

Statutory *stare decisis* e tenuta del precedente wrongly decided: una lettura di *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*

di Graziella Romeo

Abstract: *Statutory stare decisis and wrongly decided precedents: a reading of Loper Bright Enterprises v. Raimondo* – The article analyzes the Supreme Court’s decision in *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* to situate it within a judicial trend that appears to progressively consolidate around a restrictive reading of the *stare decisis* doctrine. The article sets off from an assessment of the status of Supreme Court’s precedents to identify specifically the so-called ‘superprecedents’, i.e. those past judgments that, because they consolidated constitutional doctrines or created legal mechanisms or guaranteed specific interests, are granted peculiar normative resistance to overruling. Against this background, the work explores the stability of the logic of superprecedents within statutory interpretation, turning then to illustrate the majority’s reasoning in *Loper Bright*. Afterwards, the article addresses critically the thesis supporting a weak conception of *stare decisis* to conclude with some remarks on the solidity of the judicial approach that *Loper Bright* appears to consolidate.

2131

Keywords: Superprecedents; Statutory interpretation; *Stare decisis*; Originalism; Supreme Court

1. Introduzione

Neil Gorsuch sedeva alla Corte Suprema solo da qualche mese quando, nel giugno 2017, chiese di aggiungere uno *statement* a margine di *Scenic America, Inc. v. Department of Transportation*¹, una piuttosto sconosciuta decisione di rigetto della *petition for certiorari* sull’applicabilità della *Chevron deference* rispetto all’interpretazione del linguaggio di contratti conclusi tra un’agenzia federale e i singoli Stati. Gorsuch scriveva: «Of course, courts sometimes defer to an agency’s interpretations of statutory law under *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council* [...] and its progeny. But whatever one thinks of that practice in statutory interpretation cases, it seems quite another thing to suggest that the doctrine (or something like it) should displace the traditional rules of contract interpretation too»². Lo *statement* proseguiva con la succinta illustrazione degli argomenti a difesa della *Chevron doctrine* e con la rapida spiegazione

¹ 583 U.S.____(2017).

² *Ibidem*, Statement of Gorsuch J., disponibile all’indirizzo internet https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-739_j426.pdf.

della loro implausibilità rispetto al caso di specie. In ogni passaggio di quel testo, Gorsuch nascondeva appena la sua perplessità rispetto alla tenuta logica di *Chevron*. Così, lo *statement* rappresentava già per molti osservatori un indizio del possibile progressivo delinarsi di un orientamento che aveva *chance* di diventare maggioritario sino a costruire i presupposti per uno storico *overruling* come *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*³. Le perplessità di Gorsuch si appuntavano su aspetti della *Chevron Doctrine* che – come ha ampiamente dimostrato il commento che precede – sono stati oggetto di ferventi critiche e corrispondono a una certa lettura della *non-delegation doctrine* che l'emergere dell'*Administrative State* sembrava aver accantonato. Cionondimeno, Gorsuch ha espresso una posizione che manifesta il più ampio disagio che la maggioranza di questa Corte dimostra rispetto a un'applicazione meccanica dello *stare decisis*. Se è vero, infatti, che la pronuncia riscrive integralmente il diritto amministrativo americano, esiste anche un'altra lettura di *Loper Bright* che pone la decisione in perfetta continuità rispetto alle posizioni in tema di interpretazione che dominano l'attuale Corte Suprema. La decisa rivendicazione del potere di interpretare la legge che, secondo la maggioranza del Collegio, *Chevron* aveva sottratto alle corti poggia sulla difesa di una tesi e di un corollario che definiscono l'orientamento del blocco conservatore. La tesi è che l'interpretazione – della legge e della Costituzione – è un'operazione che si può realizzare con metodi che garantiscono un risultato giusto, vero, definitivo. Il corollario è che, di fronte alla correttezza di questo risultato, il precedente in conflitto esprime un vincolo destinato a spezzarsi, in quanto l'interpretazione suggerita dai metodi appropriati certifica che il precedente è stato *wrongly decided*. L'assenza di forza vincolante o persuasiva non è, in questa prospettiva, una violazione del principio dello *stare decisis*. È, al contrario, contemplata da quel principio e, dunque, non lo smentisce.

In questo senso, *Loper Bright* è una sentenza che dimostra la divisione profonda tra *liberal* e conservatori ha smesso di essere definita dall'adesione al metodo originalista per spostarsi decisamente sulla tenuta dei (non solo *constitutional*) *precedents*. La giudice Ketanji Brown Jackson, nominata da Biden nell'aprile del 2022, lo aveva intuito. Quando, durante l'audizione senatoriale, le venne chiesto se condividesse l'approccio originalista all'interpretazione costituzionale, non esitò a rispondere positivamente, precisando tuttavia che il vero limite all'attivismo giudiziale è rappresentato dalla fedeltà nei confronti dei precedenti⁴. Altrimenti detto, il suo *originalism* non avrebbe mai implicato un giudizio di erroneità del precedente non-originalista.

Nel torno di tempo che separa lo *statement* di Gorsuch, le dichiarazioni di Brown Jackson e la pronuncia *Loper Bright*, la Corte ha discusso in almeno

³ 603 U.S. ____ (2024).

