



## **GORSUCH *AFTER* SCALIA. IL PROCEDIMENTO DI NOMINA ED IL PENSIERO DEL PRIMO *JUSTICE* DI DONALD TRUMP ALLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI\***

di Paolo Bonini<sup>1</sup>

Sommario: Introduzione – 1. La procedura di nomina dei *Justices* della *Supreme Court of the United States* tra poteri presidenziali e competenze del Senato – 2. La candidatura di Gorsuch ed il *confirmation hearing* – 3. Il pensiero di Neil Gorsuch in Diritto penale e civile nel raffronto con quello di Antonin Scalia – 4. Il Diritto amministrativo, la *Chevron deference*: perché Gorsuch non è Scalia – 5. L'ermeneutica di Gorsuch al confine tra etica e Diritto – 6. Conclusioni

### **Introduzione**

La morte del *Justice* Antonin Scalia, il 16 febbraio 2016, ha lasciato vacante un seggio della Corte Suprema<sup>2</sup>. Il presidente Barack Obama ha tentato di sostituirlo proponendo Merrick Garland al suo posto. Tuttavia dopo un ostruzionismo dei Democratici al Senato (a maggioranza Repubblicano) durato più di 290 giorni, la proposta di nomina è stata ritirata. Il presidente Donald Trump, in seguito alla vittoria elettorale, ha subito proposto il suo candidato: Neil Gorsuch, al momento della candidatura giudice della *Court of Appeal* del decimo distretto federale (primo seggio).

In queste pagine si propone una ricostruzione degli aspetti giuridici della procedura di nomina dei giudici della Corte suprema, una cronaca della candidatura di Neil Gorsuch ed infine una analisi del suo pensiero, dei suoi criteri ermeneutici come emergono da alcuni casi significativi e dalla monografia *The future of assisted suicide and euthanasia*, funzionale a comprendere il profilo del nuovo membro della Corte Suprema.

\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

<sup>1</sup> Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale presso l'Università degli Studi di Roma "Sapienza" e *Visiting Research Fellow* presso la *School of Law* della *Fordham University* di New York.

<sup>2</sup> Per la ricostruzione del pensiero di Scalia e del suo ruolo nella Corte e nel panorama giuridico statunitense si rimanda per primo a F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *Federalismi.it*, 4/2016, il quale spiega, con interessanti riferimenti bibliografici italiani e statunitensi, la particolarità di Scalia nel contesto statunitense e la difficoltà di una armoniosa successione.

Il dibattito sulla procedura di nomina e sulla evoluzione del ruolo della Corte Suprema è sterminato, sia quello statunitense sia quello europeo ed italiano<sup>3</sup>. Non essendo possibile analizzarlo compiutamente o ripercorrerlo nel complesso in questa sede, si farà riferimento solo ai contributi relativi agli elementi salienti della procedura utili a sviluppare il proseguo dell'analisi sul caso specifico di Gorsuch<sup>4</sup>.

### 1. La procedura di nomina dei *Justices* della *Supreme Court of the United States* tra poteri presidenziali e competenze del Senato

La morte di un giudice costituzionale è una delle cause più comuni di vacanza del seggio<sup>5</sup>. Nella prima metà del secolo scorso nel 41% dei casi (14 su 34) la morte di un *Justice* è stata la causa del rinnovamento del seggio. Tra il 1946 e il 1954 tutti i cinque nuovi nominati sono succeduti a causa della morte del predecessore. Tuttavia dal 1954 ad oggi solo due casi, ed entrambi nel XXI secolo, hanno avuto questa origine: quello del *Chief Justice* William Rehnquist (morto nel 2005) ed appunto quello del *Justice* Antonin Scalia.

L'articolo 2, sezione 2, comma 2 della costituzione attribuisce il potere di nominare i giudici della Corte suprema al Presidente, “*by and with the Advice and Consent of the Senate*”, cioè per mezzo e con il parere ed il consenso del Senato<sup>6</sup>. Come noto, la formula “*Advice and Consent*” è utilizzata nel diritto costituzionale angloamericano per bilanciare i poteri dello Stato secondo la formula del *check and balance* che governa il concetto soprattutto statunitense della separazione dei poteri<sup>7</sup>. Questo principio si riscontra nella formula con

<sup>3</sup> Si rinvia, per i contributi in lingua italiana, oltre a riferimenti puntuali nel proseguo del lavoro, in generale sul tema a L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2015; B. BARBISAN (a cura di), G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013; A. PIERINI, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali: dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, 61 ss.; F. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, I, 2000, 3 ss., sul pensiero di Scalia, sempre in italiano, cfr. D. TEGA, *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. Cost.*, 3/2013, 672.

<sup>4</sup> Oltre ai successivi, che saranno ripresi più avanti, si rinvia ai classici J.P. FRANK, *The Appointment of Supreme Court Justices: Prestige, Principles and Politics*, in *Winsconsin Law Review*, 1941, 172; R.G. WECLEW, *The Supreme Court: Statesmen and Justices*, in *DePaul Law Review*, XV, 1/1965, 1 ss., che consente di apprezzare l'evoluzione della figura del *Justice*, sempre in equilibrio precario tra politica e Diritto. L'Autore sottolinea come il potere dei *Justices* crescesse in quel periodo, avendo loro “adottato regole e procedimenti, non solo per controllare il proprio calendario, ma per controllare le estensioni improprie del loro potere giudiziale e politico”. cfr. anche R.S. LAMONT, *Recusement and Replacement of Supreme Court Justices*, in *Cumberland-Samford Law Review*, 3/1972, 133; Per alcune classiche considerazioni anche di ordine giuridico-filosofico, cfr. S. ROSENWEIN, *Standards for doing Justice: Selection of Supreme Court Justices*, in *Guild Practitioner*, 45, 1988, 97 ss. Sulle competenze dei *Justices* cfr. un altro classico P.A. BELL, *Extrajudicial Activity of Supreme Court Justices*, in *Stanford Law Review*, 22, 3/1970, 587-617, il quale spiega come la qualità delle decisioni della Corte e quindi l'efficacia complessiva dell'istituzione nel sistema costituzionale statunitense, siano una conseguenza di “indipendenza, forza” che la Corte può garantire sul piano giurisdizionale; tutte messe al rischio dalle attività extragiudiziale. L'Autore categorizza le attività in “politiche” (consultazioni; incarichi amministrativi; politiche elettorali e ambizioni personali; implicazioni istituzionali) (pp. 590-598), “coinvolgenti finanziari” (pp. 598-601) e “commenti pubblici (*Commentary*)” (pp. 601-603). La soluzione per l'Autore è interessante ora come allora, e forse auspicabile anche Oltreoceano e all'epoca dei *Social media*: “*A Monastic Life for Justices*” (603-616).

<sup>5</sup> Come noto, le altre possibili sono la pensione o le dimissioni e la nomina a *Chief Justice* di un precedente *Justice*, il quale in questo modo rende vacante il seggio inferiore. Per una accurata e piacevole ricostruzione della storia della Corte Suprema v. P.C. HOFFER, W.H. HOFFER, N.E.H. HULL, *The Supreme Court: An Essential History*, University Press of Kansas, 2007.

<sup>6</sup> “(...) *he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint (...) Judges of the Supreme Court*”.

<sup>7</sup> Cfr. fra gli altri, G.R. STONE, *Understanding Supreme Court confirmations*, in *Supreme Court Review*, 2010, 381.

cui il Senato giudica la candidatura: “*thumbs up or thumbs down*”, modalità di voto “secca”, non tipica dei procedimenti cooperativi tra poteri dello Stato, per non parlare della cooperazione tra i partiti<sup>8</sup>.

La procedura di nomina è inoltre un compromesso delineato durante il periodo costituente. Dalle pagine del *Federalist* (numero 66), Hamilton si schiera ripetutamente a favore della soluzione scelta dai *founding fathers*: “Ovviamente non ci saranno sforzi di scelta da parte del Senato. Loro potranno vincere una scelta del governo ed obbligarlo a compierne un'altra; ma non potranno loro stessi scegliere. Loro potranno solo ratificare o rigettare una scelta del Presidente”<sup>9</sup>. Durante la Convenzione di Philadelphia (1787) i parlamentaristi temevano che il presidente potesse nominare giudici solo i propri “accoliti”, sulla falsariga di Giorgio III in Inghilterra, mentre i presidenzialisti temevano nomine esclusivamente politiche (legate a logiche clientelari). In ogni caso, dal compromesso sono esclusi i membri della *House of Representatives*, in quanto ritenuti non sufficientemente all'altezza della grande responsabilità di nominare i guardiani della costituzione<sup>10</sup>. Lo si coglie specialmente nella candidatura di Gorsuch: un'importante conseguenza della divisione del potere di nomina tra fase di candidatura e di conferma, è di aver creato un potenziale conflitto tra i due poteri. Conflitto che si sovrappone a quello prettamente politico tra partiti. Come si avrà modo di notare, infatti, nel caso di Gorsuch ci sono notevoli elementi di tensione politica che insistono sulle due istituzioni attualmente spartite tra i due grandi partiti.

C'è anche chi ha sottolineato come il presidente abbia comunque più potere, nonostante la clausola costituzionale, in quanto il Senato per contrastare la nomina deve mettere insieme più energie<sup>11</sup>. Infatti il Senato dovrebbe impegnarsi di più politicamente per trovare qualche carenza di peso nel soggetto o “classificare” il candidato come “fuori dal *mainstream*”<sup>12</sup>. La costituzione non stabilisce neanche un minimo di requisiti formali di elettorato passivo: non si specifica quale debba essere l'esperienza, l'età o il titolo di studio. Stando al testo positivo, chiunque potrebbe essere suscettibile di elezione. Il risultato è che nella storia degli Stati Uniti i presidenti e il Senato sono stati lasciati interamente liberi di declinare il potere di nomina dei giudici supremi.

Tale potere di nomina dei giudici della Corte suprema è quindi una prerogativa presidenziale ma soggetto al temperamento parlamentare. L'interazione tra Senato, Camera che rappresenta gli Stati e i loro cittadini, ed il presidente, che rappresenta il potere esecutivo del popolo “nazionale” intero, è anche il riflesso della co-decisione tra cittadinanza federale

<sup>8</sup> Cfr. L. SAVELIEFF, *Hyper-partisanship's impact on the Supreme Court nomination and confirmation process*, in *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2012, 566.

<sup>9</sup> “*There will of course be no exertion of choice on the part of the [S]enate. They may defeat one choice of executive, and oblige him to make another; but they cannot themselves choose—they can only ratify or reject the choice, of the President?*”.

<sup>10</sup> R.J. MCKEEVER, *The United States Supreme Court, a political and legal analysis, second edition*, Manchester University Press, 2016, 94.

<sup>11</sup> Cfr. HENRY PAUL MONAGHAN, *The Confirmation Process: Law or Politics?*, in *Harvard Law Review*, v. 101, n. 6, 1988, 1209.

<sup>12</sup> D.A. STRAUSS, C. R. SUNSTEIN, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, in *Yale Law Journal*, 1992, 1513, nel senso di evidenziare la sua incongruenza con il più alto circuito politico-istituzionale del Paese.

e cittadinanza degli Stati membri. Anche il complesso e delicato equilibrio tra diritto federale e locale è così preservato. Possono essere isolate due principali interpretazioni della procedura di nomina: la *presidential school* e la *partnership school*. La prima ritiene che il presidente sia il *senior partner* della procedura. La quale fisiologicamente comporta una sorta di presunzione di conferma: è richiesta una ridotta maggioranza di senatori per confermare il candidato ed i gruppi più piccoli sono meno in grado di sfidare il presidente<sup>13</sup>. Perciò la posizione istituzionale del Senato è qualificata come “difensiva”, come una sorta di potenziale veto rispetto alla scelta del presidente. Ciò sembra corroborato dall’interpretazione sistematica dell’art. II della costituzione: il potere del Senato è infatti contenuto in un inciso all’interno della disposizione costituzionale sui poteri dell’esecutivo. Altro argomento è che dando il potere primariamente al presidente, anche la responsabilità per la composizione della Corte è attribuita principalmente al potere esecutivo<sup>14</sup>. Infine si sostiene che avrebbe più senso considerarla primariamente presidenziale, in quanto il presidente sarebbe più libero di scegliere chiunque per quell’incarico basando la propria scelta su una più ampia varietà di criteri, tra cui il pensiero politico, giuridico o filosofico del candidato. Mentre il Senato sarebbe più vincolato: il suo potere di conferma o rigetto dovrebbe assicurare solo che il candidato sia idoneo dal punto di vista tecnico e “caratteriale”. Così il Senato potrebbe rigettare la candidatura solo ove sia provato o mostrato che il soggetto sia disonesto, corrotto o che sia meramente un “*crony*” (un amico stretto) del presidente. Importante notare, anche per ricostruire la vicenda di Gorsuch, che in questa prospettiva il Senato non può rigettare un candidato solo per ragioni politiche, nel senso che non potrebbe legittimamente opporvisi perché non condivide le sue prospettive giuridico-filosofiche<sup>15</sup>, non essendo il suo potere così esteso nel merito.

