

Stephen Breyer giurista democratico

di Marco Betzu e Giovanni Coinu¹

Abstract: Stephen Breyer democratic jurist - On the occasion of Breyer's retirement after twenty-eight years as Associate Justice of the U.S. Supreme Court, this essay profiles him as an atypical jurist whose approach to the Constitution is of extreme interest. Breyer has been able to display an extraordinary capacity in finding solutions far from the polarization that has characterized the last decades of the U.S. politics. As he wrote most recently in *Dobbs*, in a constitutional system where unelected judges have the power to check elected officials, the most powerful tool at Court's disposal is acting "with judicial modesty and humility", guided by legal principles and not politics.

Keywords: active liberty; U.S. Supreme Court; federalism; free speech.

1. La moderazione e il ruolo del giudice

Il ritiro di Stephen Breyer dopo ventotto anni di servizio come *Associate Justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti fornisce l'occasione per tratteggiare il profilo di un giurista atipico, il cui approccio alla Costituzione risulta di estremo interesse per il lettore italiano.

Non è questa la sede per illustrarne il *cursus honorum*. Basti ricordare che, conformemente alla tradizione giuridica statunitense, egli ha assommato in sé sia l'esperienza di accademico, avendo insegnato per tredici anni alla Harvard Law School, sia quella giudiziaria, prima come assistente del giudice Goldberg e poi come giudice federale presso la *Court of Appeal for the First Circuit*.

La dedizione più sistematica allo studio del diritto costituzionale è arrivata più tardi, in concomitanza con la nomina nel 1994 ad *Associate Justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti, su proposta del presidente Bill Clinton, in sostituzione del giudice di nomina repubblicana Harry Blackmun. Nell'audizione in Senato, segnata da un confronto particolarmente serrato con l'allora Senatore Joseph Biden, Chairman della Commissione², Breyer

¹ Il contributo è frutto di una riflessione condivisa tra i due autori, tuttavia sono da attribuire in via esclusiva a M. Betzu i par. 2 e 3, a G. Coinu i par. 1, 4 e 5.

² Durante l'audizione Biden definì "incredibilmente presuntuosa ed elitaria" la posizione espressa da Breyer in riferimento al comportamento incorreggibilmente irrazionale dei cittadini che sottostimerebbero in modo sistematico i costi (in termini di salute e sicurezza) delle loro scelte quotidiane rispetto ai benefici derivanti da quelle stesse scelte. Il riferimento era ad uno scritto monografico del 1993 (*Breaking the vicious circle*:

tracciò l'impostazione metodologica cui rimase fedele per tutta la durata del suo servizio presso la Corte Suprema:

“I believe that the law must work for people. The vast array of Constitution, statutes, rules, regulations, practices and procedures, that huge vast web, has a single basic purpose. That purpose is to help the many different individuals who make up America — from so many different backgrounds and circumstances, with so many different needs and hopes”³.

Nella sua carriera di docente e studioso (prima) e giudice federale (poi), Breyer ha infatti avuto modo di mettere in luce una straordinaria capacità orientata all'individuazione di soluzioni lontane dalla polarizzazione politico-ideologica che ha caratterizzato, in particolare, gli ultimi decenni del sistema costituzionale statunitense⁴. Nel suo ultimo libricino pubblicato nel 2021⁵, che può essere considerato una sorta di personale bilancio a conclusione della lunga esperienza giudiziaria, Breyer afferma con assoluta chiarezza che l'approccio minimalista alle questioni e ai casi da decidere⁶, il più possibile rispettoso delle volontà espresse dagli organi democratici, è quello che ha consentito nel tempo di trovare le migliori sintesi in camera di consiglio, perché la Corte “understands less about the relevant possibilities and consequences than do others”⁷. A suo parere, invece, troppo spesso le decisioni assunte dai giudici vengono lette ed etichettate in relazione a stereotipi ideologici collegati a una specifica appartenenza politica (normalmente riferita alla provenienza del Presidente che propose la nomina del singolo giudice). In realtà la Costituzione americana è una sola: non esiste una “Constitution according to Justice Scalia or a Constitution according to Justice O'Connor”⁸ anche se, comunque, “after all, in a five-to-four decision, some judges must be wrong”⁹.

Partendo dalla considerazione secondo cui il potere giudiziario è l'unico a cui manca, come notò Hamilton¹⁰, “the power of purse and of sword”¹¹, Breyer si interroga a lungo su che cosa si fondi la legittimazione idonea ad assicurare alle decisioni della Corte Suprema l'autorevolezza necessaria perché i principi in esse affermati producano i conseguenti effetti

toward effective risk regulation, Cambridge, 1993), ove Breyer teorizzò il circolo vizioso provocato dalle (irrazionali) pressioni dell'opinione pubblica in favore di un'azione regolativa forte che, combinate con l'incapacità istituzionale di stabilire standard scientifici certi, sarebbe causa di un'attività legislativa da parte del Congresso incoerente, casuale e spesso illogica.