⁴ G. Romeo, *La neogiudice Ketanji Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *DPCE*, fasc. 3, 2022, 705, 709. Per la trascrizione dell'audizione senatoriale della giudice Ketanji Brown Jackson v. *The Nomination of Ketanji Brown Jackson to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, 21 March 2022, disponibile all'indirizzo Internet <https://www.judiciary.senate.gov/committee-activity/hearings/the-nomination-of-ketanji-brown-jackson-to-be-an-associate-justice-of-the-supreme-court-of-the-united-states>.

undici occasioni l'opportunità di un *overruling*⁵. Il confronto ha conosciuto toni accesi, quasi drammatici in *Dobbs v. Jackson*⁶, poiché il blocco conservatore e i *liberal* ragionano da prospettive opposte sulla bontà dei precedenti che hanno caratterizzato l'epopea dei diritti civili negli Stati Uniti. In questo contesto, è opportuno domandarsi come la svolta giurisprudenziale di *Loper Bright* si inserisca in questo dibattito e in quale misura le divisioni ideologiche della Corte Suprema conducano all'exasperazione di un conflitto che, ad oggi, ha ad oggetto soprattutto la tenuta dei precedenti, siano essi di natura costituzionale o meno.

Questo lavoro intende, dunque, interrogarsi sul significato di *Loper Bright* nell'ambito di un indirizzo giurisprudenziale che sembra progressivamente consolidarsi attorno a una lettura riduttiva della dottrina dello *stare decisis*. L'articolo muove da una ricostruzione dello *status* dei precedenti della Corte Suprema con l'obiettivo di identificare, in particolare, i cosiddetti *superprecedents*, ovvero quelle decisioni passate che, per il fatto di consolidare dottrine costituzionali o creato istituti e situazioni giuridiche protette, sono dotati di una particolare forza normativa e di resistenza all'*overruling*. Operata questa premessa, il lavoro esplora la tenuta della logica dei *superprecedents* nell'ambito della *statutory interpretation* e, dunque, ricostruisce il ragionamento della maggioranza nella sentenza *Loper Bright*. Successivamente, l'articolo esamina criticamente le tesi che difendono una concezione debole dello *stare decisis* per poi svolgere alcune considerazioni conclusive sulla solidità dell'orientamento giurisprudenziale che *Loper Bright* sembra consolidare.

2. Una concezione debole e una forte di *stare decisis*

Che la dottrina tradizionale dello *stare decisis* non imponga la vincolatività dei precedenti per una Corte suprema è noto. Quest'ultima, così come altre corti apicali nei paesi di *common law*, non attribuisce al proprio precedente una forza vincolante in senso stretto, ma al più un valore persuasivo. Certamente, queste corti esprimono una preferenza per la continuità giurisprudenziale e la coerenza degli indirizzi che certo dipende da una lettura forte del principio di affidamento⁷. Lo *stare decisis*, però, non è

⁵ Dal 2016 al 2024 gli *overruling* sono stati undici, come dimostra la tabella pubblicata periodicamente dal Congresso e consultabile presso l'indirizzo Internet <https://constitution.congress.gov/resources/decisions-overruled/>.

⁶ 597 U.S. 142 (2022).

⁷ F. Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge (MA), 2009, 36 ss. Schauer insiste sul fatto che di precedente si può parlare soltanto in quanto il giudice è vincolato al suo impiego sebbene egli sia intimamente convinto che esso non sia la migliore o finanche la più giusta soluzione del caso che si trova ad affrontare. Infatti, la dottrina classica del precedente prescrive l'adesione obbligatoria alla decisione passata, come chiarisce Lord Mansfield della High Court of Chancery nella sentenza *Roe v. Griffiths*, 1 Bl. Rep. 605 (1766): «precedents must be adhered to although it is not founded upon truly rational grounds and principles». Sull'obbligatorietà come elemento qualificante del precedente v. anche F. Schauer, *Why Precedents in Law (and Elsewhere) is not totally (even substantially) about analogy*, in C. Dahlman, E. Feteris (eds), *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary Perspectives*, Berlin, 2013, 45 ss. Negli Stati Uniti la debole vincolatività che la Corte Suprema riconosce al proprio precedente in materia costituzionale è stata riconosciuta già a partire dalla seconda metà dell'Ottocento: v. D.H. Chamberlain, *The*

interpretato nel senso di imporre l'ossificazione degli indirizzi giurisprudenziali alle Corti apicali e neppure contempla la tollerabilità di precedenti *wrongly decided*. Ciò non significa, tuttavia, che l'*overruling* di un precedente sia un'operazione frequente. Diverse ragioni militano a favore della fedeltà verso le decisioni passate. Oltre all'ovvia questione della prevedibilità del diritto e dell'affidamento maturato dai consociati, vi sono considerazioni meno ovvie. I precedenti hanno spesso contribuito all'elaborazione di *constitutional doctrines*, che rappresentano un insieme coerente di regole e principi che governano una determinata istituzione o materia. Questi insiemi coerenti talvolta si limitano a fornire regole applicabili a una certa classe di situazioni (ad esempio, la disciplina dei diritti civili), mentre in altre occasioni costituiscono una teoria che integra la struttura del sistema giuridico nel suo complesso (è il caso della dottrina della *pre-emption*, riguardante il rapporto tra il diritto federale e quello statale). Uno o più precedenti possono creare una "dottrina", e i giudici faranno riferimento a quest'ultima più che a un singolo precedente per la risoluzione di un determinato caso. Inoltre, le dottrine spesso testimoniano la preferenza per orientare l'interpretazione di una certa clausola costituzionale verso un obiettivo politico che è solo implicitamente presente nel testo.

Alcuni studiosi statunitensi hanno coniato l'espressione "superprecedents" proprio per riferirsi a quelle decisioni che, per il fatto di integrare sostanzialmente principi e regole di natura costituzionale, appaiono ormai contribuire alla delineazione dell'assetto costituzionale americano⁸. La categoria dei *superprecedents* è controversa e la giurisprudenza ha impiegato un linguaggio così esplicito in poche occasioni⁹. Tuttavia,

Doctrine of Stare Decisis Applied to Decisions of Constitutional Questions, in 3 *Harvard Law Review* 125 (1889).