All’opposto, secondo la seconda tesi richiamata, il presidente e il Senato sarebbero co-titolari del processo di nomina dei giudici. Non solo il Senato avrebbe un potere di esame nel merito della candidatura in quanto *partner* allo stesso livello del presidente, ma avrebbe il dovere di giudicare sul terreno politico (o comunque sulle opinioni e sul pensiero del candidato) in quanto è proprio su questo campo che il presidente sceglie i suoi candidati normalmente. Ciò non significa che il Senato debba sempre respingere i candidati presidenziali con argomenti politici. Infatti è ragionevole ritenere che il presidente scelga i giudici anche sulla base di presupposti politici; inoltre si arriverebbe ad un’altra irragionevole conseguenza, di trasformare il potere di conferma in potere di vera e propria nomina. Tuttavia si ritiene che il Senato possa e debba svolgere un giudizio nel merito che possa portare al rigetto dei candidati considerati estremi politicamente o in grado di far pendere la Corte verso una direzione politica non gradita nel complesso dal Senato. In

<sup>13</sup> Cfr. M.J. GERHARDT, *Toward a Comprehensive understanding of the Federal Appointments Process*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1998, 479.

<sup>14</sup> R.J. MCKEEVER, *cit.*, 95.

<sup>15</sup> Cfr. N. VIEIRA, L. GROSS, *The Appointments Clause: Judge Bork and the Role of Ideology in Juridical Confirmations*, in *The Journal of Legal History*, XI, 1990, 311-52; ed anche J. FERLING, *The Senate and Federal Judges: The Intent of the Founding Fathers?*, *Capitol Studies*, vol. 2, 1974, 66: “*Since the convention acted at a time when nearly every state constitution, and the Articles of Confederation, permitted a legislative voice in the selection of judges, it is inconceivable that the delegates could have intended something less than full Senate participation in the appointment process?*”.

sintesi, il Senato non dovrebbe mostrare deferenza nei confronti del presidente ed anzi avrebbe il dovere di impedire cambiamenti significativi nell'equilibrio giuridico e politico della Corte suprema<sup>16</sup>.

Una terza tesi sostiene che, con una lettura “*more sensible*” del termine *advice*, si evince che il Senato è costituzionalmente titolare di un potere di dare un parere al presidente sulla persona che egli intende indicare, così come sui tipi di persona che potrebbe nominare a certi uffici, ma questo parere non è vincolante. Questa lettura potrebbe spostare indietro il momento in cui il potere del Senato può essere esercitato. Infatti il parere potrebbe anche incidere sul procedimento di selezione del candidato da parte del presidente, nel momento in cui si forma la decisione di chi proporre come candidato; il presidente potrebbe arrivare alla nomina autonomamente dopo aver già ricevuto il parere del Senato (sulla propria, ovvero) sulle proprie candidature<sup>17</sup>.

Bisogna poi considerare che ciascun senatore ha la propria idea e potrebbe avere anche qualche esperienza diretta sulla natura del potere senatoriale in questa materia. Non è neanche scontato che la preferenza tra l'una o l'altra scuola possa essere fatta propria dai gruppi parlamentari (o meglio dalle decisioni della *majority's leadership* o dal partito di opposizione) come strategia complessiva<sup>18</sup>. Sicuramente il potere di nomina è uno strumento che consente al presidente di plasmare e orientare il più alto consesso costituzionale dell'ordinamento, influenzandone i presupposti. Essendo l'ufficio di *Justice a vita*<sup>19</sup>, il presidente ha l'opportunità di influenzare le decisioni future della Corte anche dopo la fine del proprio mandato. Per questo la fase di scelta del candidato si conforma, normalmente (e consuetudinariamente), a certi criteri<sup>20</sup> non sempre ritenuti coerenti con il procedimento istituzionale<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. L. TRIBE, *God Save the Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, Random House, New York, 1985, 128-34; ed anche J.P. HARRIS, *The Advice and Consent of the Senate*, University of California Press, 1953, 34: “*The debates in the Convention do not support the thesis since advanced that the framers of the Constitution intended that the President should secure the advice—that is, the recommendations—of the Senate or of individual members, before making a nomination*”.

<sup>17</sup> Tuttavia l'Autore specifica: “[the Constitution] *does not mandate any formal pre-nomination role for the Senate to consult with the president; nor does it impose any obligation on the president to consult with the Senate prior to nominating people to confirmable posts. The Constitution does, however, make it clear that the president or his nominees may have to pay a price if he ignores the Senate's advice*”.

<sup>18</sup> Sul punto è interessante osservare anche un'altra prospettiva che osserva non una contrapposizione istituzionale o politica, bensì la presenza di un *establishment* al suo interno in competizione per le singole cariche: cfr. M.J. IRELAND, *The best person for the job: Tomorrow's Standard for Selecting Court Justices*, in *St. John's J. Legal Comment*, 7/1991-1992, 127. L'Autrice osserva un deterioramento del processo di selezione a causa della classe dirigente: “I Repubblicani sembrano attaccati alla presidenza; i Democratici al Congresso. Le persone in carica sono così di rado sostituiti che il termine “trincerato in carica” è ormai una ridondanza” (p. 133). Critica, infatti, l'esistenza e l'influenza di una classe trasversale elitaria che prescinde i confini partitici e che occupa ogni posizione istituzionale, autoalimentandosi. Interessante notare come sottolinei alcuni elementi critici di interferenza sul procedimento di nomina dei *Justices* evidenziati circa un decennio più tardi da altri studiosi: copertura politica del procedimento, presenza di gruppi di interesse. Si veda per i successivi riferimenti M. GERHARDT, *Selecting Supreme Court Justices: A Dialogue*, in *Focus on Law Studies*, XX/2, 2005.

<sup>19</sup> *Rectius*, come osserva per inciso F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in *Federalismi.it*, 4/2016, 1, “anzi, più esattamente, ‘*during good behaviour*”.

<sup>20</sup> Si osservano brevemente i principali criteri almeno dal punto di vista teorico, cfr. R.J. MCKEEVER, *cit.*, 97 ss.

<sup>21</sup> Cfr. G. DICKINSON, *One Justice, two Justice, red Justice, blue Justice: Dissecting the role of political ideology in Supreme Court nominations*, in *University Illinois Law Review*, 2017, 345.

La dottrina, comunque, ha anche indagato a diversa latitudine l'impegno e l'ideologia dei *Justices*: per una interessante rassegna storica delle aspirazioni alla presidenza dei *Justices*, con implicazioni sul ruolo della Corte Suprema rispetto alla politica, cfr. W.G. ROSS, *Presidential Ambitions of U.S. Supreme Court Justices: A History and an Ethical Warring*, in *Northern Kentucky Law Review*, 38/2011, 38 ss.; cfr. anche B.H. BARTON, *An empirical Study of Supreme Court Justice pre-appointment*

La qualità giudiziaria (*Judicial quality*) non è il primo criterio che influenza la scelta del presidente<sup>22</sup>. Come osservato, infatti, sicuramente questa risponde prima di tutto ad esigenze politiche. Comunque, trattandosi dell'organo di vertice del sistema giurisdizionale statunitense, requisito implicitamente essenziale è la più alta statura giurisdizionale. Questa è data non solo dall'attività giudiziaria in senso stretto, ma anche dalla considerazione di cui gode il candidato nei "legal circles". Come è stato notato, non è formalmente richiesta né una laurea in Giurisprudenza, né esperienza legale. Tuttavia è ormai accettato come requisito consuetudinario l'aver acquisito esperienza come giudice almeno nelle Corti federali di rango più basso<sup>23</sup>. Infatti, proprio per questo, il presidente interviene predisponendo appositamente una nomina a giudice federale, in chiave strumentale, solo per la successiva nomina a *Justice*. È il caso del compianto predecessore di Gorsuch, Antonin Scalia (nominato alla Corte come noto nel 1986). Reagan consapevolmente nominò Scalia, Robert Bork e Douglas Ginsburg, prima alla Corte federale di Washington D.C. nel 1982, per far guadagnare loro i requisiti per l'eleggibilità a *Justice*<sup>24</sup>. Obama non ha seguito questa consuetudine nominando alla Corte il *Solicitor General*, Elena Kagan, la quale in questa funzione ha incrementato quella *judicial quality*, seppure diventata *solicitor* solo nel gennaio 2009 (per nomina presidenziale) e poi *Justice* nell'agosto del 2010, sulla base di una conclamata carriera accademica.

Altro criterio teoricamente seguito è costituito dall'*American Bar Association (ABA) Rating*. Questa associazione professionale di avvocati, la principale negli Stati Uniti, ha istituito nel 1946 la *Standing Committee on the Federal Judiciary*. Questo organismo valuta i candidati alla Corte secondo uno schema "molto qualificato, qualificato, non qualificato", votando a diverse maggioranze (semplice o qualificata). La piattaforma enfatizza la propria neutralità politica, dichiarando di analizzare i candidati in una chiave professionale, rispetto all'integrità, alla competenza ed al comportamento o carattere giudiziale<sup>25</sup>. Per il suo carattere informale, i presidenti non sempre hanno sottoposto i propri candidati al suo giudizio. Reagan e George W. Bush, ritenendo la Commissione ostile ai candidati

*experience*, in *Florida Law Review*, 64, 2012, 1137 ss. per una disamina delle esperienze dei *Justices* precedenti alla nomina, in comparazione tra la Corte Suprema del 2011 e quella della prima fase della storia repubblicana statunitense.

<sup>22</sup> Cfr. H.J. ABRAHAM, E.M. GOLDBERG, *A Note on the Appointment of Justices of the Supreme Court of the United States*, in *ABA Journal*, 46, 1960, 147 ss. Gli Autori individuano i fattori determinanti per l'elezione dei *Justices*: età, affiliazione politica, provenienza geografica, provenienza sociale (occupazione al momento della nomina), religione. Inoltre notano da una prospettiva più pratica come all'inizio dell'esperienza statunitense le nomine fossero considerate meno importanti rispetto al circuito politico-rappresentativo e pertanto le nomine erano meno "sicure"; tuttavia anche all'epoca, molte delle candidature furono respinte o ritardate per una opposizione al presidente, invece che sulla base di uno scarso gradimento per il candidato (p. 222). Cfr. anche L.E. WALSH, *Selection of Supreme Court Justices*, in *ABA Journal*, 56, 1970, 555; l'Autore, dieci anni dopo l'*op. ult. cit.*, sulla stessa rivista, sottolinea più enfaticamente la rilevanza delle opinioni politiche ed ideologiche dei candidati nel procedimento di nomina. Tuttavia critica il procedimento di nomina, definendo il coinvolgimento della ABA "unsatisfactory", in particolare perché la ABA *Committee* che esprime il parere sui nominati non avrebbe sufficiente tempo a disposizione per esaminare il candidato, chiamando un numero sostanziale di giudici e avvocati per verificare la sua reputazione e la sua integrità, il temperamento e la competenza professionale.

<sup>23</sup> Vale a dire le *United States district Courts*, primo grado federale, seguito dalle *Courts of appeals*, secondo grado, con la *Supreme Court* a chiusura del sistema, *court of last resort*.

<sup>24</sup> R.J. MCKEEVER, *cit.*, 97.

<sup>25</sup> Nel caso di Elena Kagan, coerentemente, la *Committee* denunciò la sua mancanza di esperienza giudiziale, specificando come questo tratto fosse un difetto fondamentale.

conservatori, non hanno trasmesso una lista di candidati alla ABA. Negli altri casi si è soliti inviare un certo numero di nomi; prassi seguita anche nell'ultimo tentativo di Obama prima delle elezioni. In ogni caso, non c'è dubbio che il parere, per quanto non istituzionale, influenzi politicamente l'esito della corsa al seggio.

Il criterio che segna la maggior differenza tra Repubblicani e Democratici<sup>26</sup> attiene alla *Prior judicial experience*. I primi sono soliti evitare candidati con poca esperienza come giudici, mentre i democratici hanno più spesso scelto persone estranee al mondo della magistratura. Infatti è più coerente con una visione conservatrice del diritto e dell'attività della Corte, un *Justice* immerso nella tradizione giuridica e giurisdizionale. In un certo senso la certezza del diritto, intesa come prevedibilità della decisione, basata sull'applicazione di una consolidata tradizione (soprattutto in un sistema di *common-law*), in linea generalissima, assicura una visione più controllabile dal presidente e meno soggetta a suggestioni politiche di quanto non possa garantire un *background* principalmente politico-partitico del candidato. Inoltre, senza dubbio, una carriera come giudice elimina un argomento di chi si oppone alla nomina.

Fondamentale è anche valutare la relazione tra candidato e partito. Il presidente tende a proporre persone legate al proprio partito di provenienza, per ragioni di opportunità politica e per tradizione. Da un lato con questa nomina il presidente può ricompensare i suoi sostenitori nel partito; inoltre il partito stesso è una fonte sicura di influenza ideologica per i giudici, sia politicamente che in materie giuridiche. Pertanto scegliendo da quell'area si otterranno più risultati contemporaneamente. Che il nominato provenga (esplicitamente o meno) dall'area del partito del presidente è anche una tradizione profondamente radicata. Solo qualche giudice dei circa 160 ufficialmente candidati non apparteneva (anche in senso ampio) al partito del presidente. La consuetudine è stata stabilita dallo stesso George Washington, il quale ha nominato 14 giudici, tutti come lui federalisti<sup>27</sup>.

