epistemologiche dell'originalismo<sup>211</sup>.

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

<sup>206</sup> R. Bork, *The Antitrust Paradox*, cit., 56-57.

<sup>207</sup> P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *B.U. L. Rev.* 204 (1980).

<sup>208</sup> 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 è attribuibile a R. Bennett, *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, 73 *Cornell L. Rev.* 355, 355 (1988). Tuttavia, il contenuto della critica risale sempre a P. Brest, *op. cit.*, 215-217.

<sup>209</sup> P. Brest, *op. cit.*, 209-217.

<sup>210</sup> R. Bork, *The Tempting*, cit., 144.

<sup>211</sup> Gary Lawson – *clerk* di Scalia e uno degli studiosi ringraziati nell'apertura di *The Tempting of America* – attribuisce parte del merito di questo cambiamento, nel pensiero di Bork, a Steven Calabresi, assistente di Bork nella redazione dell'opera. Cfr. G. Lawson, *Reflections*, cit., 1472.

come “potere nullo” – Bork sostiene che era esattamente l’intendimento originale dei costituenti che la Costituzione fosse interpretata secondo il suo intendimento originario<sup>212</sup>.

Grazie al settimo capitolo di *The Tempting of America* – insieme con una celebre conferenza di Scalia<sup>213</sup> – l’originalismo si trasforma così da una ricerca sull’*intento* originario delle disposizioni della Costituzione ad un’indagine sul *significato* originario delle medesime<sup>214</sup>. *The Tempting of America* diviene allora il “locus classicus” del «nuovo originalismo», *idest* dell’interpretazione costituzionale come ricerca del «significato pubblico originario» della Costituzione, unica metodologia che può, citando il sottotitolo dell’opera di Bork, salvare la Corte Suprema dalla «seduzione politica del diritto»<sup>215</sup>.

## 8. I limiti dell’impostazione costituzionale borkiana

Nei ventidue anni successivi alla pubblicazione di *The Tempting of America* Bork si dedicherà ad attività diverse, dal professore di diritto, all’avvocato, al consulente politico. Incessante sarà però la scrittura di libri e articoli, che toccheranno temi nuovi come lo Stato d’Israele<sup>216</sup> o la giurisdizione universale<sup>217</sup>.

Tuttavia, la produzione di Bork successiva a *The Tempting of America* ha un minore respiro dal punto di vista delle innovazioni nel suo pensiero giuridico, e forse non senza ragioni: il «nuovo originalismo» è ormai venuto alla luce, trovando nel settimo capitolo di *The Tempting of America* il suo manifesto teorico. Una volta “risolto” il problema della corretta metodologia costituzionale, Bork può dedicarsi a spiegare le ragioni culturali sottostanti la lotta tra originalisti e nonoriginalisti, tra sostenitori del *judicial restraint* e del *judicial activism*. In altre parole, se in Bork avevano sempre convissuto, fin dal tempo degli studi sull’*antitrust*, analisi del dato giuridico-interpretativo e studio delle assunzioni ideologiche, politiche e culturali ad esso sottostanti, nella fase successiva a *The Tempting of America* la seconda dimensione prende il sopravvento.

Opera più importante di Bork come “studioso della cultura” è *Slouching Towards Gomorrah* del 1996<sup>218</sup>, anch’esso New York Times Bestseller. Qui Bork ricostruisce la genesi della cultura *liberal*, stigmatizzandola come un periodo di fondamentale decadenza, una sorta di regressione dell’intelletto e dei valori della società americana<sup>219</sup>. Per quanto le considerazioni di Bork siano ben organizzate ed in alcuni punti decisamente interessanti, il suo contributo all’interpretazione della cultura statunitense soffre forse della sua formazione comunque settoriale. Se paragonato, per esempio, a *The Culture of Narcissism*, ove Christopher Lasch

<sup>212</sup> R. Bork, *op. ult. cit.*, 153-155.

<sup>213</sup> A. Scalia, *Originalism. The Lesser Evil*, 57 *U. Cinn. L. Rev.* 849, 849-866 (1989).

<sup>214</sup> Cfr. K. Whittington, *op. ult. cit.*, 605-612.