⁸ Costituisce un *superprecedent*, per esempio, la storica sentenza *Marbury v. Madison*. Sulla teoria dei *superprecedents* v. M.J. Gerhardt, *The power of precedent*, Oxford, 2008, 178-179. Durante l'udienza di conferma della nomina, al Chief Justice Roberts è stato espressamente chiesto quale posizione avesse rispetto ai *superprecedents*, ma egli ha eluso la domanda con un generico riferimento all'importanza del principio dello *stare decisis*. V. J. Rosen, *So, Do You Believe in 'Superprecedent'?*, in *New York Times*, 30 ottobre 2005, § 4, 1. Una difesa del precedente costituzionale è poi rinvenibile in Bruce Ackerman, e, in particolare, nella sua tesi sui *constitutional moments*, ossia i momenti costituenti della storia americana, all'interno dei quali rientrano tanto gli eventi formalmente costituenti, come quello fondativo, quanto occasioni di trasformazione sostanziale e informale della Costituzione, come l'epoca del New Deal. Secondo Ackerman, le decisioni adottate in tali frangenti, rappresentano precedenti che i giudici sono tenuti a rispettare in quanto determinanti l'identità della comunità politica e della cultura giuridica americana. B. Ackerman, *We the People*, Vol. II, Cambridge (MA), 1988, 418 ss.

⁹ A. Coney Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in 91 *Texas Law Review* 1711, 1724 (2013), la quale sostiene che «the traditionally weak presumption of stare decisis in constitutional cases is both realistic about, and respectful of, pluralism». Sull'utilizzo strategico della nozione di *superprecedent* durante i *confirmation hearings* per testare le posizioni dei giuridici rispetto al tema al principio dello *stare decisis*: M. Coyle, *Hunting for 'super precedents' in U.S. Supreme Court confirmations*, Blogpost, Constitution Center 20 October 2020, disponibile all'indirizzo Internet <https://constitutioncenter.org/blog/hunting-for-super-precedents-in-u.s-supreme-court-confirmations>. Per l'utilizzo del linguaggio dei *superprecedent* v. *infra* nt. 11.

anche chi è scettico rispetto all'esistenza di precedenti insuperabili non può tacere che l'eventuale *overruling* di alcune decisioni storiche non produce semplicemente la caducazione di un principio di diritto, ma una trasformazione profonda dell'impianto costituzionale.

Così, l'espressione *superprecedent* può rappresentare uno strumento analitico per spiegare la differenza tra una concezione forte e una concezione debole dello *stare decisis*. Infatti, l'applicazione di un precedente da parte della Corte Suprema implica un'operazione intellettuale peculiare che si articola in due fasi: 1) l'elaborazione induttiva della *ratio decidendi* del precedente, depurata dai *dicta* che non sono rilevanti per la soluzione del nuovo caso, e 2) la conseguente applicazione deduttiva della regola generale così ottenuta alla questione da decidere. Questa logica garantisce che il vincolo del precedente si attivi in presenza di circostanze fattuali identiche o simili, al fine di preservare la certezza del diritto. Quando utilizzano un *superprecedents* oppure una *line of precedents*, i giudici ragionano in modo in parte diverso. Identificano un corpo di regole tratto dal precedente e dai suoi epigoni, allargando le maglie dell'ambito di applicazione della regola al caso. Le dottrine create dai precedenti, in altre parole, si applicano a una certa classe di situazioni, identificate per determinate somiglianze rilevanti. La corrispondenza tra le circostanze dei fatti di tutte le sentenze che contribuiscono a delineare la dottrina e quelle del nuovo caso da decidere viene valutata sommariamente. In questo senso, è possibile costruire, per ciascuna dottrina, una narrazione coerente che collega diverse decisioni relative allo stesso argomento (e, quindi, non necessariamente alla stessa precisa situazione di fatto). Le *doctrines* costituiscono una parte fondamentale del diritto costituzionale americano, integrando in tutto e per tutto il testo scritto.

Chevron è un esempio di *doctrine* la cui rilevanza supera la vicenda del caso concreto in quanto quella sentenza ha fornito elementi teorici e pratici per la comprensione e il funzionamento del diritto amministrativo statunitense. Da questo punto di vista, *Chevron* è un *superprecedent* di natura particolare. La sentenza, infatti, non attiene a una questione di interpretazione costituzionale, ma di legge ordinaria. Il caso cioè interroga il problema del cosiddetto *statutory stare decisis*, per il quale alcune delle preoccupazioni prima esposte si pongono in misura meno evidente per almeno due ragioni. In primo luogo, gli eventuali vuoti di disciplina determinati dal precedente caducato possono essere rimediati più facilmente dal Congresso. In secondo luogo, l'effetto sistematico della caducazione non investe elementi strutturali del sistema tali da minarne l'identità. Eppure, anche nell'ambito dei precedenti che attengono alla *statutory interpretation*, la Corte Suprema, guidata da Justice Kagan, ha recentemente individuato la categoria della "superpowered form of stare decisis"¹⁰, la quale può essere superata solo in presenza di "superspecial justification"¹¹. L'utilizzo di espressioni iperboliche evidenzia per un verso che il principio di affidamento è chiamato in questione e gravemente compromesso da un eventuale

¹⁰ V.K. Barnett, C.J. Walker, *Chevron and Stare Decisis*, in 31 *Geo. Mason L. Rev.* 475, 478 (2024). V. in particolare l'opinione di Justice Kagan in *Kimble v. Marvel Ent., LLC*, 576 U.S. 446, 456 (2015).