L'appartenenza politica non coincide sempre con la visione ideologica (*Ideology*). Per questo la vera scelta si basa sulla più alta aderenza tra il pensiero conservatore o progressista del presidente e dei candidati. È stato proprio Reagan ad elaborare una procedura accurata e burocratica per determinare con esattezza il livello di conservatorismo dei propri candidati. Scalia superò il *test*, rispondendo a precise domande su singole questioni costituzionali, conseguendo così la candidatura<sup>28</sup>. Infine, altro criterio seguito è il c.d. *personal symbolism*. Con ciò si intende la capacità rappresentativa del *Justice* di una particolare parte della società statunitense. Questo tratto rispecchia la complessità dell'ordinamento federale statunitense che deve sempre cercare di bilanciare le più varie istanze: origini geografiche (*West* ovvero *Est*), religiose (soprattutto rispetto alla grande questione dell'antisemitismo, rilevante nel corso del XX secolo) ed etniche (si pensi alla nomina del

<sup>26</sup> R.J. MCKEEVER, *cit.*, 99.

<sup>27</sup> Il precedente si consolidò talmente tanto da essere infranto solo nel 1863, per non prendere in considerazione il caso del presidente John Tyler, membro formalmente del *Whig party*, che nominò il democratico Samuel Nelson nel 1845. Tuttavia Tyler non era più considerato un membro del suo partito e si ritiene agisse piuttosto come un democratico a quel tempo. I precedenti più recenti di nomine trasversali risalgono all'amministrazione Nixon (1969-1974) ma sono comunque giustificate da una strategia politica. Nixon infatti aveva una "*southern strategy*": nominare tra i Democratici (Clement Haynsworth, 1969; Lewis Powell, 1971) per ottenere i voti dei più radicati Democratici degli Stati del Sud.

<sup>28</sup> R.J. MCKEEVER, *cit.*, 101.

primo afroamericano nel 1967, Thurgood Marshall, sostituito poi da un altro afroamericano, Clarence Thomas. Obama ha poi nominato la prima donna ispanoamericana, Sonia Sotomayor)<sup>29</sup>. Anche il sesso del giudice assume sempre più rilevanza dopo le rivendicazioni degli anni '70, rientrando nella dinamica politica cui la nomina alla Corte si presta (Reagan nominò la prima donna, nel 1981, Sandra Day O'Connor).

L'esercizio da parte del Senato del potere di *advice and consent* si concretizza con l'istituto del *congressional hearing* (nella specie, appunto *confirmation hearing*)<sup>30</sup>. Durante questa fase il

<sup>29</sup> Nel corso delle lezioni di *Constitutional Law* del prof. Robert Kaczorowski presso la Fordham University, ho avuto modo di verificare la profonda importanza delle distinzioni razziali per la società americana. Questa è infatti un tratto costitutivo dello Stato stesso, dove la *natio* tipica delle Nazioni è sostituita con la *immigratio* di una etnia (che gli Statunitensi, a differenza degli Europei, non faticano a chiamare "razza") ben precisa: bianchi, anglosassoni, protestanti. Questa è la concezione di Uomo che fonda il mito dell'americano e del suo sogno. Gli altri "colori" sono ritenuti inferiori, come spesso si dimentica, fino al tardo '900. Non solo gli afroamericani, ma anche i "gialli" (cfr. il *Chinese Exclusion Act* del 1882, che proibiva temporaneamente l'immigrazione dall'Asia, confermato e reso permanente con il *Geary Act* del 1892, poi trasformato in limite numerico programmato di immigrazione, con successivi atti fino al 1965, cfr. il documento a questo indirizzo: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=47&page=pdf>) e i "bianchi inferiori" tra cui specialmente gli Europei dell'Est e del Sud, Italiani per primi, considerati una variante subordinata dei "bianchi" puri. L'elemento razziale è davvero più profondo e più problematico di quanto possa sembrare Oltreoceano.

<sup>30</sup> Il tema è un classico del dibattito dottrinale statunitense. Cfr. tra gli altri, W.G. ROSS, *The Functions, Roles, and Duties of the Senate in the Supreme Court Appointment Process*, in *William & Mary Law Review*, 28/1987, 633 ss., il quale commentava l'elezione a *Chief Justice* di Rehnquist, approvata con soli 65 voti, all'epoca "il minor margine di voti mai ricevuto dal 1912". Considerazione che spingeva ancora una volta a verificare il ruolo del Senato nel procedimento. L'Autore dedica un ampio spazio alla ricostruzione del dibattito costituente dell'architettura del *confirmation hearing* a cui si rinvia; A.S. LEONARD, *A Proposal to Reform the Process for Confirming Justices of the United States Supreme Court*, in *St. John's J. Legal Comment*, 7/1991-1992, 193, il quale, sottolineando la natura della Corte come "co-eguale terza branca del governo federale" e la necessità che "i candidati alla Corte dovrebbero essere attivamente scrutinati per le proprie qualifiche intellettuali ed etiche", osservando anche che la Corte non sembra, in quella fase, indipendente rispetto agli altri poteri dello Stato, propone una riforma della procedura di nomina con cui "il Senato valuta le persone che il presidente nomina" (p. 194). L'Autore osserva come la procedura di *advice and consent* sia stata pensata, a suo giudizio, da persone che pensavano ad un Senato come un collegio relativamente piccolo, con i membri del quale il presidente avrebbe potuto conferire frequentemente su materie di politica estera e nomine per gli incarichi governativi e giudiziali. Inoltre i fondatori avrebbero "inconsapevolmente" assunto che il presidente ed i senatori sarebbero stati d'accordo sulla maggioranza delle questioni, emergendo dalla stessa classe di maschi bianchi proprietari (terrieri e non solo), attori politici degli Stati Uniti all'epoca. Una enorme differenza con i cento senatori eletti da una base così ampia come oggi. Inoltre il Senato sarebbe spesso controllato dal partito opposto rispetto a quello che detiene la presidenza. Insomma, un partecipante improbabile nella conversazione "collegiale" con il presidente su cui nominare alla Corte. Nel modello originale, al contrario, il reciproco accordo consente di convenire la migliore nomina nell'interesse di entrambi anche considerato il fatto che in quattro anni non si sarebbero avute molte opportunità. L'Autore non ravvisa alcuna deferenza del Senato nei confronti del presidente, iscrivendosi così nelle fila della *Senate's school*. Comunque è importante che il Senato possa formarsi una chiara e accurata impressione del personaggio e delle sue opinioni. Al contrario gli *hearings* sui recenti nominati dimostrano che ciò non è possibile oggi chiedendo al candidato la sua opinione su questioni sostanziali che probabilmente saranno oggetto della propria attività davanti alla Corte. Specialmente quando partiti opposti controllano le istituzioni. Per l'Autore il procedimento si risolve nella ricerca di promesse o impegni da parte dei senatori nei confronti del candidato, sui temi politicamente più rilevanti. Tuttavia la dinamica è effimera perché i *Justices*, una volta nominati, non sono vincolati a nessuna istituzione e comunque per essere nominati, di solito, non si sbilanciano sugli argomenti più politici e restano saldi intorno alle questioni più generali della Teoria costituzionale. Il modo migliore per avviare una riforma del procedimento sarebbe per il Senato smettere di interrogare i nominati sulle proprie opinioni sostanziali e nello stesso tempo di insistere sul diritto di valutare i candidati sul terreno delle proprie decisioni giurisdizionali. Senza interrogazioni, procedendo ad una sorta di indagine fattuale da cui dedurre un'opinione del candidato sui singoli temi. Il pregio di questo approccio sarebbe quello di eliminare ogni figura che non abbia sufficiente esperienza giudiziale. Per l'Autore è dunque necessario un giudizio del Senato solo sulla base del "*public record*" del candidato, come riflesso della acutezza intellettuale, valore etico e "*political acceptability*" (p. 197). Altrimenti un sistema che costringa un governo politicamente diviso a nominare "centristi" alla Corte sarebbe idealmente il riflesso della situazione politica generale del Paese, che rappresenta (all'epoca) un'oscillazione verso un sistema tri-polare. Una situazione non così diversa dall'attuale considerando il Partito democratico come blocco omogeneo ostruzionista, una

giudice è sottoposto ad una sorta di inchiesta per stabilire l'adeguatezza rispetto all'ufficio. Al termine, se il verdetto è positivo, il presidente può attribuire al giudice l'incarico.

In rari casi il presidente ha anche proceduto a nominare i giudici durante il periodo in cui il Senato non è convocato. Questi c.d. “*recess appointments*”, comunque, sono temporanei: la loro durata si interrompe con la riconvocazione del Senato che procede all'esercizio delle proprie prerogative. Questo tipo di nomine è sempre stato controverso<sup>31</sup>, in quanto oltrepassano, anche se limitatamente, la fase ed il potere di “*advice and consent*”. La pratica, comunque, non si è più verificata dal 1958, quando Eisenhower nominò Potter Stewart in questo modo, il quale fu confermato l'anno seguente<sup>32</sup>. Nel 1960 il Senato adottò la risoluzione n. 334, che passò con consenso trasversale 48 a 37: stabilisce che il presidente non avrebbe più potuto nominare alla Corte suprema persone durante il *recess*, e che il nominato in quella fase non avrebbe potuto prendere possesso del proprio seggio finché il Senato non avesse “*advised and consented*” la sua candidatura<sup>33</sup>.

L'organo istituzionale competente è il *Senate Judiciary Committee*. È composto da 20 membri, divisi in *majority* e *minority*, un presidente e un *ranking member* (il più anziano tra i componenti del partito di minoranza). La maggioranza della dottrina e degli osservatori ritiene che il presidente, come cortesia istituzionale, debba consultare la *leadership* dei partiti nel Senato, così come anche i membri della Commissione Giudiziaria prima di scegliere il proprio candidato<sup>34</sup>. Anche questa consuetudine mostra profili di opportunità politica e sembra chiaramente fondarsi sulle relazioni politiche tra presidente e Senato, le quali in una situazione fisiologica possono assicurare un opportuno dialogo a beneficio della miglior

---

parte di Repubblicano ragionevole e compromissoria (ad esempio sul caso Obama Care) ed una parte estremista compatta con il presidente Trump.

<sup>31</sup> Il tema, che comunque esula dalla presente analisi ed a cui si accenna senza alcuna pretesa di completezza, è stato oggetto di un particolare dibattito da parte della dottrina statunitense negli ultimi anni, quando anche la Corte Suprema si è trovata al centro del classico dibattito tra chi sostiene che il Senato possa bloccare tutte le nomine (non solo quelle dei *Justices*) presidenziali rifiutando di confermare i nominati e rifiutandosi di andare in *recess*, oppure se il potere di *advice and consent* del Senato può essere ridotto a zero, dando al presidente il potere di nominare i propri candidati durante il periodo di *recess*. Nel caso *National Labor Relations Board v. Noel Canning*, infatti, la Corte Suprema ha infatti stabilito che il presidente non possa procedere alle nomine. Cfr. A. VERMEULE, *Recess Appointments and Precautionary Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 122 ss.; cfr anche D.J. ARKUSH, *The Senate and the recess appointments*, in *Harvard Law Review*, 127, 2014, 1 ss.; M. WALSH, *Recess Time*, in *ABA Journal*, 100, 2014, 15 ss.; J.C. HO, T.W. MORRISON, *Recess Ruckus*, in *Journal of Law*, 2, 2012, 191 ss.; R.M. SYRACLE, *Recess is over: Narrowing the Presidential Recess Appointment Power In NLRB v. Noel Canning*, in *Saint Louis University Law Journal*, 59, 2015, 1167; M. MCNERNEY, *The Limits of Presidential Recess Appointment Power*, in *The legislation and policy roundtable*, 1, 2009, 68 ss. Sulle conseguenze delle nomine in sede di *recess* sull'indipendenza del potere giudiziario cfr. W.T. MAYTON, *Recess Appointments and an Independent Judiciary*, in *Constitutional Commentary*, 20, 2004, 515 ss.

Cfr. anche P. STRAUSS, *The pre-session recess*, in *Harvard Law Review Forum*, 126, 2013, 130; S.D. SCHWINN, *Does the Recess Appointments Clause Authorize the President to Make a Recess Appointment During a Prolonged Intrasession Recess of the Senate in Which the Senate Sits in Pro Forma Sessions Every Three Days?*, in *Preview of United States Supreme Court Cases*, 41, 2014, 169 ss.; A. FRENKEL, *Defining Recess Appointments Clause “vacancies”*, in *New York University Law Review*, 88, 2013, 729 ss.; R. WICKER, *Executive Overreach and Recess Appointments*, in *Mississippi College Law Review*, 31, 2013, 319 ss.

<sup>32</sup> Cfr. B.J. McMILLION, *Supreme Court Appointment Process: President's Selection of a Nominee*, in *Congressional Research Service*, 6 febbraio 2017, 3.