³ U.S. Senate, Hearings before the Committee on the Judiciary, *Nomination of Stephen G. Breyer to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, July 12, 13, 14 and 15 1994, 20 s.

⁴ C. Bassu, M. Betzu, F. Clementi, G. Coinu, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2022, 133.

⁵ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, Cambridge-London, 2021.

⁶ Si veda a proposito, in senso critico, C.R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, John M. Olin Program in *Law and Economics Working Paper No. 432*, 2008.

⁷ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 75.

⁸ *Ivi*, p. 80.

⁹ *Ivi*, p. 91.

¹⁰ A. Hamilton, *Federalist no. 78*, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, New York, 1982.

¹¹ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 9.

giuridici¹². È particolarmente preoccupato, infatti, da una questione di fondo: in un sistema democratico la Costituzione americana attribuisce a “unelected judges the power to check elected officials”¹³. Per questo lo strumento più potente a disposizione della Corte è agire con estrema prudenza: “judicial modesty and humility”, come scritto nella *dissenting opinion* del caso *Dobbs*¹⁴, sono i valori che deve seguire; laddove se ne allontani corre il rischio di “departs from its obligation to faithfully and impartially apply the law”¹⁵.

D’altro lato, il numero delle decisioni che possono provocare un significativo disaccordo politico, se confrontato con il numero totale delle decisioni dalla Corte Suprema, risulta molto limitato: la maggior parte di esse non ha una ricaduta dirompente sull’interpretazione dei valori fondanti del sistema costituzionale; quelle poche che l’hanno avuta, tuttavia, hanno fatto nel bene e nel male la storia degli Stati Uniti d’America.

Nella risoluzione di queste decisioni storiche tutti i giudici utilizzano comunque i canoni classici dell’interpretazione giuridica: il tenore letterale del testo normativo, la sua storia, i precedenti, i valori costituzionali e la volontà del legislatore. Il peso attribuito a ciascuno dei citati criteri interpretativi dai singoli giudici può essere diverso, ma Breyer è profondamente convinto che “jurisprudential differences, not political ones, account for most, perhaps almost all, of judicial disagreements. At least, that is what I have come to think, having worked at the Court over many years”¹⁶.

Political è infatti – secondo Breyer – la parola sbagliata per descrivere “even the more controversial court decisions”¹⁷. La Corte Suprema in carica, che pure è caratterizzata da un approccio conservatore, ha adottato importanti decisioni non gradite ai sostenitori del partito repubblicano: Breyer cita, tra gli altri, i recenti casi relativi all’elezione del presidente Biden¹⁸, al supporto dell’*Obamacare*¹⁹ o perfino in materia di aborto²⁰, prima della svolta conservatrice impressa in *Dobbs*. Simili oscillazioni convincono Breyer a ritenere sbagliato, in definitiva, pensare alla Corte Suprema come ad una istituzione politica: i giudici non sono “politicians in robes”²¹.

Neppure l’approccio di tipo ideologico è utilizzato dai giudici nell’esame dei singoli casi: “If I catch myself headed toward deciding a case on the basis of some general ideological commitment, I know I have gone

¹² Nella storia degli Stati Uniti più volte è, infatti, accaduto che alle decisioni della Corte suprema non sia stata data attuazione da parte dell’amministrazione in carica. Sono note in tal senso, ad esempio, le vicende che hanno seguito le decisioni assunte dalla Corte in *Worcester v. Georgia* [31 U.S. 515 81832] a proposito delle miniere d’oro nei territori dei Cherokees (S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., p. 13); in *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)] in relazione alla sostanziale inerzia da parte del Presidente, del Congresso e dello Stato del Kansas –e degli Stati del Sud in generale– nonostante la decisione unanime raggiunta dalla Corte (*ivi*, 22).

¹³ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 33.

¹⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor and Kagan *dissenting*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 51.

¹⁷ *Ivi*, 52.

¹⁸ *Texas v. Pennsylvania*, 592 U.S. ____ (2020).

¹⁹ *NFIB v. Sibelius*, 567 U.S. 519 (2012).

²⁰ *June Medical Services v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020).