¹¹ *Kimble v. Marvel Ent.*, *ibid.*

overruling e, per l'altro, che il precedente ha un rilievo sistematico perché incide sulla disciplina sostanziale o procedurale di un intero istituto o perché, come nel caso di *Chevron*, detta le regole che sovrintendono alla giustiziabilità di un atto amministrativo. Di ciò sembra essere stata convinta persino l'attuale giudice Amy Coney Barrett quando, nel 2005, scrisse in un articolo in tema di *statutory precedents* che la dottrina dello *stare decisis* si radica, in queste ipotesi, nel principio della *legislative supremacy*¹². Per un verso, il Congresso è, in ossequio al principio della separazione dei poteri, il soggetto al quale deve essere attribuito il potere “to revisit statutory precedents”¹³. Per l'altro, in presenza di decisioni passate in tema di *statutory interpretation*, “congressional inaction following the Supreme Court’s interpretation of a statute reflects congressional acquiescence in it”.¹⁴ Insomma, è ragionevole sostenere che i precedenti in tema di *statutory interpretation* siano dotati di una particolare forma di resistenza all'*overruling* poiché la regola dello *stare decisis* presidia, in queste ipotesi, principi e interessi di rango costituzionale.

Eppure, se torniamo al ragionamento del giudice Gorsuch in *Scenic America*, ciò che colpisce è che egli contesta proprio la correttezza del metodo che, forte di un'operazione interpretativa nella quale la generalizzazione fa premio sull'analogia, suggerisce di impiegare il precedente come principio che orienta non tanto la soluzione del caso di specie, ma la logica complessiva del diritto amministrativo. In quel caso, infatti, i ricorrenti chiedevano l'applicazione di *Chevron* non alle norme adottate da un'agenzia federale, ma, seguendo una lettura espansiva della dottrina, all'interpretazione che quella aveva reso di un accordo concluso con una parte privata. Gorsuch ha sostenuto come questo metodo fosse sostanzialmente errato perché esulava da un apprezzamento della tenuta del ragionamento analogico. Ciò ha poi rappresentato l'occasione per esprimere perplessità rispetto alla bontà del precedente *Chevron*.

3. *Loper Bright* e la dottrina dello *stare decisis*

In *Loper Bright*, la giustificazione dell'*overruling* occupa l'ultima sezione dell'*opinion* e poggia tanto sulla natura del *reasoning* quanto su altre considerazioni, ossia la *workability* e l'apprezzamento dell'affidamento che il precedente è stato effettivamente in grado di generare. È opportuno esaminare i tre profili separatamente per cogliere la concezione che la maggioranza difende a proposito del “superprecedente”.

Rispetto alla qualità del *reasoning*, l'*opinion* offre una spiegazione piuttosto succinta¹⁵. *Chevron* è ritenuta una decisione “misguided”, che ha generato una pletora di interpretazioni e dibattiti dottrinali votati a chiarirne il significato e la portata¹⁶. La Corte prosegue sostenendo che persino il giudice Scalia, strenuo sostenitore del precedente, si era poi persuaso che

¹² A. Coney Barrett, *Statutory Stare Decisis in the Courts of Appeals*, 73 Geo. Wash. L. Rev. 317, 322-27 (2005).

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ 603 U.S. ____ (2024), *Slip op.*, 29.

¹⁶ Ibidem.

Chevron fosse difficilmente conciliabile con l'Administrative Procedure Act (APA)¹⁷. E dopo Scalia, Kennedy, Thomas, Gorsuch e Kavanaugh avevano espresso perplessità rispetto alla tenuta del ragionamento del super precedente.

La Corte dedica maggiori energie alla contestazione della *workability* di *Chevron*¹⁸. Il termine descrive l'idoneità della regola introdotta dal precedente ad essere agevolmente applicata alla classe di situazioni per la quale è stata pensata. Ebbene, per la maggioranza *Chevron* è "unworkable" perché il presupposto per la sua applicazione è l'identificazione di un'ambiguità del testo della legge. È infatti di fronte al testo ambiguo che le corti devono operare nel senso della deferenza nei confronti delle agenzie. La Corte osserva che, però, quello di ambiguità è un concetto vago e gravato da un'estrema soggettività interpretativa. Ne consegue che *Chevron* sia in realtà affidata alla sensibilità individuale dei giudici e, in ultima analisi, rappresenti uno standard di deferenza altamente incerto. La maggioranza non è persuasa dall'osservazione dei giudici dissenzienti secondo la quale la dottrina *Chevron* serve proprio nel momento in cui il giudice, dopo aver esperito ogni sforzo interpretativo, non riesca a sciogliere l'ambiguità. Sul punto l'*opinion* della Corte è piuttosto netta: «the basic nature and meaning of a statute does not change when an agency happens to be involved. Nor does it change just because the agency has happened to offer its interpretation through the sort of procedures necessary to obtain deference, or because the other preconditions for *Chevron* happen to be satisfied. The statute still has a best meaning, necessarily discernible by a court deploying its full interpretive toolkit»¹⁹. L'argomento speso è singolare, ove si consideri che questa maggioranza sottoscrive, in via generale, un postulato fondamentale dell'originalismo e cioè che il significato di un enunciato giuridico esista prima dell'attività interpretativa del giudice; quest'ultimo può solo riscoprirlo attraverso un'attenta interpretazione testualista e storicista. Ebbene, qui il Chief Justice Roberts sembra quasi rispolverare un tema Dworkiniano²⁰. Esiste una "best answer" che il giudice deve poter individuare impiegando tutto il suo armamentario interpretativo. Questo passaggio dell'argomentazione sembra rivelare, per un momento, che *Loper Bright* è soprattutto una potente *vindicatio potestatis*, un'operazione interpretativa che restituisce alla Corte Suprema una centralità nella delicata opera di *statutory interpretation* con importanti conseguenze di sistema.