<sup>33</sup> Cfr. CONGRESSIONAL QUARTERLY, *Supreme Court Appointments*, 2 settembre 1960, 1520; cfr. anche M.J. GERHARDT, *The Federal Appointments Process*, Duke University Press, 2003, 33;

<sup>34</sup> Cfr. G.L. WATSON, J.A. STOOKEY, *Shaping America: The Politics of Supreme Court Appointments*, Harper Collins College Publishers, New York, 1995, 78: “To a certain extent, presidents have always looked to the Senate for recommendations and subsequently relied on a nominee's backers there to help move the nomination through the Senate”.

candidatura. Infatti i senatori, con le loro considerazioni e obiezioni possono aiutare ad identificare i limiti del candidato o la possibilità di una battaglia in Senato nella fase di conferma, che il presidente potrebbe scegliere di evitare ripensando la candidatura. Di converso questa fase può portare all'attenzione del presidente una nuova immagine di candidato ideale, o confortare con ulteriori argomenti il candidato (o i candidati) proposto.

Un'altra regola consuetudinaria prevede che il presidente consulti i senatori dello Stato di provenienza dei candidati, specialmente se appartengono allo stesso partito del presidente. Questa “*longstanding senatorial courtesy*” si fonda sull’atteggiamento dei senatori che di solito, per ragioni di collegialità e di appartenenza, appoggiano l’opposizione del collega quando osteggia un candidato presidenziale del proprio Stato. Questa consuetudine è più spesso utilizzata per bloccare le nomine dei giudici di livello inferiore, ma può comunque avere un ruolo anche nella procedura per la Corte Suprema.

## 2. La candidatura di Gorsuch ed il *confirmation hearing*

Premessa questa breve ricostruzione del quadro istituzionale, è interessante osservare la peculiarità del caso di Gorsuch.

Donald Trump non è un presidente *del partito* repubblicano. Il partito ha bocciato il suo primo tentativo legislativo, votando contro la riscrittura del piano di tutela sanitaria c.d. *Obamacare*. Molti candidati repubblicani alla presidenza non lo hanno appoggiato dopo la sua vittoria alle primarie.

Per questo motivo si pone al di fuori di tutte le classiche consuetudini impostate sul triplice rapporto presidente-partito-Senato. Tuttavia, il suo nominato è perfettamente coerente con i valori e con la storia del *Grand Old Party*, per le ragioni che saranno meglio specificate in uno con l’analisi del pensiero di Gorsuch. Qui basti osservare come egli stesso ha dichiarato di essere stato un volontario nelle campagne presidenziali di Reagan, George H.W. Bush e George W. Bush. Ha anche fatto parte di un gruppo politico chiamato Lawyers for Bush-Cheney<sup>35</sup>.

Trump in campagna elettorale ha promesso che avrebbe scelto il proprio candidato da una lista di undici nomi in cui non si specificano i criteri di selezione<sup>36</sup>, ma comunque redatta in collaborazione con istituti culturali conservatori quali la Federalist Society e la Heritage Foundation<sup>37</sup>. Il 23 settembre 2016 pubblica una seconda lista, in cui compare anche Neil

<sup>35</sup> Cfr. M.SHELBOURNE, *Gorsuch submits questionnaire for Supreme Court nomination*, in *The Hill*, 11 febbraio 2017, <http://origin-ny1.thehill.com/homenews/319082-gorsuch-submits-questionnaire-for-supreme-court-nomination?amp=1>

<sup>36</sup> Cfr. A. RAPPEPORT, C. SAVAGE, *Donald Trump Releases List of Possible Supreme Court Picks*, in *The New York Times*, 18 maggio 2016, consultabile a questo indirizzo: <https://www.nytimes.com/2016/05/19/us/politics/donald-trump-supreme-court-nominees.html>.

<sup>37</sup> Cfr. B. WOODWARD, R. COSTA, *In a revealing interview, Trump predicts a ‘massive recession’ but intends to eliminate the national debt in 8 years*, in *The Washington Post*, 2 aprile 2016, consultabile a questo indirizzo: [https://www.washingtonpost.com/politics/in-turmoil-or-triumph-donald-trump-stands-alone/2016/04/02/8c0619b6-f8d6-11e5-a3ce-f06b5ba21f33\\_story.html?utm\\_term=.8b2d3dbf800a](https://www.washingtonpost.com/politics/in-turmoil-or-triumph-donald-trump-stands-alone/2016/04/02/8c0619b6-f8d6-11e5-a3ce-f06b5ba21f33_story.html?utm_term=.8b2d3dbf800a).

Gorsuch<sup>38</sup>. Il presidente con l'assistenza del *White House Counsel* (l'ufficio, parte dello *staff* del presidente, che consiglia e assiste sulle questioni legali dell'Amministrazione) ha poi incontrato tre candidati, tra cui Gorsuch, per un preliminare esame dei soggetti sia da un punto di vista giuridico, sia da quello personale. Trump annuncia pubblicamente Gorsuch come suo candidato il 31 gennaio 2017. L'*American Bar Association* (ABA) ha rilasciato il suo parere il 3 marzo, votando Gorsuch come "molto qualificato", il voto massimo, ed inoltrando<sup>39</sup> l'esito al *White House Counsel* ed al presidente del *Judiciary Committee* del Senato, le due istituzioni coinvolte nella procedura.

Le elezioni presidenziali hanno interferito con l'originale successore designato al seggio di Scalia. Dopo la sua morte, infatti, nell'ultimo anno di presidenza di Barack Obama, il presidente quasi dimissionario aveva proposto la candidatura di Merrick Garland, *Chief Judge* alla Corte di Appello di Washington D.C.<sup>40</sup>. Obama, tuttavia, si trovava nella fase conclusiva del mandato e di fronte ad un Senato controllato dai Repubblicani, due condizioni che gli hanno poi impedito di procedere alla nomina. L'argomento più forte, con cui i Repubblicani hanno giustificato l'inerzia del Senato, che non ha proceduto all'*hearing*, è stato di sostenere l'impossibilità per un presidente il cui mandato è in scadenza di avanzare candidature ad uffici che, come visto, possono influenzare il destino del Paese anche dopo la fine del mandato del presidente<sup>41</sup>. La nomina di Garland avrebbe sbilanciato, infatti, la Corte Suprema verso una maggioranza *liberal*, sostituendo un noto conservatore con un altrettanto noto progressista<sup>42</sup>. Per alcuni commentatori i Repubblicani, bloccando con successo la

<sup>38</sup> Cfr. la pagina relativa sul sito ufficiale della campagna elettorale di Trump: <https://www.donaldjtrump.com/press-releases/donald-j.-trump-adds-to-list-of-potential-supreme-court-justice-picks>; Cfr. anche R. FLORES, M. GARRETT, *Donald Trump expands list of possible Supreme Court picks*, in *www.cdsnews.com*, 23 settembre 2016.

<sup>39</sup> Cfr. Il giudizio contenuto nelle lettere, che è possibile consultare sul sito ufficiale dell'ABA: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/GAO/Rateing%20letter\\_Gorsuch.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/GAO/Rateing%20letter_Gorsuch.authcheckdam.pdf).

<sup>40</sup> Il dibattito politico, più che quello giuridico, si è interrogato sul potere del presidente di nominare qualcuno mentre il proprio mandato è in scadenza; analogie possono ravvisarsi con il dibattito e con il caso giudicato dalla Corte Suprema stessa che riguarda il potere di nomina durante il *recess* del Senato. Se il quel caso, infatti, il potere del presidente deve rispettare la fisiologia del mandato (e del calendario) del Senato, arretrando davanti al *recess*, si potrebbe sostenere con lo stesso argomento che il Senato debba rispettare la fisiologia del mandato presidenziale, perfettamente valido ed efficace a quasi un anno dalla scadenza; si rinvia alle note in tema di *recess* e per considerazioni sulla vicenda di Garland cfr. invece R. WHEELER, *Selecting Federal Judges in an Era of Political Polarization*, in *Human Rights*, 42, 3/2017, 2 ss.; V. J. SAMAR, *Politicizing the Supreme Court*, in *Southern Illinois University Law Journal*, 41, 1/2016, 1-28.

<sup>41</sup> Cfr. G. LEVY, *Even GOP Voters Think Senate Should Confirm SCOTUS Nominee*, in *U.S. Today*, 21 marzo 2016, consultabile a questo indirizzo: <https://www.usnews.com/news/articles/2016-03-21/even-gop-voters-think-senate-should-confirm-scotus-nominee>.

<sup>42</sup> Sugli effetti della eventuale nomina di Gorsuch, invece, rispetto alla composizione della Corte, si rinvia a G. ROMEO, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in rivista *A.I.C.*, 1/2017, 20 febbraio 2017. Cfr. anche M.J. GERHARDT, *Justice Scalia's Legacies*, in *First Amendment Law Review*, 15, 2/2017, 220. Sommessamente si osserva che, almeno ai fini di questo contributo, è comunque necessario attendere le prime pronunce del nuovo *Justice* per poterne apprezzare il grado di conservatorismo sui temi che la giurisprudenza propone. In ogni caso, per una prospettiva critica sull'impatto della nomina rispetto ai "diritti riproduttivi" cfr. D.L. RHODE, *Reproductive Justice*, in *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 13, febbraio 2017, 29-36. Per le conseguenze del "conservatorismo" di Gorsuch sulle decisioni che interessano il Diritto ambientale cfr. D.A. SIVAS, *An Environmental Call to Action*, in *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 13, febbraio 2017, 14-22.

Per una analisi della relazione tra composizione della Corte e procedura di conferma cfr. J.J. BRUDNEY, *Foreseeing greatness? Measurable performance criteria and the selection of Supreme Court Justices*, in *Florida State University Law Review*, 32/2005, 1015, una analisi da una prospettiva statistico-empirica ("a set of objective measures", p. 1017) dell'attività dei *Justices* per summare la validità del procedimento di selezione. Per una complessa ricostruzione politologica della Corte fino al

nomina di Garland, hanno proceduto ad una manovra “in sé storica”, “qualcosa mai fatto prima nella storia”: avrebbero trasformato la nomina del successore a Scalia in un referendum sulla eredità di Scalia<sup>43</sup>. Questa deferenza per l’ideologia di Scalia ha rafforzato gli argomenti squisitamente politici con cui i Repubblicani hanno ostruito il procedimento del candidato di Obama, corroborando la promessa che Trump avrebbe portato alla Corte un autentico successore di Scalia.

L’elezione di Trump e la nomina di Gorsuch mutano il quadro. È utile ripercorrere le tappe fondamentali della conferma di Gorsuch osservando l’evoluzione del procedimento.

Dopo la candidatura è cominciata la fase della conferma da parte del Senato. Il procedimento di *hearing* è stato avviato il 20 marzo 2017, dopo quasi un mese di istruttoria, durante il quale il candidato ha compilato un questionario<sup>44</sup> riguardante il proprio percorso professionale ed il Dipartimento della Giustizia ha trasmesso ogni documento riguardante Gorsuch al *Judiciary Committee* del Senato. Gorsuch è stato interpellato con domande a metà tra la politica ed il diritto, riguardanti i suoi casi ed il suo pensiero giuridico. Il 3 aprile la Commissione ha approvato la candidatura con 11 voti a favore e 9 contrari.

A questo punto arriva la fase più problematica, essendo necessario un voto del *plenum* del Senato. La procedura prevede che l’aula, presieduta di norma dal presidente della *Judiciary Committee*, dibatta la nomina. Se non c’è ostruzionismo, si vota a maggioranza semplice: basterebbero 51 voti per avallare la nomina. Sulla carta, i Repubblicani hanno la maggioranza 52 a 48, contando due indipendenti che sono affini ai Democratici. Ma i Democratici dichiarano in questa fase di essere pronti ad usare l’unica arma parlamentare in loro possesso, il *filibustering*, l’ostruzionismo, che consiste nel rifiuto da parte di uno o più senatori di partecipare al dibattito ovvero di interromperlo o di procrastinarlo. Per fermare il *filibustering*, votando la mozione di procedere con il dibattito, sono necessari 60 voti<sup>45</sup>. Ci vuole la maggioranza di tre quinti per superare il *filibustering*, ma basta la maggioranza assoluta per cambiare il regolamento che prevede la maggioranza di tre quinti per superare il *filibustering*.

I Repubblicani possono contare su 52 voti sicuri e nel dibattito politico non si astengono dal esibire esplicitamente l’intenzione di replicare al *filibustering* modificando la stessa interpretazione della *Senate Rule XXII*, la quale prescrive il procedimento c.d. *cloture* che sblocca il dibattito ostruito<sup>46</sup>. Questa modifica, qualificata come “arma nucleare” nel dibattito generale, abbassa il numero di voti necessari per far passare la *cloture*, da 60 a 51 e si può ottenere rapidamente. In questo modo si vota prima la mozione *cloture* a maggioranza

2007, utile anche dal punto di vista metodologico cfr. L. EPSTEIN, A.D. MARTIN, K.M. QUINN, J.A. SEGAL, *Ideological drift among Supreme Court Justices: Who, When, and How Important?*, in *Northwestern University Law Review*, 101, 2007, 1483 ss. Gli Autori analizzano i cambiamenti ideologici tendenti a sinistra o a destra e le implicazioni sulla *Roberts Court*. Sull’impatto delle dottrine conservatrici sulla Corte cfr. invece l’opinione *liberal*, ancora interessante, di C.R. SUNSTEIN, *Radicals in Robes*, Basic, 2005.

<sup>43</sup> M.J. GERHARDT, *Justice Scalia’s Legacies*, cit., 226.

<sup>44</sup> Può essere consultato sul sito ufficiale della *Judiciary Committee* a questo indirizzo: [https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Neil%20M.%20Gorsuch%20SJC%20\(Public\).pdf](https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Neil%20M.%20Gorsuch%20SJC%20(Public).pdf).