²¹ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 63.

down the wrong path, and I correct course. My colleagues think the same way”²². L’allineamento che si riproduce tra i medesimi giudici nei diversi casi sarebbe invece maggiormente legato alla condivisione di una comune *judicial philosophy*, piuttosto che a convinte inclinazioni di tipo politico-ideologico. Dopo tanti anni di esperienza come giudice della Corte Suprema Breyer afferma con convinzione che i giudici rispondono solo al principio della *rule of law* e non invece alla parte politica che gli ha assicurato la nomina (“A judge’s loyalty is to the rule of law, not the political party that helped to secure his or her appointment”)²³. La “judicial philosophy is not a code word for politics”²⁴: alcuni giudici enfatizzano i canoni interpretativi connessi al profilo storico-testuale, altri a quello della volontà del legislatore e delle conseguenze pratiche delle proprie decisioni.

2. Active liberty

Nell’ambito delle teorie interpretative sulla Costituzione elaborate dalla dottrina americana, la posizione di Stephen Breyer si caratterizza per un’assoluta originalità. Pur espressamente rinunciando a costruire una teoria generale dell’interpretazione costituzionale, Breyer ha sviluppato un peculiare approccio interpretativo che può essere considerato come strettamente alternativo all’originalismo del giudice Scalia²⁵.

Il concetto fondante di tale approccio è quello di *active liberty*, intesa in via di prima approssimazione come “a sharing of a nation’s sovereign authority among its people”²⁶.

Justice Breyer, sulla scia di Ely²⁷, prende le mosse dall’idea in base alla quale il carattere democratico della Costituzione americana porrebbe non soltanto un limite nei confronti dell’attività interpretativa delle corti, improntandola a un atteggiamento di *self restraint*, ma anche un vincolo positivo consistente nell’assumere a guida del processo ermeneutico gli obiettivi democratici posti nelle disposizioni costituzionali²⁸. In questo senso la teoria di Breyer, pur accusata di una qualche vaghezza²⁹, si connette a quella tradizione interpretativa secondo cui i testi normativi devono essere letti “as the revelation of the great purposes which were intended to be achieved by the Constitution as a continuing instrument of government”³⁰. E sarebbe quindi compito dell’interprete leggere la Costituzione alla luce di

²² S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 52.

²³ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 66.

²⁴ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., 55.

²⁵ A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997.

²⁶ S. Breyer, *Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution*, New York, 2005, 15.

²⁷ J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980, 181: “a representation reinforcing theory of judicial review (...) bounds judicial review under the Constitution’s open-ended provisions by insisting that it can appropriately concern itself only with questions of participation”.

²⁸ S. Breyer, *op. ult. cit.*, 5-6.

²⁹ R. Posner, *Justice Breyer Throws Down the Gauntlet*, 115 *Yale Law Journal*, 2006, 1706: “The broader problem is that abstractions like “democracy” and “active liberty” are so vague and encompassing that they can be deployed on either side of most constitutional questions”.

³⁰ *United States v. Classic*, 313 U.S. 299, 316, (1941).

tali scopi, permettendo al testo di rispondere alle esigenze fornite dai nuovi casi, così come fece la Corte Warren, che interpretò gli emendamenti adottati nel periodo della Guerra civile in modo da consentire agli afroamericani di divenire parte attiva della comunità nazionale, “full members of the nation’s community of self-governing citizens”³¹.

L’enfasi posta sul carattere democratico della Costituzione americana si collega direttamente al suo famoso *incipit*: *We, the people* indica che è il popolo americano a farsi potere costituente, “al fine di perfezionare la nostra Unione, garantire la giustizia, assicurare la tranquillità all’interno, provvedere alla difesa comune, promuovere il benessere generale, assicurare a noi e ai nostri posteri il bene della libertà”. Si tratta di una base popolare di legittimazione per mezzo della quale “all citizens share the government’s authority, participating in the creation of public policy”³². Tutto questo non può non avere ripercussioni sul modo di interpretare la Costituzione: non un testo cristallizzato, ma – come avrebbe detto Oliver Wendell Holmes³³ – un organismo vivente improntato alla libertà partecipativa.

Applicare i valori costituzionali alle mutate circostanze fattuali: è questo per Breyer il ruolo costituzionale della Corte Suprema³⁴. In fin dei conti, quello che Breyer propugna è un approccio che al giurista italiano non può non richiamare alla mente le pagine che Franco Pierandrei scrisse sull’interpretazione evolutiva delle costituzioni, quando ribadì con fermezza che “se l’interpretazione delle norme giuridiche in generale presenta e non può non presentare carattere evolutivo, evolutiva in modo eminente è l’interpretazione delle regole costituzionali”³⁵. Dinanzi a una serie di casi variegata e proiettata nel tempo, infatti, la nuda lettera viene riempita di significati diversi attraverso i quali, in via a un tempo progressiva e simultanea, mantiene vivo l’ordinamento particolare di cui è parte nell’evolversi continuo dei rapporti sociali.

Non diversamente è a dirsi per quanto concerne l’interpretazione della legge.