<sup>215</sup> Il sottotitolo, appunto, di R. Bork, *The Tempting*, cit.

<sup>216</sup> R. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington, 2003, 111-130.

<sup>217</sup> *Id.*, *A Country*, cit., xxx-xxvi.

<sup>218</sup> *Id.*, *Slouching Towards Gomorrah. Modern Liberalism and American Decline*, New York, 1996.

<sup>219</sup> *Ivi*, 123-139.

affermava posizioni simili a quelle di Bork – egualmente stigmatizzanti, cioè, la decadenza e la vacuità della culturale *liberal* americana<sup>220</sup> – *Slouching Towards Gomorrah* emerge come trattazione di minor respiro, priva di quelle complessità storiche, sociologiche e psicoanalitiche che hanno reso celebre l'analisi di Lasch.

Se l'approccio giuridico di Bork negli ultimi venti anni non vive particolari stravolgimenti, può essere invece molto interessante riflettere sui punti deboli dell'interpretazione costituzionale borkiana, per come messi in luce dall'evoluzione dell'originalismo a lui successivo. Infatti, il dato generale che caratterizza l'interpretazione costituzionale statunitense successiva a *The Tempting of America* è la vittoriosa affermazione dell'originalismo: «siamo tutti originalisti ora»<sup>221</sup>, per dirla con Lawrence Solum, che riprende, a sua volta, una celebre frase di Elena Kagan durante le sue *Confirmation Hearings* come giudice della Corte Suprema<sup>222</sup>.

Il nonoriginalismo, come applicazione della Costituzione che non ritiene insuperabile l'intenzione del costituente o, quantomeno, la ritiene bilanciabile con altri valori, non ha trovato continuatori degni di nota<sup>223</sup>. Anche quanti, tutt'ora, sembrano rigettare l'etichetta di “originalisti” finiscono per abbracciarne, inconsapevolmente, gli assunti fondamentali, partecipando alla svolta storicista della dottrina costituzionale americana<sup>224</sup>. Da un dibattito *sull'originalismo – idest*, sulla vincolatività da attribuire all'intenzione del legislatore, ritenuta inderogabile dagli originalisti ed invece superabile, a determinate condizioni, nelle più diverse forme di nonoriginalismo – si è così passati ad un dibattito *nell'originalismo – idest*, sul corretto modo di interpretare ed applicare l'intenzione dei padri costituenti, in ogni caso considerata vincolante e “imbilanciabile”.

Tuttavia, “affermazione dell'originalismo” non significa necessariamente “affermazione dell'originalismo borkiano”: al contrario, pur accettando la grande premessa originalista – la vincolatività della Costituzione – alcuni aspetti dell'originalismo borkiano incontrano oggi scarso favore. Da una parte,

---

<sup>220</sup> C. Lasch, *The Culture of Narcissism*, New York-London, 224-228.

<sup>221</sup> L. Solum, *We Are All Originalists Now*, in L. Solum, R. Bennett, *Constitutional Originalism. A Debate*, Ithaca-London, 2011, 1 ss.

<sup>222</sup> «Siamo tutti originalisti». Aa.Vv., *The Nomination of Elena Kagan to Be an Associate Justice of The Supreme Court of The United States*, Washington, 2010, 62. Peraltro, parte del successo dello slogan deriva dal commento di Laurence Tribe alla “conversione originalista” di Ronald Dworkin: cfr. L. Tribe, *Comment*, in A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997, 67, e L. Rosenthal, *Originalism in Practice*, 87 *Ind. L. J.* 1183, 1244 (2012).

<sup>223</sup> Il riferimento rimane pertanto P. Brest, *op. cit.* Per una recente difesa della teoria della «Costituzione vivente» – la storica alternativa all'originalismo – v. D. Strauss, *The Living Constitution*, cit. Per una interpretazione “progressista” della Costituzione cfr. E. Chemerinsky, *We the People. A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York, 2018, 57-59.