<sup>45</sup> Sull’ostruzionismo cfr. A. TESTI, *Regole e paradossi del Senato USA*, in *Aspenia online*, 2/2013; G. WALPIN, *Take Obstructionism out of the Judicial Nominations Confirmations Process*, in *Texas Review of Law & Politics*, 8, 2003, 89 ss.

<sup>46</sup> Cfr. Il testo della norma: <https://www.rules.senate.gov/public/index.cfm?p=RuleXXII>.

semplice e poi la candidatura come se non ci fosse stato l'ostruzionismo. Con una seconda votazione a maggioranza, il Senato repubblicano può approvare da solo la candidatura di Gorsuch. Lo scenario è stato politicamente molto complicato fin dall'annuncio della candidatura, ma in quei giorni si complica ancora. I Democratici hanno 41 voti sicuri, quanto basta per un efficace ostruzionismo circa la nomina di Gorsuch. Tuttavia, con un grado di politicizzazione del procedimento di *hearing* che la dottrina statunitense ed il dibattito generale censurano<sup>47</sup>, sembra sempre più probabile l'opzione nucleare. Proprio quello che è accaduto il 6 aprile. In seguito all'ostruzionismo dei Democratici, i Repubblicani promuovono e votano la mozione di *cloture*. Il voto, come previsto, fallisce. Il *majority leader* (il membro Repubblicano a capo della maggioranza) Mitch McConnell propone un ordine del giorno per cambiare l'interpretazione della *Rule XXII*; il *leader* di minoranza Chuck (Charles) Schumer risponde con una vana mozione per ritardare il dibattito e aggiornare il Senato. Con 55 voti a 45 (tutti i Repubblicani e tre Democratici) il Senato vota per interpretare in modo diverso la *Rule XXII*. Una modifica delle regole che significa l'inizio di procedimenti di nomina a maggioranza semplice, pertanto l'impossibilità di nominare finché non si controlla il Senato e l'esclusione di ogni accordo con il partito di minoranza. Paradossalmente potrebbe sembrare che il Senato come istituzione complessiva benefici dell'abbassamento di *quorum*, in quanto il suo peso nell'intera procedura sarebbe più facile da imporre. Ma più esattamente, a beneficiarne è il partito di maggioranza. Ed il beneficio è tanto più indiscutibile quanto più è alto il grado di deferenza del partito nei confronti del presidente<sup>48</sup>. Forse, infatti, è più convincente sostenere che fino al 6 aprile la

<sup>47</sup> Tornano d'attualità le proposte della dottrina statunitense per una riforma del procedimento di *hearing* e le osservazioni su una iper-politicizzazione dello stesso. Cfr. J.L. RAUTH, *Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices: Some personal observations*, in *Maine Law Review*, 45, 1993, 7 ss.; R.D. MANOLFF, *The Advice and Consent of the Congress: Toward a Supreme Court Appointment Process for Our Time*, in *Ohio State Law Journal*, 54, 1993, 1087. Sulla politicizzazione del *confirmation hearing* a discapito di un procedimento più istituzionale e di tipo formale cfr. S.J. WERMEL, *Appointment controversies and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, 84, 1990, 1033 ss.

<sup>48</sup> Cfr. J.R. REARDON, *Selecting Supreme Court Justices: Preserving the System, Protecting with Professionalism*, in *Suffolk University Law Review*, 40, 2017, 861 ss.; W.G. ROSS, *The Supreme Court Appointment Process: a search for a synthesis*, in *Albany Law Review*, 57, 1994, 993. L'Autore propone numerosi spunti di riforma della procedura di *hearing*. Tra gli altri soprattutto riguardo alla interrogazione del candidato (anche se tuttavia meriterebbe solo "riforme minori", cit. 1004) e alle sessioni non pubbliche della Commissione, oltre alla partecipazione degli "*special interest groups*". Interessante è anche l'attenzione rivolta agli incontri privati tra il candidato ed i senatori (relazione che potrebbe istituzionalizzarsi nell'ambito delle sessioni riservate). Ciascuno di questi punti è sviluppato in modo dettagliato che consente di cogliere la necessità di una più esatta declinazione degli obblighi del Senato, lasciati alla prassi e alle consuetudini. Questa prospettiva è senz'altro indicativa del tempo in cui si proponeva tale modifica, durante l'epoca del clintoniano affidamento agli "esperti" e alle "agenzie", una spinta alla regolamentazione simile al *civi-law*. Esigenze che tuttavia sembrano riproporsi nel caso oggetto di questa analisi.

Cfr. anche A.P. BLAUSTEIN, R.M. MERSKY, *Rating Supreme Court Justices*, in *ABA Journal*, 58, 1972, 1183 ss., in particolare p. 1187 sulla possibilità di adottare linee guida per la selezione dei *Justices*, un problema che la dottrina statunitense ha sempre continuato a sollevare e che deriva, probabilmente, dalla mancanza di diritto scritto sul procedimento e dalle intrinseche caratteristiche di *common-law* del Diritto costituzionale statunitense.

R.D. ROTUNDA, *The Confirmation process for Supreme Court Justices in the modern Era*, in *Emory Law Journal*, 37/1988, 559 ss. L'Autore sottolinea come la moderna concezione del *confirmation hearing* sia relativamente recente. Dopo aver proposto la disamina di alcuni casi storici (riportando anche il caso di George Sutherland, nominato da Harding e confermato il giorno stesso dal Senato il 5 settembre 1922), critica il modello di *hearing* per cui si procede sostanzialmente ad una sorta di previsione su come il candidato possa votare, semplicisticamente collocandolo in uno dei due campi politico-culturali (*liberal* o *conservative*). P.A. FREUND, *Appointment of Justices: some historical perspectives*, in *Harvard Law Review*, 101, 1988, 1146. Attraverso riferimenti storici e casi di mancate nomine tra il XIX ed il XX secolo, l'Autore spiega come fino al 1929 il Senato si riunisce normalmente in sedute chiuse al pubblico e che la "prassi" di chiamare il candidato a

*presidential school* fosse una dottrina minoritaria, messa in ombra dalla prassi e da vere e proprie consuetudini. Tuttavia con la mossa dei Repubblicani il presidente è forse oggi più forte disponendo della maggioranza in Senato per ottenere l'*advice and consent* sui propri candidati.

Si nota, inoltre, che l'interpretazione avallata da questa legislatura è giuridicamente reversibile (non essendo sostenuta dal diritto positivo, come è fisiologico nel sistema di *common-law*) anche se è ipotizzabile che le forze politiche non abbiano alcun interesse a ripristinare la situazione *quo ante*. Ciò che conviene in termini politici è la conquista della presidenza, che comporta un relativo predominio sul Senato. La seconda notazione attiene al peso della minoranza in Senato. Questa potrà procedere ad ostruzionismo solo per gli affari legislativi, ambito non toccato dalla nuova interpretazione. Resta l'incertezza se questa novità (o ritorno al passato) sia un passo indietro nel costituzionalismo ovvero un ritorno fisiologico al concetto statunitense di Senato<sup>49</sup> come sorta di collegio o corpo culturalmente e politicamente contiguo al presidente. Infine si potrebbe sostenere che il *Justice* nominato con una maggioranza più bassa sia politicamente più connotabile ma istituzionalmente meno legittimato. Questo elemento potrebbe ripercuotersi sulla legittimazione complessiva della Corte Suprema, organo in prospettiva composto da *Justices* non più largamente condivisi ma frutto di maggioranze politiche<sup>50</sup>.

Questo scenario ricorda molto da vicino quello italiano, quando due forze politiche si polarizzano e rifiutano di mettersi d'accordo. A proposito, Jed Shugerman sostiene: "La legittimazione non è solo logica è soprattutto psicologica: una percezione che si ottiene con il compromesso, che fonda la *rule of law* e la legittimazione stessa. Una polarizzazione comporta una carenza di compromesso che a sua volta conduce ad una carenza di legittimazione"<sup>51</sup>. La vicenda, letta da un altro punto di vista, potrebbe anche mostrare come i Repubblicani non stiano facendo altro che portare alle estreme conseguenze ciò che i Democratici hanno iniziato e coltivato in circa 15 anni<sup>52</sup>. Andando a ritroso, già nel 2013 i Democratici, stanchi dell'ostruzionismo dei Repubblicani sulle nomine di Obama per le Corti federali minori, votano una mozione dell'allora *leader* di minoranza Harry Reid (Democratico), abbassando il *quorum* per ogni nomina governativa alla più bassa delle

---

comparire davanti alla *Judiciary Committee* è cominciata nel 1939 (p. 1157). Al contrario di oggi, la procedura normale fino al 1929 consisteva nel considerare tutte le candidature in sessioni esecutive chiuse, salvo che i due terzi dei componenti del Senato chiedessero di aprire il dibattito. Lo "scudo del silenzio" è rimosso con il voto della maggioranza richiesta in due casi immediatamente precedenti: Brandeis, 1916 e Stone, 1925. Comunque, nel 1929, dopo due nomine controverse per l'opinione pubblica, fughe di notizie e l'irritazione dei senatori per la divulgazione di informazioni sui processi di nomina, la *Rules Committee* emette un *bill* che avrebbe autorizzato sessioni esecutive aperte sulle candidature con il voto a maggioranza semplice. Il senatore Joseph Robinson dell'Arkansas replica con una proposta ancora più liberale: le sessioni sarebbero state pubbliche a meno che un voto a maggioranza non avrebbe ordinato la chiusura. La prospettiva si ribalta.

<sup>49</sup> Cfr. P.A. FREUND, *Appointment of Justices: some historical perspectives*, cit.

<sup>50</sup> Come ha notato, nelle more della revisione di questo piccolo contributo, anche G. CONTI, *Filibuster e nuclear option al Senato U.S.A. L'effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *federalismi.it*, 9/2017.

<sup>51</sup> Così ho appuntato alla lezione del 22 marzo 2016.

<sup>52</sup> Cfr. J. HOLMES, *McConnell Is Finishing What Schumer Started*, in *Politico.it*, 6 aprile 2017.

maggioranze qualificate<sup>53</sup>. Si è trattato di una modifica sulla interpretazione della disposizione, interpretata di lì in avanti nel senso che la maggioranza di 60 senatori non si applichi alle nomine governative. Tuttavia tale modifica si intendeva esclusa per la conferma dei candidati alla Corte Suprema, l'unico ufficio conferito a vita (o quasi) e nomina più alta che il Senato possa mai confermare.

Ancora prima, è proprio Chuck Schumer (il Democratico attuale *leader* di minoranza al Senato) che nei primi anni del secolo sdogana l'ostruzionismo di partito, osteggiando la nomina del conservatore Miguel Estrada a giudice della Corte del Circuito di D.C. da parte di George W. Bush. Il presidente candida Estrada il 9 maggio del 2001. Dopo due anni di battaglia parlamentare, il 4 settembre 2003, Estrada si ritira. L'ABA aveva espresso il voto più alto “*well qualified*”<sup>54</sup>, tuttavia i Democratici lamentavano, da un punto di vista formale, la mancanza di esperienza giurisdizionale e la non provenienza dal mondo accademico del candidato; da un punto di vista politico, sostenevano che la sua nomina a *Judge*, avrebbe poi consentito la più pericolosa nomina a *Justice* appena si fosse liberato un seggio. Fattori che rendevano impossibile, a loro dire, svolgere un degno *confirmation hearing* e formare un giudizio oggettivo sul pensiero del candidato. Così a partire dal 6 marzo 2003 si votano sette mozioni di *cloture* per sbloccare il dibattito e consentire il voto finale. Dopo l'ennesima sconfitta Estrada si ritira. Da quel momento si comincia a verificare l'opportunità di ridurre l'ostruzionismo in alcune situazioni, come quelle delle nomine minori<sup>55</sup>. Da una parte, l'ostruzionismo ha vinto sulla mediazione e si proietta come arma parlamentare formidabile; dall'altra, comincia a scavarsi la fossa, perché progressivamente carico di argomenti esclusivamente politici e *partisan*. Infatti, i successivi casi di *filibustering* in quella Legislatura e nella successiva, sono scongiurati da 14 senatori, chiamati la “*Gang of 14*”, un gruppo *bipartisan* che trova il giusto compromesso per evitare l'abuso dell'ostruzionismo da parte dei Democratici (che oltre ad Estrada, durante la 108a Legislatura bloccarono la nomina di altri nove candidati<sup>56</sup>) ed eleggere sempre i candidati alle varie posizioni governative. Nel 2009 i Democratici prendono la Casa Bianca ma il Senato resta Repubblicano. Così anche loro sperimentano un utilizzo dell'ostruzionismo ai limiti dell'abuso.

È interessante notare come la contemporanea “opzione nucleare” esploda in un sistema che sembra assolutamente bipolare, che potrebbe sembrare naturalmente orientato alla strumentalizzazione partigiana delle regole. In realtà i due grandi partiti americani hanno sempre bilanciato e risolto i propri conflitti nelle regole e nelle consuetudini (illustrate in precedenza), trovando il compromesso. In questa fase, invece, come è già accaduto in Italia per altri aspetti, gli attori politici stanno plasmando le regole rispetto alla propria azione di

<sup>53</sup> Cfr. E. O'KEEFE, *Senate Republicans go “nuclear”, pave the way for Gorsuch confirmation to Supreme Court*, in *The Washington Post online*, 6 aprile 2017.