Piuttosto che basarsi su una mera interpretazione letterale del testo normativo, l’idea di *active liberty* patrocinata dal Justice Breyer pone maggiore enfasi “on statutory purpose and congressional intent”³⁶, soprattutto nei casi nei quali il linguaggio legislativo non è sufficientemente chiaro. In un mondo ideale ciò non sarebbe necessario, perché giudici e legislatori condividerebbero le medesime convenzioni linguistiche, ma il mondo reale è

³¹ S. Breyer, *op. ult. cit.*, 10-11.

³² *Id.*, *op. cit.*, 33.

³³ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920): “With regard to that we may add that when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism”.

³⁴ S. Breyer, *Making Our Democracy Work: The Yale Lectures*, 120 *Yale Law Journal*, 2011, 2015: “the constitutional job of the Supreme Court judge is to apply those permanent values to ever-changing circumstances”.

³⁵ F. Pierandrei, *L’interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 509.

³⁶ S. Breyer, *Active Liberty*, *cit.*, 85.

ben diverso da quello ideale e quindi “we shall do better to use whatever tools best identify congressional purpose in the circumstances”³⁷.

Lo strumento è figlio della logica del “come se”³⁸: il giudice dovrà porsi rispetto al testo legislativo “come se” fosse un “ragionevole membro del Congresso” al fine di comprendere come questi si sarebbe comportato davanti alle circostanze del caso concreto. In ultima analisi, “how this person (...) would have wanted a court to interpret the statute in light of present circumstances in the particular case”³⁹?

Si tratta di un approccio pragmatico⁴⁰, che guarda attentamente alle conseguenze delle opzioni interpretative scelte. Se il sistema costituzionale americano si basa sull’idea di un “government of the people, by the people, for the people”, come ebbe a dire Lincoln nel celebre discorso di Gettysburg, la *fictio* del legislatore ragionevole “helps statutes match their means to their overall public policy objectives, a match that helps translate the popular will into sound policy”⁴¹.

Non può essere più grande la distanza con l’originalismo di Scalia e la sua avversione alla *living Constitution*⁴². Il merito di Stephen Breyer è stato quello di cercare di coniugare la necessità di implementare i valori fondamentali della Costituzione democratica con un pragmatismo attento alle conseguenze delle decisioni giudiziali. In questo modo, egli ha tracciato il cammino verso una terza via, alternativa all’originalismo e al non-originalismo, “that is respectful of democratic prerogatives and that makes an important place for narrow rulings in the most difficult domains”⁴³.

3. L’*active liberty* applicata al Primo Emendamento

Il campo di applicazione probabilmente più interessante dell’approccio interpretativo di Breyer è fornito dal Primo Emendamento della Costituzione americana.

L’impostazione è enunciata nella *dissenting opinion* resa in *Garcetti v. Ceballos*⁴⁴: “Because virtually all human interaction takes place through speech, the First Amendment cannot offer all speech the same degree of protection. Rather, judges must apply different protective presumptions in different contexts, scrutinizing government’s speech-related restrictions differently depending upon the general category of activity”.

Breyer non si accontenta di incasellare la manifestazione del pensiero entro le categorie fissate dalla giurisprudenza della Corte Suprema⁴⁵ e ritiene preferibile leggere il Primo Emendamento alla luce del suo scopo: “creating

³⁷ S. Breyer, *Active Liberty*, cit., 99.

³⁸ H. Vahinger, *La filosofia del “come se”. Sistema delle finzioni scientifiche, etico-pratiche e religiose del genere umano*, Roma, 1967.

³⁹ S. Breyer, *Active Liberty*, cit., 88.

⁴⁰ C. Sunstein, *Justice Breyer’s Democratic Pragmatism*, 115 *Yale Law Journal*, 2006, 1719.

⁴¹ S. Breyer, *Active Liberty*, cit., 101.

⁴² A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, cit., 41 s.

⁴³ C. Sunstein, *Justice Breyer’s Democratic Pragmatism*, cit., 1741.

⁴⁴ 547 U.S. 410 (2006).

⁴⁵ Sul tema, recentemente, C. Bassu, M. Betzu, F. Clementi, G. Coinu, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d’America*, cit., 109 ss.

and maintaining democratic decision-making institutions”⁴⁶. Lo fa valorizzando la *ratio* della disposizione costituzionale, la quale dovrebbe guidare l’interprete a distinguere i diversi contesti. In questo senso, mentre il *political speech* deve godere della massima protezione contro le limitazioni volute dal pubblico potere, perché si inserisce pienamente nel *free marketplace of ideas*⁴⁷ necessario al funzionamento del gioco democratico, non altrettanto è a dirsi per tutte quelle espressioni che non sono essenziali in un sistema democratico, rispetto alle quali si pone un problema di bilanciamento tra queste e gli interessi sottesi alla necessità di una regolazione pubblica. Al di là delle diverse categorie – *political speech*, *commercial speech*, *content neutral* – ad essere veramente decisivo è dunque il rispetto del principio di proporzionalità, che applicato alla luce della *ratio* del Primo Emendamento consentirebbe alle corti di “define and apply the categories case by case”⁴⁸.