<sup>224</sup> Un tipico esempio è J. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution. For Moral Readings and Against Originalisms*, Oxford, 2015, il quale, ponendosi nel solco di Dworkin, inevitabilmente segue il destino “diversamente originalista” di quest'ultimo: cfr. K. Whittington, *Dworkin's “Originalism.” The Role of Intentions in Constitutional Interpretation*, 62 *Rev. Pol.* 197 (2000).

l'originalismo si sviluppa in direzione *liberal*, nel momento in cui importanti costituzionalisti appartenenti a tale tradizione, anziché opporsi frontalmente all'originalismo, lo fanno approdare a risultati opposti a quelli di Bork, facendo leva sulle «maestose generalità della Costituzione»<sup>225</sup>. Dall'altra parte, gli studiosi più fedeli alla tradizione borkiana e scaliniana dell'originalismo – giornalmisticamente ritenuti di spirito conservatore – ne hanno egualmente emendato alcuni punti.

Nella prima direzione, autori come Randy Barnett e Jack Balkin, pur abbracciando l'idea dell'originalismo come «significato pubblico originario», hanno tuttavia concluso che «almeno alcune disposizioni della Costituzione sono propriamente interpretabili solo ad un livello di generalità molto ampio. Laddove molti “vecchi” originalisti si opponevano all'idea che le disposizioni “aperte” e chiaramente attribuenti diritti, nella Costituzione, conferiscano una larga discrezionalità ai giudici nel dichiarare e proteggere diritti che non sono specificamente enumerati, i nuovi originalisti hanno iniziato ad argomentare che la fedeltà al significato originario impone di concludere che alcune di quelle disposizioni richiedono proprio questo»<sup>226</sup>. Al loro fianco, si staglia, tuttora – inevitabilmente – l'ombra di Ronald Dworkin e del suo «*moral reading*» della Costituzione<sup>227</sup>.

La critica che emerge, implicitamente, all'originalismo di Bork da questo filone *liberal* è la difficoltà di applicare “neutralmente” alcune previsioni generali della Costituzione – ad esempio, il divieto di «punizioni crudeli e inusuali» dell'Ottavo emendamento – tanto a circostanze nuove quanto in presenza di una modificazione dei costumi sociali. Da questo punto di vista, le “clausole astratte” della Costituzione americana continuano, inevitabilmente, ad essere una fonte di problemi per l'originalista borkiano.

All'opposto e, se vogliamo, “nel solco di Bork”, originalisti come Gary Lawson, Steven Calabresi e Lawrence Solum, tra gli altri, hanno approfondito ed emendato diversi aspetti dell'originalismo di Bork. Dal punto di vista strettamente epistemologico, la riflessione è divenuta più “sofisticata”, almeno da quando giuristi come Lawson e Solum hanno dato un taglio intensamente filosofico all'indagine. I problemi dell'applicazione costituzionale originalista sono stati così affrontati attraverso gli strumenti della filosofia analitica, della pragmatica e dell'analisi conversazionale<sup>228</sup>. Alla “svolta storicista” portata dall'originalismo si è così affiancata una “svolta analitico-filosofica”.

Tra i vari “raffinamenti” concettuali dell'originalismo successivo a Bork, un posto privilegiato è ricoperto dalla distinzione tra “interpretazione costituzionale” (*constitutional interpretation*) e “costruzione costituzionale” (*constitutional*

<sup>225</sup> Dalla famosa definizione del Justice Jackson: «the majestic generalities of the Bill of Rights». *W. Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 639 (1943).

<sup>226</sup> P. Smith, *How Different Are Originalism and Non-Originalism?*, 62 *Hastings L.J.* 707, 716 (2011).

<sup>227</sup> Il grande continuatore della visione dworkiniana è J. Fleming, *op. cit.*

<sup>228</sup> Cfr. G. Lawson, *Reflections*, cit., spec. 1472-1477, e L. Solum, *Originalist Methodology*, 84 *U. Chi. L. Rev.* 269 (2017).