<sup>54</sup> Cfr. Il documento “*Ratings Of Article III Judicial Nominees 107th Congress (2001-2002)*”, sul sito ufficiale dell'ABA, consultabile a questo indirizzo: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/federal\\_judiciary/ratings107.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/federal_judiciary/ratings107.authcheckdam.pdf).

<sup>55</sup> Cfr. J. HOLMES, *cit.*

<sup>56</sup> Si tratta di Priscilla Owen, Charles W. Pickering, Carolyn Kuhl, David W. McKeague, Henry Saad, Richard Allen Griffin, William H. Pryor, William Gerry Myers III, e Janice Rogers Brown.

breve termine, logorando rapidamente un capitale istituzionale costruito in secoli di consuetudini e compromessi. Compromessi, come ricorda Shugerman con il pensiero estremamente condivisibile già richiamato, che hanno una connotazione positiva e che si stanno purtroppo perdendo, in linea con quanto accade ed è accaduto in Europa.

Inoltre, per quanto la riduzione alla più bassa delle maggioranze qualificate possa sembrare una rivoluzione copernicana, in realtà è l'esito naturale di un modo di interpretare la politica e le scelte istituzionali fondamentali cominciato all'inizio del secolo. Per questo nessuno ripristinerà lo *statu quo ante*, e gli attori politici semplicemente punteranno a vincere le elezioni sperando di avere il numero maggiore di nomine possibile. Pertanto, sarebbe riduttivo sostenere che la responsabilità di questo cambiamento sia dei Repubblicani o del presidente in carica. Osservando quanto ricostruito, si può biasimare o il sistema politico in generale o entrambi i partiti in maniera equanime, orientati ad una visione politica di breve periodo e sempre più slegati dalla propria funzione istituzionale.

Il 7 aprile 2017, infine, il Senato presieduto per l'occasione dal vice presidente in persona Mike Pence, approva 54 a 45 l'ascesa del neo *Justice* Neil Gorsuch alla *Supreme Court*. Giura due volte il 10 aprile, la prima in una cerimonia ufficiale ma privata, amministrata dal *Chief Justice* John Roberts presso la Conference Room della Supreme Court; la seconda poco più tardi alla Casa Bianca, alla presenza del presidente e nelle mani del *Justice* Anthony Kennedy, giudice presso il quale Gorsuch servì come *clerk*.

### 3. Il pensiero di Neil Gorsuch in Diritto penale e civile nel raffronto con quello di Antonin Scalia

Osservata la struttura istituzionale e politica del procedimento di nomina, è necessario entrare nel merito del pensiero di Gorsuch, provando a ripercorrere i principali casi o le sue decisioni sui principali temi giuridici, nella sua esperienza come giudice federale nella Corte del decimo distretto. In questo modo sarà possibile evidenziare il nesso che lega Gorsuch, Scalia e la politica, in senso lato, conservatrice di Trump rispetto alla Corte Suprema. Infatti, come è stato evidenziato nei paragrafi precedenti, il successo politico dell'elezione di Gorsuch, è giustificato da una sorta di mitizzazione delle teorie di Scalia. Tuttavia sembra opportuno provare a verificare se le affinità tra Gorsuch e Scalia siano davvero riscontrabili nel testo delle sentenze.

È infatti molto diffusa l'opinione che le decisioni di Gorsuch possano essere ricondotte alla lezione di Scalia<sup>57</sup>, per quanto attiene alle argomentazioni, allo stile e al pensiero giuridico; in particolare per la sua aderenza all'ermeneutica "originalista" che è stata

<sup>57</sup> Oltre al già citato contributo di F. CLEMENTI, *Scalia after Scalia*, cit., importanti ricostruzioni sulla lezione del predecessore di Gorsuch sono: G. ROMEO, *To be or not to be: le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti dopo la morte di Justice Antonin Scalia*, in *Rivista A.I.C., Osservatorio Costituzionale*, 20 febbraio 2016; G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. Cost.*, 2016, 1191; A. PIN, *Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?*, in *Dpce*, 1/2016, 255. Si v. anche in generale alcuni autori statunitensi: J. B. STAAB, *The political thought of Justice Antonin Scalia: a Hamiltonian on the Supreme Court*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2006; L. Tribe, J. Matz, *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*, Henry Holt and Co., 2014; G.R. STONE, L.M. SEIDMAN, C.R. SUNSTEIN, M.V. TUSHNET, P.S. KARLAN, *Constitutional Law*, ed. VIII, 2013.

riproposta e resa celebre proprio da Scalia<sup>58</sup>. Come noto, questo canone consiste nell'interpretare una disposizione costituzionale nello stesso modo in cui la si è intesa al momento di entrata in vigore della costituzione. La portata di una disposizione, dunque, potrebbe essere modificata solo attivando la procedura di emendazione prevista dall'articolo V della costituzione stessa. L'originalismo si è sviluppato negli anni '80 dello scorso secolo<sup>59</sup> ed ha subito una sorta di progressiva politicizzazione da parte dei conservatori, i quali lo hanno sovrapposto ad una lettura politica della Carta<sup>60</sup> secondo l'equazione: originale dunque da conservare.

Si ritiene che Gorsuch, come Scalia, sia anche un ardente testualista (*textualist*)<sup>61</sup>. Il *Justice* italoamericano spiega bene il proprio approccio e le ragioni che lo determinano commentando lo stato della “scienza dell'interpretazione legislativa” (*the state of the science of statutory interpretation*). Egli afferma: “Noi giudici americani non abbiamo un'intelligibile teoria di cosa dovremmo fare” (*We American judges have no intelligible theory of what we do most*)<sup>62</sup>. Per questo, dopo aver esposto il criterio dell'intento legislativo, propone il suo canone: “Il testo è il diritto, ed è il testo che deve essere osservato (*The text is the law, and it is the text that must be observed*)”<sup>63</sup>.

Da parte sua, Gorsuch applica questa dottrina soprattutto nell'ambito del Diritto penale, derivandone una concezione fortemente orientata al principio di legalità in senso formale. Sul punto è interessante la sua opinione dissenziente nel caso *United States v. Games-Perez* (2012)<sup>64</sup>, che consente anche di cogliere la sua visione politica in tema di possesso di armi da fuoco, questione molto divisiva dell'opinione pubblica statunitense<sup>65</sup> in questi anni.

<sup>58</sup> Cfr. J. KIDD, R.S. DASGUPTA, R. WALTERS, J. PHILLIPS, *Searching For Justice Scalia: Measuring The “Scalia-Ness” Of The Next Potential Member Of The U.S. Supreme Court*, consultabile al seguente indirizzo: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2874794](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2874794); pagina 2-3: “Justice Scalia didn't just do originalism – he openly and consistently advocated it, helping move it into the mainstream of constitutional interpretive methodology”.

L'originalismo ha alla base un concetto molto interessante anche per il sistema italiano: la premessa teorica è che la costituzione, essendo una legge, come tutte le leggi ha il significato che il legislatore sottintende al momento della posizione. Così, essa anche nel significato, nell'intento, è un laccio per il giudice, così come lo è per il legislatore e per l'esecutivo. L'originalismo, dunque, è la risposta teoretica e poi ermeneutica all'attività “creatrice” della Corte Suprema e dei giudici federali. Sostanzialmente si riconduce la costituzione come atto al disposto dell'articolo VI-2 della costituzione, letto in senso restrittivo: essa è una legge come tutte le altre e come tale implica che un giudice, non importa in quale Corte sieda, non può creare nuovi diritti o distruggere i vecchi. Ogni volta che lo facesse, violerebbe non solo i limiti della propria attribuzione/funzione, ma anche, e per questa ragione, i diritti del legislatore e del popolo. Originalisti come Robert Bork, descrivono quindi l'originalismo come una necessaria conclusione da come la forma di governo appare nella costituzione. Cfr. R. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, 1990, 69–100.

<sup>59</sup> J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, 2005; R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Rev.*, 75/2006, 545.

<sup>60</sup> L.E. SAWYER, *Principle and Politics in the New History of Originalism*, in *American Journal of Legal History*, 19 gennaio 2017, 7 ss.

<sup>61</sup> Il criterio ermeneutico del testualismo è spesso confuso con quello dell'originalismo, perché in effetti in alcuni casi i due si sovrappongono. Il primo equivale all'italiana interpretazione letterale, senza alcun riguardo per la *ratio legis* o per l'*iter legis*. Pertanto con queste lenti si osserva rigorosamente il significato logico e grammaticale del testo, senza possibilità di considerare la *ratio*, lo scopo, il percorso parlamentare di un atto o disposizione. È un approccio che si pone a metà tra l'interpretazione letterale (che può essere più o meno estensiva o restrittiva del significato per come nel complesso emerge) e una prospettiva formalistica.

<sup>62</sup> Cfr. A. SCALIA, *A matter of interpretation: federal courts and the law*, 1997, 14.

<sup>63</sup> Cfr. A. SCALIA, *op. ult. cit.*, 22.

<sup>64</sup> La sentenza può essere consultata all'indirizzo seguente: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/11/11-1011.pdf>.

<sup>65</sup> Anche se in questa decisione non è coinvolto il Secondo Emendamento né le tipiche istanze dei gruppi che rivendicano il diritto al possesso delle armi.

Sostanzialmente, egli critica i colleghi per essersi distaccati dal tenore letterale di una disposizione legislativa che sanziona chi “consapevolmente viola una legge che proibisce ad un pregiudicato di possedere un’arma da fuoco nel commercio interstatale” (“*knowingly violat[ing]*” § 922(g), *a statute that in turn prohibits a convicted felon from possessing a firearm in interstate commerce*). Gorsuch sostiene che debba essere provato, non solo, come è accaduto nel caso, che il soggetto sapesse di possedere un’arma da fuoco. Stando al tenore letterale della disposizione dovrebbe essere provato anche che il soggetto fosse consapevole di violare la legge. In caso contrario, sostiene Gorsuch, si darebbe luogo ad una sfida alla “*grammatical gravity and linguistic logic*”. L’opinione non solo esibisce un’applicazione del testualismo da manuale, ma dimostra anche il riferimento ad un suo corollario: la critica severa al metodo ermeneutico che utilizza come riferimento la *legislative history*, cioè quel complesso di atti parlamentari non legislativi utili per l’interpretazione teleologica<sup>66</sup>. Secondo Gorsuch è particolarmente deprecabile un’interpretazione non *text-based* ed il riferimento all’intento del legislatore in tutti i casi in cui dall’applicazione della disposizione interpretata “liberamente” ne discenderebbe la condanna di un innocente.

In un altro passaggio della sentenza in commento, Gorsuch esprime una lettura positiva del Secondo Emendamento insieme ad una classica applicazione del testualismo. Nell’ambito del diritto riconosciuto ad ogni cittadino di possedere armi, espone la necessità di leggere testualmente un paio di disposizioni riguardanti il requisito della *mens rea*, istituto che corrisponde al nostro elemento soggettivo del reato (più esattamente alla rappresentazione), laddove interpretato “liberamente”, potrebbe comportare l’incriminazione dell’innocente. Si legge nella sentenza: “Inoltre, anche se il governo può in qualche modo riuscire ad eliminare un’ambiguità fuori dal pieno testo legislativo prima di noi [giudici], egli incontra un altro problema insormontabile. La Corte Suprema ha riconosciuto da tempo la “presunzione”, fondata nella nostra tradizione di *common law*, che il requisito della *mens rea* attiene a ogni elemento della legge che criminalizza una condotta altrimenti innocente. (...) Insieme le sezioni 922 (g) e 924 (a) criminalizzano il possesso di ogni tipo di arma. Ma il possesso di pistola è spesso legale e a volte anche tutelato come questione di diritto costituzionale. L’unico elemento legislativo che separa il possesso innocente (ed a volte costituzionalmente protetto) di una pistola dalla condotta criminale ai sensi delle sezioni 922(g) e 924 (a) è una precedente rappresentazione di crimine/fellonia. Così, appare pienamente in vigore la presunzione che il governo deve provare la *mens rea*”<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Atti comunque dotati solo di valore persuasivo, quali i rapporti delle commissioni parlamentari, i *bills* o testi preliminari delle leggi, le relazioni dei dibattiti parlamentari ed altri documenti minori.

<sup>67</sup> “*Besides, even if the government could somehow manage to squeeze an ambiguity out of the plain statutory text before us, it faces another intractable problem. The Supreme Court has long recognized a “presumption” grounded in our common law tradition that a mens rea requirement attaches to “each of the statutory elements that criminalize otherwise innocent conduct.” ... Together §§ 922(g) and 924(a)(2) operate to criminalize the possession of any kind of gun. But gun possession is often lawful and sometimes even protected as a matter of constitutional right. The only statutory element separating innocent (even constitutionally protected) gun possession from criminal conduct in §§ 922(g) and 924(a) is a prior felony conviction. So the presumption that the government must prove mens rea here applies with full force*”. Cfr. pagina 6 della opinione, che corrisponde a pagina 33 dell’intera sentenza consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/11/11-1011.pdf>.