Una recente decisione della Corte Suprema⁴⁹, rispetto alla quale Breyer ha espresso un parziale dissenso, illumina molto bene tale processo argomentativo.

Il caso riguardava il *Telephone Consumer Protection Act* del 1991, il cui scopo era quello di proteggere i consumatori dalle telefonate automatiche e preregistrate, le c.d. *robocall*. Una successiva modifica del 2015, che aveva consentito qualsiasi chiamata “made solely to collect a debt owed to or guaranteed by the United States”, è stata ritenuta incostituzionale dalla maggioranza in quanto poneva un’eccezione *content based* che non soddisfaceva uno scrutinio rigoroso perché “unconstitutionally favors debt-collection speech over political and other speech”.

Il dissenso di Breyer si basa sul richiamo ai valori protetti dal Primo Emendamento. Non c’è dubbio che le chiamate automatizzate ai telefoni cellulari dei consumatori siano effettuate attraverso un mezzo comunicativo, ma questo non basta per invocare il Primo Emendamento né per asserire, come fa la maggioranza, che l’eccezione avrebbe privilegiato il *debt-collection speech* sul *political speech* dei ricorrenti: la regolazione del recupero crediti “has next to nothing to do with the free marketplace of ideas or the transmission of the people’s thoughts and will to the government”. Breyer non contesta la validità della categoria delle *content discrimination*, che fa scattare lo scrutinio stretto di costituzionalità; ne contesta invece l’applicazione

⁴⁶ S. Breyer, *Active Liberty*, cit., 39.

⁴⁷ *Abrams v. United States*, 250 US 616, 624 (1910), ora in O.W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 105: “una volta constatato che il tempo ha avuto ragione di molte fedi battagliere, possiamo giungere a credere, più di quanto crediamo nei principi fondamentali della nostra condotta, che il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l’unica base sulla quale i nostri desideri possono comunque essere realizzati. Questa, in ogni caso, è la teoria accolta nella nostra Costituzione. La quale, come tutta la vita, è un esperimento. Ogni anno, se non ogni giorno, dobbiamo scommettere la nostra salvezza su qualche previsione fondata su conoscenze imperfette. Finché tale esperimento fa parte del sistema, penso che dobbiamo costantemente vigilare contro il tentativo d’impedire l’espressione delle opinioni che detestiamo e consideriamo esiziali, tranne che minaccino d’interferire così da vicino con i leciti e urgenti fini del diritto da rendere necessario un riparo immediato per la salvezza del Paese”.

⁴⁸ S. Breyer, *Active Liberty*, cit., 43.

⁴⁹ *Barr v. American Association of Political Consultants, Inc.*, 591 U.S. ____ (2020).

meccanica rispetto a contesti che nulla hanno a che fare con la garanzia costituzionale delle espressioni del pensiero quale finalizzata a proteggere la democrazia americana⁵⁰. Non ogni distinzione basata sul contenuto richiede uno scrutinio rigoroso perché, così opinando, si frustrerebbe il perseguimento di altri interessi pubblici in misura non proporzionata rispetto agli scopi del Primo Emendamento.

Viceversa, applicando uno scrutinio intermedio *Justice Breyer* sottopone l'eccezione legislativa a una verifica circa "the seriousness of the speech-related harm, the importance of countervailing objectives, the likelihood that the restriction will achieve those objectives, and whether there are other, less restrictive ways of doing so", ovvero, per utilizzare un linguaggio noto ai giuristi europei, il rispetto dei tre canoni in cui si sostanzia il test di proporzionalità: idoneità, necessità e adeguatezza della misura. La conclusione è che l'eccezione legislativa, considerata alla luce del contesto fattuale sul quale è chiamata a incidere, "should survive intermediate First Amendment scrutiny".

La consolidata dottrina sulla libertà di espressione non viene quindi superata, ma "destrutturata"⁵¹ da *Breyer* in base all'ideale dell'*active liberty*, in nome di un approccio pragmatico alle questioni sottoposte al giudizio della Corte. Un approccio che risulta essere molto più attento "about fine-grained matters of fact and value and so can be more transparent than mechanical categorical rules"⁵².