Il terzo profilo di critica nei confronti della dottrina *Chevron* consiste nella confutazione del grado di affidamento che la decisione ha generato nella comunità politica e dei giuristi. Secondo il Chief Justice, *Chevron* non è mai stato un precedente autorevole in ragione della moltitudine di diverse applicazioni e interpretazioni che ha generato presso le corti inferiori. Su questo aspetto però il ragionamento si fa più incerto e l'unica prova che il

¹⁷ Ibidem, 30.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, 31.

²⁰ Il riferimento qui è alla tesi della *best answer* che Dworkin sviluppa dopo aver parzialmente abbandonato l'idea per la quale ogni hard case ammette una sola soluzione corretta presentata per la prima volta nel suo *Taking Rights Seriously (right answer)*. V. R. Dworkin, *No Right Answer?*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds), *Law, Morality and Society*, Oxford, 1977, 58.

giudice riesce a offrire a supporto di questa valutazione è l'assenza di riferimenti al precedente nella giurisprudenza della Corte Suprema dal 2016 in poi²¹. Così argomentando però, Roberts dimostra, al più, che l'*overruling* è giunto gradualmente, dopo una serie di pronunce e statuizioni che hanno anticipato l'orientamento della maggioranza.

In questo contesto, a nulla è valso il richiamo alla *judicial humility* operato nella *dissenting opinion* da Justice Kagan²². Per il *Chief Justice*, infatti, le doti di umiltà e moderazione del giudice di *common law* consistono non nell'ossequio formale del precedente, ma nel riconoscimento e nella correzione dell'errore che esso rappresenta. All'apparenza, la logica dello *stare decisis* difesa dalla maggioranza è, in un certo senso, speculare a quella della minoranza *liberal*. I giudici dissenzienti immaginano lo *stare decisis* come presidio a favore della certezza del diritto e della separazione dei poteri. Per la maggioranza, invece, un'applicazione automatica di quel principio implica la rinuncia del giudice all'esercizio della sua propria funzione di applicare e interpretare la legge e, dunque, lo svilimento della *separation of powers*. Si tratta però di una contrapposizione tra logiche retoricamente impiegate dalle due componenti del Collegio. La sostanza del disaccordo, infatti, sembra risiedere altrove.

4. Overruling e *statutory stare decisis*

L'attuale maggioranza della Corte difende un'idea che smantella, forse persino al di là delle intenzioni dei giudici, la logica delle *lines of precedents* che costruiscono l'ossatura delle *doctrines*. Il blocco conservatore, infatti, è persuaso che il precedente debba essere superato quando si ponga in contrasto con un'interpretazione testuale del testo oppure quando, per la sua portata innovativa, tradisca la logica originale della Costituzione. La novità di questa posizione non sta nella tesi per cui un precedente possa essere ritenuto errato in ragione di un'interpretazione del testo costituzionale che lo smentisca. Questa idea è stata sostenuta dal giudice Stevens in *Apprendi v. New Jersey*²³. In questo caso, la Corte Suprema ha affrontato una questione che metteva in discussione il *corpus* di precedenti riguardanti le garanzie

²¹ La Corte presieduta da Roberts è nota per una certa flessibilità nell'applicazione delle *doctrines* sulla deferenza in favore delle agenzie. Sebbene le regole enunciate nei precedenti *Chevron* (ma anche *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 461 (1997)) non fossero mai state revocate in dubbio prima di *Loper Bright*, i giudici supremi ne hanno spesso circoscritto le ipotesi di applicazione e, soprattutto, hanno privilegiato le tecniche di *statutory interpretation* (v. per esempio la decisione *Rapanos v. United States*, 547 U.S. 715 (2006) e, in particolare, le posizioni espresse, nella *plurality opinion*, da Scalia, su cui A. Graham, *Searching for Chevron in Muddy Waters: The Roberts Court and Judicial Review of Agency Regulations*, in 60 *Admn. L. Rev.* 229 (2008)). In un numero consistente di casi decisi dalla maggioranza conservatrice, poi, il mancato richiamo di una delle *deference doctrines* è dipeso dalla scelta di risolvere la controversia attraverso il ricorso ai canoni dell'interpretazione della legge (T.W. Jones, *Textualism and Legal Process Theory: Alternative Approaches to Statutory Interpretation*, in 26 *J. Legis.* 45 (2000)). In altri termini, la Corte aveva già chiarito che la *statutory interpretation* può risolvere le ambiguità del testo e rende superfluo o quantomeno ancillare il richiamo alle dottrine sulla deferenza.

²² 603 U.S. ____ (2024), Kagan, J., dissenting opinion, 3, 25.