*construction*)<sup>229</sup>. Nel momento interpretativo si perviene “semplicemente” alla comprensione del significato della disposizione e se in alcuni casi questo significato “piano” può essere risolutivo per la risoluzione di un “caso della vita”, la genericità della norma ovvero dubbi sulla sussumibilità della controversia entro la formulazione giuridica – magari perché il particolare caso non sarebbe potuto mai essere nell’orizzonte di significato dell’autore: si pensi all’estensione della libertà di manifestazione del pensiero alle innovazioni tecnologiche<sup>230</sup> – richiedono altre operazioni intellettuali per la “costruzione” (*construction*) della regola specifica da applicarsi al caso concreto. Dal ragionamento per analogia all’interpretazione sistematica, queste operazioni collaterali sono accettate come un atto necessariamente creativo del giudice – seppur non arbitrario – che in tal caso si spinge al di là del “mero significato” ottenuto attraverso l’interpretazione.

Insieme ad una, per così dire, maggiore complicazione concettuale dell’originalismo, gli studiosi originalisti moderni sono accomunati da una cesura metodologica con l’impostazione di Bork, che denota per certi versi il maggiore limite di quest’ultimo. Nel pensiero di Bork, infatti, ‘originalismo’ significava due cose ad un medesimo tempo: da una parte, un’operazione intellettuale volta a scoprire il significato originario del testo – contro, quelle interpretazioni antistoriche che leggono il testo costituzionale secondo i sentimenti e gli intendimenti del tempo presente (la “Costituzione vivente”); dall’altra, inestricabilmente, ‘originalismo’ implicava anche la posizione *politica* per cui l’applicazione del diritto doveva avvenire in conformità con quel «significato pubblico originario» ottenuto attraverso l’indagine cognitiva. Oggi, gli eredi più vicini dell’opzione originalista borkiana considerano le due attività assolutamente distinte: ad una svolta “storica” e “filosofica” si è assiste una dunque ad una svolta “scientifico-metodologica” nell’originalismo.

Il motivo è presto detto: ci si è resi conto che, per quanto quotidianamente connesse, le due operazioni hanno una fibra assolutamente diversa. Indagare il significato di un determinato testo – la Costituzione – per capire che cosa il suo autore – i costituenti – intendessero comunicare è un’operazione «avalutativa», per dirla con Weber<sup>231</sup>: in quanto tale, esse può svolgersi secondi i metodi propri della scienza (*in primis*, analisi storica e teoria del linguaggio). Diversamente, sostenere che cosa le corti ed in generale gli interpreti del diritto *debbano* fare è un’attività politica che importa valutazioni di giustizia (è giusto applicare il diritto secondo il significato originario o possono esservi dei motivi validi per non farlo, ad esempio il fatto che sia stato posto in essere da un regime totalitario?) le quali necessariamente trascendono la stretta analisi scientifico-empirica, chiamando in causa la coscienza e la moralità del singolo. Nelle parole di Lawson e Seidman:

---

<sup>229</sup> *Id.*, *We Are All Originalists Now*, cit., 3-4, 22-26. L’esposizione centrale della distinzione in questione risiede in K. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999, 1-16, 195-212.

<sup>230</sup> Cfr., per un parallelismo tra questo tipo di problematica giuridica e l’applicazione della *Torah*, S. Levine, *The Constitution as Poetry*, 49 *Seton Hall L. Rev.* 737 (2019).

<sup>231</sup> M. Weber, *Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, in *id.*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922, 451 ss.

«non abbiamo nulla da dire sull'opportunità che un qualche individuo, e particolarmente i pubblici ufficiali che girano armati o comandano le persone che girano armate, debbano seguire le istruzioni contenute nella Costituzione, una volta invenute. Questa è una questione di moralità politica, non di teoria dell'interpretazione»<sup>232</sup>.

Questa svolta “scientifico-metodologica” dell'originalismo finisce, implicitamente, per mettere in luce uno dei grandi potenziali auto-frantamenti di Bork. Questi, infatti, contrastava l'utilizzo della filosofia morale in ambito giuridico, salvo non rendersi conto che, nel trattare unitamente ricerca del «significato pubblico originale» e deontologia giudiziale, finiva con l'assumere egli stesso una ben precisa politica giudiziale: dove i *liberal* volevano emendare il diritto, Bork, semplicemente, voleva conservarlo.