4. A workable democratic Constitution

Alcune posizioni espresse dal *Justice Breyer* nelle decisioni della Corte Suprema sui valori fondanti del federalismo americano costituiscono un ulteriore e interessante aspetto applicativo dell'approccio minimalista al pragmatismo interpretativo⁵³.

Qualsiasi ordinamento giuridico è infatti caratterizzato, oltre che dai principi e dalle regole scritte, da una fitta rete di prassi, relazioni ed evoluzioni sociali che ne determinano l'effettivo funzionamento. *Breyer* è ben consapevole del fatto che, nonostante le limitate revisioni formali della Costituzione, il diritto costituzionale americano non sia rimasto immutato nel tempo.

Le relazioni verticali (tra il governo federale e gli Stati) e quelle orizzontali (tra i diversi poteri) continuano a essere al centro delle quotidiane dinamiche istituzionali e hanno imposto alla progressiva espansione del

⁵⁰ "But, as I have explained, this case is not about protecting the marketplace of ideas. It is not about the formation of public opinion or the transmission of the people's will to elected representatives. It is fundamentally about a method of regulating debt collection".

⁵¹ M. Tushnet, *Justice Breyer and the Partial De-Doctrinalization of Free Speech Law*, 128 *Harvard Law Review*, 2014, 508 ss.

⁵² M. Tushnet, *Stephen Breyer and the First Amendment as Legal Doctrine*, in H.J. Knowles, S. B. Lichtman (eds), *Judging Free Speech. First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, New York, 2015, 233.

⁵³ Tali posizioni sono state efficacemente raccolte, integrate e portate a sistema nel volume S. Breyer, *Making our democracy work. A judge's view*, New York, 2010.

governo federale accelerazioni e rallentamenti non sempre lineari⁵⁴, in particolare negli ultimi decenni. Si è così determinato il superamento empirico della teoria dei modelli ciclici⁵⁵, perché il livello di polarizzazione del dibattito politico ha travolto le dinamiche federaliste americane provocando una *uncooperative* catena di azioni-reazioni: chi governa si pone come obiettivo principale ed immediato quello di cancellare le riforme approvate da chi lo ha preceduto; gli Stati, se controllati dal partito che siede all'opposizione al livello federale, si fanno nuovi difensori delle istanze integraliste della sovranità duale.

In questo clima di *hyper-partisanship* del sistema politico americano, il termine *federalismo* ha ormai assunto una declinazione piuttosto negativa.⁵⁶

Breyer riconduce l'episodio scatenante di questo particolare momento della vita politico-istituzionale americana all'elezione presidenziale del 2000, che si concluse con la ben nota decisione della Corte suprema nel caso *Bush v. Gore*⁵⁷, definita nella sua *dissenting opinion* una "self-inflicted wound"⁵⁸. Il caso aveva ad oggetto l'ordine di riconteggio dei voti popolari disposto dalla Corte Suprema della Florida a seguito del ricorso presentato dal candidato Gore. In quell'occasione, mentre la maggioranza della Corte suprema federale decise per la illegittimità di quell'ordine per contrasto con la Costituzione (perché quest'ultima attribuisce al legislatore statale, e non invece al potere giudiziario, la competenza di stabilire il sistema di selezione dei grandi elettori), Breyer (insieme ad altri tre giudici) condivise una *dissenting opinion* nella quale si ritenne, innanzitutto, che non spettasse alla Corte Suprema federale di decidere la questione e che, comunque, una volta concesso il *certiorari*, la Corte stessa avrebbe dovuto decidere in modo diverso. La principale preoccupazione di Breyer era che l'opinione pubblica avrebbe percepito qualsiasi decisione della Corte come assunta "on political preferences rather than law"⁵⁹. Breyer suggeriva invece un approccio minimalista, di self-restraint, per evitare che così come i quattro giudici dissenzianti anche milioni di cittadini americani avrebbero ritenuto quella decisione sbagliata, minando così irrimediabilmente l'autorevolezza della suprema istituzione giudiziaria degli Stati Uniti⁶⁰.

⁵⁴ C. Bassu, M. Betzu, F. Clementi, G. Coinu, *Diritto Costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 129 ss.

⁵⁵ T.J. Conlan, *Federalism and policy instability: centralization and decentralization in contemporary American federalism*, in 64/2 *Revue française de science politique* (English edition), 2014, 27.

⁵⁶ È stato sostenuto, infatti, che oramai l'argomento federalista rappresenti esclusivamente uno strumento retorico, di volta in volta, utilizzato per ostacolare l'estensione delle politiche nazionali, in particolare in materia di diritti civili e sociali, ovvero per limitare l'autonomia degli Stati (cfr. D. Landau, H.J. Wiseman, S. Wiseman, *Federalism, Democracy, and the 2020 Election*, in *Texas Law Review* (online), 2021, Vol. 99, 96).