Altra opinione dissenziente interessante nell'ambito del Diritto penale è quella che contrasta la legittimità delle operazioni di polizia condotte sotto l'egida di un istituto chiamato “*knock and talk*” nel caso *United States v. Carlross* (2016). In base a questa procedura i poliziotti approcciano la casa di un sospettato o in cui può svolgersi una attività sospetta, bussano alla porta principale e cercano di instaurare una conversazione con il proprietario di casa. A quel punto devono ottenere il permesso di ispezionare/osservare l'interno della casa. Siccome tutto accade con il consenso del proprietario, in teoria non è necessario un mandato. Dopo tutto, come ricorda lo stesso Gorsuch nella sua *dissenting opinion*, “il Quarto Emendamento proibisce le “irragionevoli” ricerche, e le ricerche consensuali raramente lo sono [irragionevoli]”<sup>68</sup>.

Il caso riguarda l'attività di polizia (*law enforcement*) che si svolge nella “*home's curtilage*”, l'area che immediatamente circonda ed è associata con la casa. La Corte del decimo distretto ha riconosciuto la legittimità dell'operazione di “*knock and talk*” in un caso in cui due poliziotti erano stati in primo grado ritenuti colpevoli di violare il Quarto Emendamento perché avevano bussato alla porta frontale di una casa, cercando di parlare con il proprietario, in circostanze particolari. Normalmente ogni poliziotto, come ogni cittadino, ha la licenza implicita di approcciare una casa. Tuttavia nel caso di specie il proprietario aveva posto dei cartelli “*No Trespassing*” intorno alla casa e sulla porta. In primo grado era stato stabilito che i cartelli avrebbero revocato quella licenza implicita.

La Corte del decimo circuito, in secondo grado, conclude contrariamente che nelle circostanze del caso di specie, il segnale di non sconfinare non si debba ritenere in nessun caso indirizzato ad un poliziotto, il quale in tal modo sarebbe limitato nel proprio dovere di *law enforcement* e non potrebbe mai dare inizio ad una operazione di “ispezione consensuale”. Né può ritenersi, per la Corte, che i poliziotti oltrepassino i limiti della licenza implicita, quando bussino alla porta troppo a lungo.

Gorsuch, al contrario, sostiene che l'area del *curtilage* è protetta dal Quarto Emendamento come la casa stessa; che i poliziotti ricorrono spesso alla procedura in commento, in quanto molto efficace; e che per questo si deve sempre valutare il contesto in cui si svolge la procedura (ritenuta illecita, ad esempio, in tutti i casi in cui il proprietario può percepire di non avere altra scelta se non quella di cooperare, o quando la polizia si presenta in numero tale da comprimere la libertà del proprietario o equipaggiata in modo sufficiente da impressionare l'inquilino). È interessante rilevare che Gorsuch pone il tema in modo estremamente lineare: ricostruisce prima la logica giuridica che sorregge l'implicito invito a bussare/suonare in circostanze ordinarie; evidenzia come un avviso di non violare il domicilio esplicitamente interrompa quella logica quando affisso prima delle mura domestiche; infine deduce *de plano* l'afferenza nel Quarto Emendamento della situazione straordinaria in cui i due agenti di polizia si sono trovati nel caso di specie. Questa per Gorsuch è una materia fondamentalmente costituzionale, in quanto il tenore letterale ed

<sup>68</sup> “*After all, the Fourth Amendment prohibits “unreasonable” searches, and consensual searches are rarely that*”; cfr. Pagina 29 della sentenza e 1 della sua opinione, in *United States v. Carlross*, consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/13/13-7082.pdf>.

originale del Quarto Emendamento non ammette intromissioni nella casa: “Possono i poliziotti entrare nel *curtilage* senza un mandato e senza un’emergenza per condurre indagini?”. Impostando così il tema, Gorsuch sostiene che la Corte abbia erroneamente considerato il portico come parte non compresa nel *curtilage* e quindi come zona non soggetta al Quarto emendamento. L’originalismo emerge quando il giudice connette questa ricostruzione all’intento dei *foundings fathers*: “Questa linea di pensiero mi sembra difficile da riconciliare con il disegno di Costituzione dei fondatori”<sup>69</sup>. Infatti sostiene: “Noi sappiamo, anche, che al tempo dei fondatori il *common law* permetteva agli agenti del governo di entrare a casa o nel *curtilage* solo con il permesso del proprietario o per eseguire un processo legale. Nessuna traccia di sorta di permettere servitù appartenenti allo Stato (e solo allo Stato) può essere trovata nel *common law* del tempo dei fondatori”<sup>70</sup>.

Le assonanze con Scalia si riscontrano in decisioni di Gorsuch come *United States v. Hinckley* del 2008, nella quale sostiene, per esempio, che una delle possibili letture della legge sulla Registrazione e notificazione dei criminali sessuali, potrebbe violare il principio della *non-delegation*<sup>71</sup>, poche volte invocato nella giurisprudenza federale. Scalia si rifarà al medesimo principio nel 2012 nell’opinione dissenziente nel caso *Reynolds v. United States*.

È interessante a questo punto focalizzarsi sul rapporto di Gorsuch con la religione. Si può affermare anche in generale, che Gorsuch abbia delle riserve in tutti i casi in cui si cerca di comprimere l’espressione religiosa dagli spazi pubblici e dubita fortemente della cogenza e della autorevolezza della *legislative history*, non solo nel Diritto penale. I maggiori casi in cui Gorsuch ha espresso un voto in questo ambito coinvolgono le disposizioni del Primo emendamento della costituzione, che riguarda il divieto (per il Governo) di stabilire una religione e la libertà individuale e collettiva di professare il proprio credo. In questi casi sono coinvolte leggi del congresso che estendono i diritti dei credenti religiosi (il *Religious Freedom Restoration Act* del 1993 ed il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* del 2000).

In due recenti casi Gorsuch si è confrontato con questi temi. Il primo è *Hobby Lobby Stores v. Sebelius* (2013). In questo caso scrive una opinione concorrente al verdetto a favore dell’impresa. Da parte sua enfatizza il bisogno di accettare le concezioni religiose degli individui anche nell’ambito della sanità. Sostiene che i ricorrenti, nel caso di specie, probabilmente avrebbero vinto la causa (come invece non accade) argomentando che la disposizione prevista dalla legislazione di Obama sulla vita sana (*The Affordable Care Act*) sull’obbligo di prevedere una copertura assicurativa per le spese di contraccettione degli impiegati, fosse in contrasto con la libertà religiosa del datore di lavoro in violazione del *Religious Freedom Restoration Act*. Scrive in quella sentenza: “La disposizione richiede loro di violare il proprio credo religioso forzandoli a fornire un grado di assistenza inammissibile, che la loro religione insegna essere gravemente

<sup>69</sup> “*This line of reasoning seems to me difficult to reconcile with the Constitution of the founders’ design*”, cfr. pag. 8 della opinione.

<sup>70</sup> “*We know, too, that at the time of the founding the common law permitted government agents to enter a home or its curtilage only with the owner’s permission or to execute legal process. No trace of some sort of permanent easement belonging to the state (and state alone) can be found in the common law of the founders’ time*”, cfr. pag. 8.

<sup>71</sup> Principio che è alla base della separazione dei poteri anglosassone, implica l’impossibilità per un organo costituzionale investito di una delle tre funzioni costituzionali, di delegare ad altre autorità il proprio potere.

sbagliato”<sup>72</sup>. Questa posizione poi sarà largamente riconosciuta dalla Corte Suprema nella decisione susseguente. Nell’altro caso, *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Burwell* (2015), Gorsuch si unisce ad altri giudici dissenzienti che impediscono il riesame *en banc* (cioè plenario, di tutti i giudici di una Corte distrettuale) del ricorso della Little Sisters proprio in virtù del *Religious Freedom Restoration Act* contro la medesima disposizione della *Affordable Care Act*.

Il punto per Gorsuch resta la scarsa considerazione dimostrata dalla Corte rispetto all’articolazione dei principi del credo religioso delle ricorrenti. Anche in questo caso la Corte Suprema conferma in parte la posizione di Gorsuch: stabilisce che i principi religiosi delle suore potranno essere tutelati contemporaneamente al riconoscimento pieno ed equo sostegno alla copertura per i contraccettivi dei propri impiegati, stabilendo nel rinvio che la Corte e le parti dovessero trovare il modo concreto più equilibrato per soddisfare entrambi. Gorsuch scrive e condivide opinioni dissenzienti o concorrenti, sempre confermate dalla Corte Suprema nella maggior parte dei casi, che criticano le dottrine sulla limitazione della libertà (di espressione) religiosa negli spazi pubblici. In un caso osteggia anche l’opinione dominante della propria Corte che vietava al governo di collocare in un parco pubblico un monumento sui Dieci comandamenti ricevuto in dono, senza accettare altre offerte di monumenti, anch’essi donati, ma di altri credo religiosi (cfr. *Summum v. Pleasant Grove City*). La Corte Suprema sul caso, ribaltando la decisione, dà ragione a quell’opinione dissenziente nella quale Gorsuch criticava il “*reasonable observer test*” per stabilire se il governo, accettando il monumento, sponsorizzasse una religione o meno.

In questo caso, secondo il giudice del decimo distretto, il *test* è fuori luogo e conduce all’effetto travolgente di voler trovare un *endorsement* del Governo quando non ce n’è neanche il lontano intento (semplice collocazione di un bene donato), così invece eliminando la possibilità per i credenti di una religione di manifestarla negli spazi pubblici.

Antonin Scalia, nel giudizio finale della Corte Suprema sul caso in commento, esprime tuttavia un pensiero più radicale e sofisticato, in cui afferma che la città non viola il primo emendamento sotto nessun aspetto, né sotto il profilo del divieto di “superare il muro che separa Stato e Chiesa”, né sotto quello della libertà di manifestazione del pensiero. Egli nell’opinione concorrente in *Pleasant Grove City, Utah v. Summum*, 25 febbraio 2009 (Corte Suprema) sostiene che la donazione non abbia sfondo religioso ma carattere “secolare” (ovvero laico), in quanto, considerando il donante ed il contesto, coinvolge un argomento che è perfettamente compreso nel nucleo dei valori costitutivi della nazione. Dal suo punto di vista il caso non ricadrebbe né nell’ambito di applicazione della *Establishment Clause* del Primo emendamento (il divieto per lo Stato di stabilire o seguire una religione), sotto la quale è stato effettivamente valutato e deciso; né nell’ambito della *Free Speech Clause* del medesimo emendamento, che potrebbe residuamente essere invocata. Sul punto Scalia è chiaro: “*there are very good reasons to be confident that the park displays do not violate any part of the First Amendment*”. Il donante, il *Fraternal Order of Eagles*, nel 2005 aveva già donato un

<sup>72</sup> Quarto capoverso del punto II “Substantial Burden”: “*the ACA’s mandate requires them to violate their religious faith by forcing them to lend an impermissible degree of assistance to conduct their religion teaches to be gravely wrong*”.

monumento simile che fu posto nella parte del terreno che circonda il Parlamento dello Stato del Texas; il caso arriva alla Corte Suprema (*Van Orden v. Perry*) e tutti i *Justices* sono d'accordo nel sostenere che sebbene fosse coinvolta l'azione del governo rispetto alla libertà di parola, l'argomento dell'*Establishment Clause* andasse rigettato. Secondo Scalia la maggioranza esclude questo argomento “*because the Ten Commandments have an undeniable historical meaning in addition to their religious significance*”.

Sulla pena di morte Gorsuch, come Scalia, non guarda con favore agli appelli “*habeas corpus petition*”, che si usano per verificare innanzi alla Corte federale la legittimità del provvedimento di condanna di un detenuto. Questo è coerente con l'impegno di Gorsuch di interpretare le leggi in accordo con il loro pieno significato testuale. Negli anni '90, infatti, il Congresso adotta una legge chiamata *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* che intende limitare i procedimenti di appello *federal habeas* per rendere più facilmente procedibile la pena di morte. Per effetto di questo atto, tuttavia, le petizioni si sono incrementate ed in particolare davanti alle Corti di appello (o Corti distrettuali), dove molti casi di *death penalty habeas* sono discussi, anche rispetto al numero più esiguo di casi che fisiologicamente arriva in Corte Suprema. Gorsuch è molto vicino a Scalia rispetto alle revisioni sulla pena di morte e, molto probabilmente, potrebbe far diventare la Corte ancora più sollecitata alle pretese dei condannati alla pena di morte. Infatti, per quanto contrario alle revisioni, in osservanza della legge, quando è parte del collegio giudicante tende a schierarsi dalla parte del condannato.

Gorsuch è poi considerato un sostenitore della dottrina della Clausola commerciale negativa (*negative/dormant Commercial Clause*), secondo la quale sostanzialmente gli Stati non possono porre in essere limiti legislativi al commercio inter-statale senza l'autorizzazione del Congresso (federale)<sup>73</sup>. Anche in quest'area sarebbe molto vicino a Scalia. Tuttavia egli, siccome la clausola negativa emerge non nel testo ma da una lettura *a contrario* del testo, in palese contrasto con la dottrina testualista, è ritornato sui propri passi e si è rifiutato di promuoverla ancora. Infatti nella *dissenting opinion* del caso *Comptroller v. Wynne* (2015), il *Justice* sostiene: “Il problema fondamentale con i nostri casi di Clausola Commerciale negativa è che la Costituzione non contiene una Clausola Commerciale negativa”<sup>74</sup>.