²³ 530 U.S. 466 (2000).

procedurali. In particolare, la Corte doveva decidere se la clausola del giusto processo del XIV Emendamento richiedesse che ogni circostanza aggravante, che comportasse un aumento della pena oltre il limite massimo previsto, dovesse essere valutata dalla giuria popolare e provata al di là di ogni ragionevole dubbio. La catena di precedenti avrebbe suggerito una risposta negativa, poiché il caso *McMillan v. Pennsylvania*²⁴ aveva stabilito il principio secondo cui qualsiasi elemento fattuale che influenzi la determinazione della pena può essere valutato senza la necessità di uno standard particolare di prova, una volta che la giuria ha emesso un verdetto di colpevolezza. Il giudice Stevens, scrivendo per la maggioranza, aveva proceduto a un'interpretazione del XIV Emendamento nel senso del parziale superamento del precedente *McMillan*, affermando la necessità che la giuria valutasse ogni circostanza fattuale che comportasse un aumento della pena oltre i limiti stabiliti dalla legge, secondo lo standard di prova previsto dalla formula “al di là di ogni ragionevole dubbio”. *Apprendi* è così diventata un simbolo del superamento dei precedenti grazie a uno sforzo interpretativo che confronta una determinata interpretazione della Costituzione direttamente con il testo costituzionale, senza chiamare in causa le decisioni passate.

La novità di questo Collegio, dunque, non sta certo nel giustificare il superamento del precedente sulla base di una valutazione sulla qualità del ragionamento. Ciò che rende questa sentenza e, per estensione, la posizione offerta da questa maggioranza particolarmente significative è che la qualità del ragionamento è valutata sulla base della sua compatibilità con letture di stampo originalista o testualista del testo costituzionale²⁵. *Dobbs v. Jackson* rappresenta la sentenza con la quale la maggioranza ha colto l'occasione per esporre questa tesi²⁶. Infatti, in quella decisione la correttezza del ragionamento del precedente *Roe v. Wade*²⁷ è stata misurata rispetto a un'interpretazione del testo e della storia costituzionale, alla ricerca di una continuità storico-giuridica che la decisione passata aveva interrotto²⁸. Il precedente, in questa prospettiva, non si saldava armonicamente con la storia, ma anzi rappresentava una rottura e, proprio per questo, si esponeva alla critica di essere stato *wrongly decided*.

Si potrebbe ritenere che *Loper Bright* racconti una storia molto diversa da quella offerta da *Dobbs*. Il metodo originalista non è applicato nella sua

²⁴ 477 U.S. 79 (1986).

²⁵ La Corte Suprema ha approfondito i criteri che giustificano il superamento di un precedente costituzionale. In particolare, nella sentenza *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees*, la Corte offre un elenco non esaustivo di elementi che suggeriscono l'idoneità di una sentenza a essere superata: 1) qualità del ragionamento del precedente; 2) applicabilità del principio o della regola di diritto contenuti nel precedente nelle circostanze del caso; 3) coerenza sistematica del precedente; 4) sviluppi nelle circostanze fattuali rispetto al momento in cui il precedente è stato deciso; 5) fiducia sviluppata da soggetti privati, autorità pubbliche, tribunali e dalla società nel suo complesso.

²⁶ 597 U.S. 142 (2022).

²⁷ 410 U.S. 113 (1973).

²⁸ G. Romeo, *Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne*, in *BioLaw Journal*, 2023, disponibile all'indirizzo internet <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/2589>.

classica versione²⁹. Eppure, la sentenza è ideologicamente originalista nel recupero del testo costituzionale che assegna l'esclusiva potestà legislativa ordinaria al Congresso. Ciò avviene a prescindere dalla circostanza per cui l'attribuzione della potestà legislativa esclusiva nel testo originario non rispecchia le trasformazioni dettate dall'articolazione del potere nell'*Administrative State* e, dunque, dalla progressiva differenziazione delle funzioni che chiama in causa agenzie ed enti a garanzia del funzionamento ordinario dello Stato federale. Similmente a nulla vale il progressivo radicamento, dovuto anche all'acquiescenza del Congresso, di un'interpretazione dell'APA nel senso favorevole alla discrezionalità delle agenzie. Così, il ragionamento propugnato da Amy Coney Barrett sulla *legislative supremacy* come presupposto teorico degli *statutory precedents* subisce una singolare torsione logica per cui la potestà legislativa è tutelata solo se la *statutory interpretation* diventa compito delle corti e, dunque, solo se in ogni momento alle corti sia consentito di sindacare la discrezionalità amministrativa in tema di interpretazione della legge di cui le agenzie sono chiamate a garantire l'attuazione.

Questa posizione è coerente con i presupposti teorici dell'originalismo poiché, in ultima analisi, difende la forza normativa della costituzione originaria, anche al costo di non riconoscere che la dottrina *Chevron*, come ha ammesso in passato la stessa Corte, pervade l'intero *corpus* del diritto amministrativo statunitense³⁰.

La lettura originalista di *Loper Bright*, tuttavia, sembra subito contraddetta da un'affermazione che si trova in chiusura del paragrafo dedicato allo *stare decisis*. Il Chief Justice, infatti, si affretta a scrivere che «we do not call into question prior cases that relied on the Chevron framework. The holdings of those cases that specific agency actions are lawful—including the Clean Air Act holding of Chevron itself—are still subject to statutory stare decisis despite our change in interpretive methodology ... Mere reliance on Chevron cannot constitute a “special justification” for overruling such a holding, because to say a precedent relied on Chevron is, at best, “just an argument that the precedent was wrongly decided»³¹. L'affermazione si pone in contrasto con la vigorosa critica alla difesa di principio dello *statutory stare decisis* e sembra così evidenziare la preoccupazione di una Corte che è consapevole di aver demolito un elemento strutturale del diritto amministrativo americano. Salvare gli epigoni di *Chevron* o, almeno, alcuni tra essi equivale a ridurre l'impatto dell'*overruling*. Al contempo, la cauta delimitazione degli effetti della caducazione del precedente offre l'occasione per interrogarsi su quale sia, in ultima analisi, l'obiettivo della Corte. Una risposta coerente con le premesse del ragionamento della Corte è sicuramente: la salvaguardia del potere giudiziario di applicare e interpretare le leggi. Ebbene, questa risposta è solo parzialmente soddisfacente. È senz'altro vero che il Collegio vuole riespandere i propri poteri. Cionondimeno, questa maggioranza sembra

²⁹ V. in particolare G.F. Ferrari, *Loper Bright: cronaca di una morte annunciata?*, in questo fascicolo della *Rivista*, 2125.