⁵⁷ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

⁵⁸ *Ivi*, 158, nonché S. Breyer, *Making our democracy work*, cit., 70. Nello stesso senso anche E. Chemerinsky, *The self-inflicted wound*, in *California Bar Journal*, January 2001.

⁵⁹ *Ivi*, 70.

⁶⁰ La storia racconta che il timore paventato è rimasto tale perché la vicenda non ha sortito gli indesiderati effetti prospettati (S. Breyer, *Making our democracy work*, cit., 70). Nonostante la grande importanza della decisione e l'evidente disaccordo in seno alla Corte, l'opinione pubblica non diede segni di particolare rifiuto rispetto al principio di

Sposando quella giurisprudenza della Corte Suprema che ha più volte sottolineato come la Costituzione americana non preveda, né auspichi, l'assoluta separazione tra i poteri e tanto meno il netto antagonismo tra Federazione e Stati, Breyer sviluppa una personale teoria giudiziale del federalismo cooperativo⁶¹: al fine di assicurare la più stretta e fattiva collaborazione con gli Stati e gli organi costituzionali federali, la Corte deve farsi garante della “constitutional idea of federalism”. Inverare la *working democratic Constitution* significa individuare correttamente il livello di governo al quale attribuire di volta in volta il compito istituzionale di porre rimedio alle questioni giuridiche più complesse. Breyer fa espresso riferimento ai quattro criteri elaborati dal giudice Brandeis in un'opinione dissenziente nel 1932⁶²: 1) quando il Governo deve dare risposta ad un'esigenza di carattere economico-sociale, i fatti empirici hanno di solito una grande rilevanza; 2) i giudici di norma non possiedono le competenze per trovare adeguate soluzioni alle questioni di carattere economico-sociale; 3) gli organi legislativi, sono invece i più adatti a intercettare le esigenze e valutare i problemi concreti che tale tipo di questioni possono sollevare; 4) la Costituzione reca un'esplicita preferenza per le soluzioni elaborate dai rappresentanti eletti dal popolo.

Sulla base di queste ferme convinzioni, Breyer ritiene che la Corte Suprema “should often hesitate before substituting its own judgment for that of Congress”⁶³. Uno degli strumenti suggeriti è l'applicazione del principio di sussidiarietà affermatosi nei trattati comunitari e nella giurisprudenza delle corti europee⁶⁴, che incarna perfettamente i valori storici, democratici e pragmatici sottesi al federalismo costituzionale americano. Solo attraverso l'applicazione concreta di tali valori, infatti, secondo Breyer la Corte Suprema può assicurare un efficace livello di cooperazione tra gli Stati e la Federazione. Il federalismo potrebbe così aiutare il principio democratico a funzionare meglio, assicurando ai livelli di governo statale e locale un più ampio *decision-making power*, ma attribuendo contemporaneamente ampio potere agli elettori su base locale, così nuovamente inverando il fondamento della dottrina della *active liberty*, cioè della partecipazione effettiva dei cittadini allo sviluppo politico, economico e

diritto applicato e alle relative conseguenze. Tuttavia, secondo i sondaggi condotti dopo la vicenda in commento, il numero di cittadini convinti che la Corte Suprema decida seguendo motivazioni giuridiche piuttosto che politiche calò del 50% rispetto a quanto dichiarato nei sondaggi pubblicati prima del 2000 (*ivi*, 218).

⁶¹ Una consistente parte della dottrina costituzionalistica americana ha sostenuto che la separazione dei poteri per tipo ha fallito nell'intento perché le azioni di governo non sono il frutto dell'esercizio di un solo tipo di potere (M. Seifter, *Countermajoritarian legislatures*, in 121 *Columbia Law Review*, 2021, 1733 ss.; J. Bulman-Pozen, *Partisan Federalism*, in 127 *Harvard Law Review*, 2014, 1077). La polarizzazione del dibattito politico degli ultimi decenni ha dimostrato inoltre come né il potere legislativo, né quello esecutivo possano programmare le politiche in piena autonomia e che il dibattito teorico sul federalismo dovrebbe, infatti, prendere cognizione del fatto che la dicotomia centralizzazione-obiettivi nazionali e devoluzione-obiettivi statali è stata superata nei fatti (H.K. Gerken, *Federalism 3.0*, in 105 *California Law Review*, 2017, 1695).

⁶² *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1935), 280-311 (Brandeis dissenting).

⁶³ S. Breyer, *Making our democracy work*, cit., 126.