Per dirla nei termini forse più familiari della filosofia del diritto italiana, sintetizzati nelle limpide parole di Guastini: il principale limite metodologico di Bork risiede nella confusione tra «positivismo metodologico» con «positivismo ideologico», tra scienza e politica del diritto<sup>233</sup>. E per un giurista che ha sempre rivendicato l'autonomia scientifica della ricerca giuridica e che ha fatto della neutralità un elemento centrale della propria *jurisprudence* si tratta di una contraddizione interna, inevitabilmente, non di poco conto.

## 9. Conclusione

Nel presente contributo si è tentato di offrire una sintesi delle idee e alla figura di Robert Bork, che ha lasciato un segno molto profondo nella storia costituzionale statunitense. In estrema sintesi, si potrebbe dire che Robert Bork è stato un giurista “controcorrente” – per dirla con le parole dei suoi critici: “fuori dal corso principale” (*out of the mainstream*) – che ha rivendicato il valore della stretta aderenza dell'intenzione del legislatore nell'interpretazione giuridica – nel campo del diritto *antitrust* prima ed in quello costituzionale poi – e che ha contribuito in misura determinante alla cristallizzazione dell'originalismo nella dottrina del «significato pubblico originario».

Tuttavia, difficilmente Bork avrebbe accettato la qualifica di giurista controcorrente, essendosi sempre concepito come un mero continuatore di quella tradizione, appunto, “originale” del diritto statunitense, che affonda le proprie radici nella visione dei padri costituenti<sup>234</sup>. Come scrive nella lettera di dimissioni a Reagan: «Lei mi ha nominato presso la mia attuale Corte e alla Corte Suprema proprio perché difendo la visione tradizione del ruolo dei giudici nella Costituzione. È una visione che risale alla fondazione della nostra nazione e che è stata articolata da, tra gli altri, James Madison, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton e Joseph Story. [...] Questa visione, molto semplicemente, afferma che un giudice debba applicare alle attuali circostanze i principi fissati da coloro che

<sup>232</sup> G. Lawson, G. Seidman, *Originalism as a Legal Enterprise*, 23 *Const. Comment.* 47, 53 (2006).

<sup>233</sup> R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, n. 2/2007, 1380-1383.

<sup>234</sup> R. Bork, *The Tempting*, cit., 154-155.

adottarono la nostra Costituzione e non inventarsi dei nuovi personali principi». E prosegue, citando un suo vecchio scritto: «In una democrazia costituzionale il contenuto morale del diritto è definito dal costituente o dal legislatore, mai dalla moralità del giudice. Il solo compito di quest'ultimo – ed è un compito abbastanza grande per la saggezza, abilità e verità di chiunque – è di tradurre la moralità del costituente o del legislatore in una regola che disciplini circostanze non previste. Nell'astenersi dal dare libero sfogo ai propri desideri, nella continua e consapevole rinuncia di potere, risiede la moralità del giurista». Quella era la mia visione allora ed è la mia visione oggi»<sup>235</sup>.

La citazione mette in luce l'intima connessione tra originalismo e forma di stato. Dal punto di vista istituzionale, l'originalismo borkiano significa infatti una decisa riaffermazione dell'elemento democratico all'interno dello Stato costituzionale<sup>236</sup>. Prima ancora che un teorico dell'originalismo e della fedeltà alla "Costituzione originaria", Bork si è sempre concepito come un estimatore del valore della democrazia rappresentativa, in diretta contrapposizione all'oligarchia di quelle *elites* intellettuali che, non riuscendo a trionfare a livello popolare, sovrappopolano, per Bork, le file dell'apparato giudiziario e universitario, tentando a suo parere di far prevalere le proprie ideologie "non a monte" – in seno al normale dibattito democratico – ma a valle – in sede di applicazione giudiziale.