³⁰ *Kisor v. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400, 2422 (2019) (che rinvia a *Michigan v. Bay Mills Indian Cmty.*, 572 U.S. 782, 798 (2014)).

³¹ 603 U.S. ____ (2024), Slip op., 34.

preoccupata anche di un altro profilo ossia delle implicazioni di sistema del potere di interpretazione autentica riconosciuto alle agenzie. Il *Chief Justice* scrive: «Rather than safeguarding reliance interests, Chevron affirmatively destroys them. Under Chevron, a statutory ambiguity, no matter why it is there, becomes a license authorizing an agency to change positions as much as it likes»³².

Il potere di interpretare le leggi di cui sono chiamate a dare esecuzione ha spesso consentito alle agenzie di assicurare continuità a indirizzi politici presidenziali, anche in presenza di Congressi riluttanti in tempi di governo diviso. L'esempio più significativo è la nota *Dear Colleague Letter* con la quale il Segretario Aggiunto dell'Istruzione per i diritti civili presso il Department of Education (DoE) e il capo della Divisione Diritti Civili del Department of Justice (DoJ) hanno chiarito la portata del Title IX dell'Education Amendments of 1972 e delle sue normative attuative³³. La lettera mirava a giustificare l'applicabilità del Titolo IX agli studenti transgender nelle scuole che ricevono finanziamenti federali. L'amministrazione aveva, in numerose occasioni, affermato che il termine "sesso" presente nel Titolo IX doveva essere interpretato come comprendente "identità di genere" e, quindi, "identità transessuale". In una lettera del 2010, il DoE aveva affermato che "il Titolo IX protegge tutti gli studenti, inclusi gli studenti transgender (LGBT), dalla discriminazione sessuale". Nell'aprile 2014, l'Ufficio per i Diritti Civili (OCR) aveva operato un riferimento generale alle "denunce di discriminazione basata sull'identità di genere o sul mancato rispetto delle nozioni stereotipate di mascolinità o femminilità". Nel dicembre 2014, poi, un promemoria emesso dal Procuratore Generale Eric Holder aveva chiarito che il termine "sesso" doveva essere inteso nel senso di comprendere la discriminazione basata sull'identità di genere, incluso lo *status* di *transgender*. Similmente, l'Amministrazione per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro (OSHA) aveva espresso la propria opinione adesiva nel giugno 2015. Infine, il 3 maggio 2016, la Commissione per le Pari Opportunità di Lavoro (EEOC) aveva pubblicato un "Fact Sheet" concludendo che il divieto di discriminazione sessuale in base al Titolo VII si applicava anche all'identità di genere. L'insieme di queste statuizioni interpretative mirava a dettare un'interpretazione del Titolo IX che avrebbe dovuto essere determinante per la Corte Suprema impegnata a risolvere un caso di discriminazione nell'accesso ai servizi igienici, sollevato da studenti la cui identità di genere non corrispondeva al sesso biologico alla nascita. La Corte finì per negare il *certiorari*, ma l'Amministrazione aveva compiuto i passi necessari per vincolare l'interpretazione della legge, pur in assenza di un intervento del Congresso.

Le circolari interpretative, in altri termini, possono avere conseguenze sull'ambito di applicazione della legge anche in presenza di situazioni giuridiche controverse rispetto alle quali il compromesso politico non è stato raggiunto. Tali conseguenze sono particolarmente apprezzabili quando il Presidente ritiene l'oggetto della circolare interpretativa di assoluta

³² Ibidem, 35.

³³ La vicenda è ricostruita da G. Romeo, N. Palazzo, *Who Fears the Big Government? A Coordinated Attempt to Downsize Federal Agencies' Power in the United States*, *Global Jurist*, 2018, 4.

rilevanza nell'agenda politica del proprio mandato. Qualche anno dopo la *Dear Colleague Letter*, nel 2019, il Presidente Trump si trovò in una situazione analoga quando il DoJ e il Department of Homeland Security emanarono una *rule* con lo scopo di limitare le domande di asilo e protezione internazionale da parte degli immigrati che provenivano dalla frontiera meridionale³⁴. Anche in quel caso la questione giunse alla Corte Suprema che adottò un decreto di sospensione, accompagnato dalla *dissenting opinion* delle giudici Sotomayor e Ginsburg, delle due ordinanze della Corte Distrettuale dello Stato della California che avevano, a loro volta, bloccato l'applicazione della nuova *rule*³⁵.