⁶⁴ *Ivi*, 123-125.

sociale del Paese; ma anche conferendo al federalismo quel pragmatismo che consente a coloro i quali sono toccati dai problemi più da vicino, di capirli e trovare la soluzione migliore. Gli Stati diventano così preziosi laboratori istituzionali, evitando che il rischio di eventuali soluzioni sbagliate sperimentate localmente possa travolgere l'intero Paese, ovvero che gli esperimenti migliori possano essere estesi a beneficio di tutti nel caso in cui le soluzioni in esse elaborate si rivelassero funzionali. Perché “States have constitutional leeway to experiment”⁶⁵.

In questa prospettiva, alcune decisioni recenti - in sé molto divisive - dimostrano come il federalismo possa ancora garantire spazi per il costruttivo confronto tra i diversi livelli di governo, a dimostrazione di come gli originari *checks and balances* siano in grado di proteggere la Costituzione anche dalle attuali distorsioni del sistema politico-istituzionale⁶⁶. La Corte Suprema, ad esempio, nella storica pronuncia sull'*Obamacare*⁶⁷ pur stabilendo che il governo federale non poteva imporre agli Stati di partecipare all'attuazione dei programmi nazionali di assistenza sanitaria, non ne ha tuttavia dichiarato l'illegittimità. In tale decisione Breyer, si è unito alla maggioranza conservatrice della Corte per sottolineare come in una situazione politica estremamente polarizzata, affinché una politica possa raggiungere i propri obiettivi, deve prevedere il coinvolgimento degli Stati attraverso un'adesione su base volontaristica e non coercitiva. Può così essere raggiunto un duplice risultato: gli Stati possono diventare funzionali al raggiungimento degli obiettivi federali; contemporaneamente, essi conservano sufficienti spazi di autonomia nell'amministrare al livello statale le politiche federali, stabilendone i criteri più adeguati alle proprie peculiari esigenze. I due livelli di governo devono “increasingly regulate in overlapping areas rather than separate spheres”⁶⁸. Grazie al contributo del giudice Breyer alla dottrina del *cooperative federalism*, questa esigenza è oramai sempre più avvertita e rende il dibattito sul federalismo in parte anacronistico.

Gli attacchi terroristici, l'estensione dei diritti sociali e infine la pandemia, tutte politiche che consumano enormi risorse finanziarie e amministrative, hanno dimostrato con chiarezza che il governo federale e quelli statali non possono che amministrare in maniera collaborativa e, possibilmente, condivisa. Come Breyer, del resto, aveva già da tempo ammonito.

5. To get it right

Nel gennaio del 2022 Stephen Breyer ha comunicato al Presidente degli Stati Uniti la sua volontà di ritirarsi dall'ufficio di giudice della Corte Suprema.

⁶⁵ *Ivi*, 122-123.

⁶⁶ Le opinioni dissenzienti redatte dal giudice Breyer costituiscono un limpido esempio della teoria del federalismo cooperativo e pragmatico. Esse non possono essere esaminate in questa sede, ma tra le tante si segnalano almeno quelle espresse in *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005); *Parents involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

⁶⁷ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

⁶⁸ J. Bulman-Pozen, *Partisan Federalism*, cit., 1083.

L'imprevedibilità degli eventi della vita ha fatto sì che oggi il Presidente sia proprio colui il quale, come abbiamo visto all'inizio di questo scritto, aveva presieduto le audizioni in Senato per la conferma come *Associate Justice*.

Diversamente da quanto sostenuto in quell'occasione, il Presidente Biden ha mostrato un grande apprezzamento per l'operato di Breyer nel corso dei suoi ventotto anni alla Corte Suprema.

Nei *remarks*⁶⁹ del Presidente emergono tutte le qualità che hanno contraddistinto l'attività del *Justice* Breyer, tra le quali la pazienza nel ricercare sempre, in ogni decisione, un terreno comune di consenso e il tentativo di tenere unita la Corte anche dinnanzi alle controversie più divisive e polarizzanti, nella consapevolezza che la legittimazione "esterna" della Corte Suprema sia essenziale per la tenuta del sistema costituzionale americano e per preservare la fiducia dei cittadini e delle altre istituzioni nei confronti della Corte.

Probabilmente, la più grande eredità di Stephen Breyer come giudice della Corte Suprema è rappresentata – come osservato anche dal Presidente Biden – dal convincimento "that a job of a judge is not to lay down a rule, but to get it right". Un'idea non soltanto professata, ma quotidianamente praticata in tutte le opinioni da lui redatte.

L'autorevolezza della Corte Suprema discende dalla consapevolezza diffusa "that the Court is guided by legale principles, not politics"⁷⁰. Una questione fondamentale e non solo americana, come è noto.

⁶⁹ *Remarks by President Biden on the Retirement of Supreme Court Justice Stephen Breyer*, 27 gennaio 2022.

⁷⁰ S. Breyer, *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, cit., p. 100.