L'originalismo diviene pertanto, per Bork, il rimedio giuridico ad un problema politico e culturale – l'«Olimpianismo» di Kenneth Minogue<sup>237</sup> – per cui alcune "minoranze illuminate" ritengono le proprie posizioni morali così oggettivamente superiori rispetto a quelle "degli altri" da poterle sottrarre al controllo democratico: «gli olimpianici sono altamente sospettosi del popolo: "la democrazia è l'unico mezzo di coordinazione sociale tollerabile, ma fintantoché la maggioranza della persone non è divenuta illuminata, essa deve essere imbrigliata dentro un quadro di diritti che la legislazione olimpianica continuamente estende [...]». Come previsto, la Corte Suprema, che è il legislatore preferito degli olimpianici, inventa costantemente nuovi diritti per imbrigliare una maggioranza inilluminata»<sup>238</sup>. Da questo punto di vista, «l'originalismo fornisce la speranza che la struttura costituzionale del nostro Paese verrà mantenuta»<sup>239</sup>.

Per quanto sia presto per parlare una svolta in senso originalista-borkiano alla Corte Suprema – che passerebbe, inevitabilmente, per il doloroso *overruling* di certe decisioni, a partire da *Roe v. Wade* – le recenti nomine della Presidenza Trump sembrano annunciare un'inversione di tendenza rispetto ad un secolo di quasi incontrastata affermazione dell'interventismo giudiziario. Se così dovesse essere, l'originalismo diverrebbe la dimostrazione empirica che l'attivismo

---

<sup>235</sup> *Ibid.* La citazione interna è da *id.*, *Tradition and Morality in Constitutional Law*, Washington, 1984, 11.

<sup>236</sup> Cfr. R. Bork, *The Tempting*, cit., 351.

<sup>237</sup> K. Minogue, "Christophobia" and the West, *The New Criterion*, Jun. 2003.

<sup>238</sup> R. Bork, "A Country I Do Not Recognize", cit., xx-xxi. La citazione interna è di K. Minogue, *op. cit.*, 10.

<sup>239</sup> R. Bork, *Saving Justice*, cit., 123.

giudiziario non è un corollario delle “democrazie costituzionali” ma ne rappresenta soltanto una, pur frequentissima, possibilità.

Sotto diverso profilo, ed in questo superando anche una certa contraddittorietà insita nel pensiero stesso di Bork, l’originalismo come “teoria dell’interpretazione costituzionale” – contrapposto all’originalismo come politica del diritto, *idest* come “*judicial philosophy*” – rappresenta una forte rivendicazione dell’autonomia della scienza giuridica dai *desiderata* della politica: rivendicazione ancor più rilevante in un ambito materiale in cui determinate esigenze sembrano far sì, per dirla sempre con Bork, che «le regole [non abbiano] un significato indipendente dai nostri desideri»<sup>240</sup>, e dove ancora spesso gli studiosi sembrano trattare indistintamente descrizione e prescrizione<sup>241</sup>.

Se questi risultati non possono ascrivere esclusivamente a Bork, e debbono invece essere da questo condivisi tanto con gli altri “padri nobili dell’originalismo” quanto con i moderni interpreti originalisti che hanno emendato certi aspetti del pensiero borkiano, è difficile pensare che esisterebbe l’originalismo odierno senza “il caso Robert Bork”. Chissà, allora, che la diffusione dell’originalismo e la recente nomina alla Corte Suprema di giudici che ad esso direttamente si rifanno<sup>242</sup> non possano essere per Bork – “l’originalista” per eccellenza – il risultato in fondo più gratificante.

Silvio Roberto Vinceti

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

[silvioroberto.vinceti@unimore.it](mailto:silvioroberto.vinceti@unimore.it)

<sup>240</sup> *Id.*, *The Tempting*, cit., 143.

<sup>241</sup> Come osserva di recente A.D. Kolber, *How to Fix Legal Scholarmush*, 95 *Ind. L.J.* 1191 (2020).

<sup>242</sup> Sull’originalismo di Neil Gorsuch cfr. le stesse parole dell’*Associate Justice*: N. Gorsuch, *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/>. Sull’originalismo di Brett Kavanaugh, dopo alcune esitazioni iniziali, vi è oggi consenso in dottrina: v. L. Baum, *Justice Brett Kavanaugh Joins the Court*, in D. Klein, M. Marietta (a cura di), *SCOTUS 2019. Major Decisions and Developments of the U.S. Supreme Court*, Lowell, 152. Sull’originalismo di Amy Coney Barrett, qualora questa dovesse essere confermata dal Senato, v. *supra*, nota 6.