Le due vicende confermano che, per un verso, il ruolo sostanzialmente normativo delle agenzie può essere impiegato strategicamente da ogni parte politica, per l'altro che la Corte Suprema già da qualche tempo avvertiva la centralità della questione della posizione delle agenzie nel sistema costituzionale e attendeva il momento giusto per pronunciarsi. Infatti, nel dibattito, tanto accademico quanto politico, il ruolo delle agenzie nel processo decisionale è spesso associato all'idea dell'iper-regolamentazione e all'espansione del governo federale a spese degli Stati³⁶. In altre parole, l'*Administrative State* è spesso inteso come un sinonimo del "big government" che impone una regolamentazione pervasiva a ogni livello di governo³⁷. Non è dunque un caso che il partito Repubblicano abbia, negli ultimi anni, avanzato proposte legislative finalizzate a limitare il potere delle agenzie³⁸. La tesi politica che sostiene queste proposte è che, attraverso un ridimensionamento delle agenzie, si possa ristabilire la responsabilità del

³⁴ Rule 16 luglio 2019 (84 Fed. Reg. 33829). Il provvedimento normativo inibiva la presentazione di domande di asilo e di protezione internazionale agli immigrati che giungevano alla frontiera meridionale degli Stati Uniti, avendo precedentemente attraversato il Messico ovvero altro paese terzo senza avervi richiesto rifugio. La *rule* limitava sensibilmente la titolarità del diritto all'asilo negli Stati Uniti. L'*asylum statute* (94 Stat. 105, codificata nel 8 U. S. C. §1158. See §1158(b)(2)(C)), infatti, prevede che qualunque non cittadino possa chiedere asilo negli Stati Uniti, benché con talune puntuali eccezioni. Per esempio, la domanda di asilo può essere trasferita altrove o negata quando il non cittadino può essere ricollocato in un terzo paese sicuro. Inoltre, la legge sull'asilo chiarisce che l'eventuale normativa secondaria deve essere coerente con le disposizioni della legge stessa. La nuova regola, invece, contemplava un'eccezione generalizzata per tutti coloro che attraversavano il confine meridionale degli Stati Uniti, a meno che essi non fossero stati in grado di provare di aver infruttuosamente chiesto asilo in Messico o in altro paese del Sud America attraversato prima di giungere sul suolo statunitense.

³⁵ Il riferimento è qui al caso *East Bay Sanctuary Covenant* (588 U. S. ___ (2019)).

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ J.D. Blum, G. O. Hethcoat II, *Medicaid Governance in the Wake of National Federation of Independent Business v. Sebelius: Finding Federalism's Middle Pathway, from Administrative Law to State Compacts*, in 45(3) *J. Marshall L. Rev.* 601 (2012).

³⁸ V. in particolare le proposte di legge *Regulation from the Executive in Need of Scrutiny Act* (REINS) S. 21, 115th Congress (2017–2018), presentata al Senato il 4 gennaio 2017, disponibile all'indirizzo www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/21 e *Regulatory Accountability Act* (RAA), S. 951, 115th Congress (2017–2018), presentata al Senato il 24 aprile 2017, disponibile all'indirizzo internet <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/951>.

Legislatore “nei confronti del popolo americano per le leggi imposte loro”³⁹. Si tratta forse del passaggio in cui l’affinità ideologica di queste posizioni con l’originalismo è più evidente. Per gli originalisti, del resto, il recupero della Costituzione nel suo testo originario equivale alla salvaguardia del momento più alto di manifestazione della volontà politica del popolo. Se letta da questa prospettiva, la pronuncia *Loper Bright* si inserisce nel quadro di una più ampia rivisitazione di temi cari all’agenda conservatrice, rispetto ai quali l’originalismo offre un approccio argomentativo, un metodo, senza essere l’elemento determinante.

5. Conclusioni

La sentenza *Loper Bright* ha dischiuso diverse prospettive di dibattito, tanto nell’ambito del diritto amministrativo, quanto in quello del diritto costituzionale. In questo campo, il significato della pronuncia rispetto alla tenuta del principio dello *stare decisis* è apprezzabile alla luce di un indirizzo giurisprudenziale favorevole al ridimensionamento della portata del vincolo delle decisioni passate. Da questa prospettiva di analisi, ciò che rende questa pronuncia una svolta giurisprudenziale carica di implicazioni anche per la dottrina dei precedenti è la conferma di una tesi difesa dalla maggioranza già in *Dobbs*: la qualità del *reasoning*, misurata rispetto alla sua coerenza con l’impianto originario della Costituzione, fa premio sulle considerazioni relative al radicamento della soluzione offerta dalla decisione passata nell’ordinamento vigente e, dunque, sull’affidamento che ha determinato. Del resto, il permanere di margini di interpretazione del principio di diritto offerto dal precedente è di per sé segno della sua inapplicabilità alla categoria di situazioni per il quale è stato elaborato. In questo quadro, la decisione deve tornare alle corti. *Loper Bright* è, dunque, una sentenza originalista a metà. Per un verso ripropone un tema caro agli originalisti e cioè il ritorno al popolo, alle sedi rappresentative, come momento di realizzazione del disegno costituzionale, per l’altro impiega il metodo originalista senza mai invocarlo espressamente. La pronuncia, dunque, apre spazi di riflessione sull’equilibrio e sulla progressiva deresponsabilizzazione del Congresso rispetto all’indirizzo politico. Tuttavia, la portata retorica dei temi originalisti è qui particolarmente evidente perché nessuna pronuncia recente come *Loper Bright* riposiziona la Corte Suprema, e non l’organo rappresentativo, al centro degli equilibri politici della Nazione.

Graziella Romeo
Dip.to Studi Giuridici “A. Sraffa”
Università comm.le “L. Bocconi”
graziella.romeo@unibocconi.it

³⁹ La citazione deriva dal testo di presentazione della proposta di legge REINS. Su questi aspetti v. anche S. Rose-Ackerman, *A Regulatory Revolution is Under Way*, in *The Hill*, 2 marzo 2017, disponibile all’indirizzo internet <https://thehill.com/blogs/pundits-blog/the-administration/322127-a-regulatory-revolution-is-underway/>.