Anche se un giudice della Corte di Appello non ha la stessa libertà di criticare o discostarsi da un precedente della Corte Suprema, anche le opinioni di Gorsuch rivelano in parte una

<sup>73</sup> Come la gran parte del Diritto costituzionale statunitense, questa dottrina è stata elaborata dalle Corti federali rispetto all'interpretazione dell'articolo 1 della costituzione statunitense, che esplicitamente si limita ad attribuire al Congresso la competenza di regolare il commercio “*among the several states*”, ovvero oltre i vari Stati. Da qui, a dire il vero fin da prima dell'approvazione del testo, l'annoso dibattito tra i sostenitori di una competenza esclusiva federale e quelli di una competenza statale con l'autorizzazione del Congresso. In questi casi le Corti valutano se la legge posta dal Parlamento statale sia discriminatoria nei confronti di soggetti (economici) al di fuori dello Stato ovvero siano a vantaggio degli interessi di soggetti dentro lo Stato. Le leggi adottate sulla base di un semplice protezionismo economico sono virtualmente nulle. Si riconosce, invece, validità alle leggi che si occupano di questioni locali con effetti indiretti sul commercio inter-statale. In questi casi le Corti procederanno ad un test per valutare l'equilibrio tra l'effetto discriminatorio e la necessità dell'intervento locale. In caso di esito negativo, la legge è dichiarata incostituzionale.

<sup>74</sup> “*The fundamental problem with our negative Commerce Clause cases is that the Constitution does not contain a negative Commerce Clause*”, cfr. P. 32 della sentenza e 1 della *dissenting opinion* consultabile qui: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-485\\_o7jp.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-485_o7jp.pdf).

diffidenza verso disposizioni costituzionali non scritte come quella in commento. Ad esempio, nel caso *Energy and Environment Legal Institute v. Epel* (2015)<sup>75</sup>, la sentenza della Corte del decimo, scritta da Gorsuch, rifiuta di applicare la clausola commerciale negativa per annullare un programma di energia pulita avviato dal Colorado sul proprio suolo, che avrebbe potuto ripercuotersi negativamente sui produttori tradizionali di energia al di fuori di quello Stato.

L'opinione spiega che questo risultato è coerente con l'obiettivo di una “*judicial free trade policy*”, cioè di una politica commerciale libera dagli interventi giudiziari, anche se esistono precedenti giudiziari, appunto, che potrebbero orientare gli esiti di questa politica. Ma mentre ammette che le Corti minori devono osservare la giurisprudenza della Corte Suprema così come la trovano, l'opinione di Gorsuch mostra rispetto per i detrattori della dottrina stessa, come Scalia, i quali “trovano la dottrina della clausola negativa assente dal testo della Costituzione ed incompatibile con la sua struttura”<sup>76</sup>.

Nel caso *Direct Marketing Association v. Brohl* (2016), scrive un'opinione concorrente in cui concorda con la Corte che stabilisce la non applicabilità della clausola negativa in un caso di commercio interstatale. Gorsuch si concentra su di un aspetto della dottrina criticata, la c.d. *Quill rule*. Questa regola esenta dalla tassazione sulle vendite dello Stato, gli ordini di vendita non provenienti da indirizzi dello Stato di cui si sta accertando l'anti-concorrenzialità. Per lui è una “bizzarria analitica” che “sembra deliberatamente costruita” per essere eventualmente annullata. Questa opinione lo avvicina al *Justice Anthony Kennedy* il quale richiedeva la cassazione della *Quill rule*, e ancora a Scalia, il quale la identificava come parte del “bestiario delle prove *ad hoc* e delle eccezioni *ad hoc* che noi applichiamo oggi”<sup>77</sup> sotto la clausola commerciale negativa.

La tensione sulla clausola commerciale negativa che di per sé non è un argomento di frattura tra liberali o conservatori, né un argomento politicamente tra i più rilevanti, è tuttavia considerato<sup>78</sup> un sintomo del generale criticismo di una parte di giuristi intorno ad alcune dottrine prettamente giurisprudenziali slegate dal testo legislativo. Tra questi argomenti oggetto di sempre più rivisitazioni si annovera anche il diritto alla *privacy*, architrave su cui si fonda l'odierna giurisprudenza della Corte Suprema sull'aborto. In effetti, il sistema dei diritti costituzionali statunitense è costruito sulla base di una serie di tesi giurisprudenziali comunque precarie: il revisionismo testualista ovvero originalista di quelle che sembrano dottrine minori (o questioni tutto sommato trascurabili nell'economia complessiva del diritto costituzionale), potrebbe inficiare alla base questioni separate ma connesse di grande importanza sociale e politica.

<sup>75</sup> Consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/14/14-1216.pdf>.

<sup>76</sup> “(...) *find dormant commerce doctrine absent from the Constitution's text and incompatible with its structure*”.

<sup>77</sup> Cfr. Popinione dissenziente al caso *Comptroller of Treasury of Md. v. Wynne* (2015), pag. 4 dell'opinione e 36 della sentenza, consultabile qui: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/13-485/case.pdf>.

<sup>78</sup> E. CITRON, *Potential nominee profile: Neil Gorsuch*, in *SCOTUSblog*, 13 gennaio 2017, <http://www.scotusblog.com/2017/01/potential-nominee-profile-neil-gorsuch/> (Lo SCOTUSblog è, peraltro, una fonte indicata tra i materiali didattici dei corsi di Diritto costituzionale presso la Fordham University).

Gorsuch sembra seguire la strada del testualismo e dei “federalisti” come Scalia quando esprime grande scetticismo rispetto a queste dottrine, le quali consentono ai giudici di stagliarsi adeguatamente contro leggi locali promulgate sulla base di vaghi principi che non possono essere riscontrati nel testo concreto della costituzione nazionale.

#### 4. Il Diritto amministrativo, la *Chevron deference*: perché Gorsuch non è Scalia

Un esempio di tale interconnessione tra dottrine giurisprudenziali e strutture costituzionali può essere osservato nell’ambito del Diritto amministrativo, campo in cui Gorsuch si allontana da Scalia e terreno, nel complessivo ecosistema dell’ordinamento statunitense, piuttosto stabile e regolare, senza grandi variazioni. In questo panorama Gorsuch ha fatto di recente grosso rumore, stabilendo la fine della dottrina chiamata *Chevron deference*<sup>79</sup> che è stata ritenuta la regola di funzionamento dello *Administrative state*, il complesso di rapporti che regolano l’andamento delle istituzioni federali afferenti all’*Executive Branch*, dagli anni ’80 dello scorso secolo.

La *Chevron deference* riguarda il potere delle Agenzie di interpretare le leggi in un contesto giuridico in cui l’interpretazione è espressione tipicamente del potere giudiziario. La Corte Suprema ha stabilito che le Corti possono lasciare che le Agenzie interpretino le leggi qualora l’esito non sia irragionevole. Una decisione che ha notevolmente sbilanciato la teoria della separazione dei poteri, pilastro non molto duttile nella teoria e nella pratica istituzionale statunitense e, secondo alcuni osservatori, anche il principio di non delegazione di competenze tra poteri dello Stato.

Infatti, quando il Congresso adotta una legge generale i cui precisi contorni sono ambigui, le Agenzie federali destinatarie della legge o comunque competenti ad applicarla, possono darle vigore in ogni maniera che non sia chiaramente e direttamente proibita. In questo modo le Agenzie possono interpretare le disposizioni nel modo più confacente alla propria attività.

Perciò qualora le Agenzie interpretino una disposizione in un certo modo, la Corte, più avanti nel procedimento ovvero in un diverso caso, dovrà essere *deferente* con quella interpretazione (da qui l’apposizione “*deference*”). Una sorta di interpretazione autentica, ma del destinatario (Agenzia) e non dell’autore (Congresso).

Scalia quando era giudice della *Circuit Court* del *Distrect of Columbia*, che ha giurisdizione su molti più casi che coinvolgono le Agenzie di ogni altra Corte, era un forte sostenitore della *Chevron deference*, del potere di interpretazione e di revisione simil-giurisdizionale, della flessibilità che questa garantiva nell’ordinamento amministrativo. Anche se non è stato l’artefice di questa macchina dogmatico-istituzionale, ha sempre contribuito a mantenerla, con la convinzione che uno Stato federale flessibile fosse una risorsa ed agisse nell’interesse di tutti.

<sup>79</sup> Principio stabilito dalla Corte Suprema nel caso da cui prende il nome *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, (1984).

Nel recente caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch* (2016)<sup>80</sup> Gorsuch scrive sia per la Corte, che una propria opinione concorrente in cui spiega il suo personale indirizzo ermeneutico. Conclude la propria opinione con una frase che non lascia dubbi: “Eravamo abituati a vivere con lo stato amministrativo prima delle *Chevron*. Non possiamo farlo ancora. In parole povere, mi sembra che in mondo senza *Chevron* cambierebbe davvero poco, eccetto forse le cose più importanti”<sup>81</sup>.

Il cuore della critica di Gorsuch è sull’assetto dei poteri costituzionali come risultava dall’applicazione della *Chevron*: si autorizzavano le Agenzie ad assumere il potere di interpretare le leggi, potere che sottraevano alle Corti, e che sostanzialmente sottoponeva la produzione giuridica giurisprudenziale alla revisione amministrativa. Una vera inversione: l’esatto opposto di come è stato architettato e dovrebbe funzionare l’ordinamento statunitense.

Ripercorrendo brevemente l’opinione di Gorsuch emerge una concezione “conservatrice” del Diritto amministrativo, che si potrebbe anche qualificare “classica”. Ma sembra comunque che voglia anche applicare la lezione di Scalia sull’interpretazione delle leggi ordinarie e delle leggi amministrative. Crede che anche queste leggi generiche abbiano un significato obiettivo che può essere compreso con l’interpretazione del testo stesso delle leggi. È compito delle Corti dire che cosa significhino queste leggi e rivolgersi alle agenzie quando loro non possono applicare al meglio e necessitano di un’ermeneutica. Se un’agenzia non è d’accordo, l’unico rimedio adeguato è che il Congresso cambi la legge o che la Corte Suprema corregga l’errore della prima Corte.

Scalia, d’altra parte, voleva limitare il ruolo delle Corti alla revisione degli adempimenti delle Agenzie in tema di interpretazione dei leggi/provvedimenti amministrativi, affinché questa attività fosse priva di errori per prevenire la “fossilizzazione” delle decisioni delle Agenzie. Infatti partiva dal presupposto che il significato delle leggi sarebbe potuto cambiare nel tempo, richiedendo il rinnovamento dell’interpretazione per adeguarle al cambiamento di priorità dei Presidenti e delle condizioni giuridiche e di fatto. Comunque Scalia si pronunciava senza problemi ideologici quando la posizione di una particolare Agenzia eccedeva i confini di una legge, anche quando le parole oggetto del giudizio di interpretazione fossero state ambigue<sup>82</sup>. In particolare, secondo il *Justice*, potrebbe essere meno probabile trovare una legge ambigua dalla prospettiva testualista, in quanto intrinsecamente più attenta ai dettagli del testo legislativo e riluttante a considerare la *legislative history* ed obiettivi estranei rispetto all’impianto originale. Ciò è valido anche dopo la dottrina *Chevron* e rende la delegazione del potere interpretativo alle agenzie molto più rigida e comunque guidata da una cornice giuridica testualista restrittiva.

<sup>80</sup> Il testo della sentenza è consultabile qui: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/14/14-9585.pdf>.

<sup>81</sup> Cfr. pag. 23 dell’opinione, 37 della sentenza: “*We managed to live with the administrative state before Chevron. We could do it again. Put simply, it seems to me that in a world without Chevron very little would change — except perhaps the most important things*”.

<sup>82</sup> Cfr. A. SCALIA, *Judicial deference to Administrative interpretations of Law*, in *Duke Law Journal*, 1989, uno dei commenti più vicini di Scalia alla sentenza *Chevron*.

Si ritiene<sup>83</sup> che Scalia approvasse la Chevron *deference* anche per evitare che una Corte avesse potuto dare la sua migliore interpretazione di una legge e un’Agenzia, successivamente, avesse rivisto l’interpretazione stessa a beneficio di un significato nuovo e ritenuto più coerente con il contesto successivo. Questa è proprio la situazione istituzionale che Gorsuch critica e che lo spinge a superare la dottrina stessa.

Nel caso sopra citato *Gutierrez-Brihuea*, Gorsuch critica la decisione della Corte Suprema del 2005 *National Cable & Telecommunications Ass’n v. Brand X*<sup>84</sup>, che permetteva ad una Agenzia di aggirare una decisione della Corte Suprema in virtù della Chevron. Gorsuch così fa eco al dissenso di Scalia che, nella sua opinione nella sentenza citata, critica la Corte Suprema per aver adottato una versione della Chevron a suo dire pericolosamente orientata verso l’aggiramento delle interpretazione giurisprudenziale.

Questo punto segna una svolta fondamentale nel Diritto amministrativo e costituzionale del Paese. Tant’è che l’opinione è stata accolta anche dalla dottrina esplicitamente *liberal* o comunque dichiaratamente contraria alla nomina di Gorsuch<sup>85</sup>. Infatti Gorsuch smaschera, e risolve in modo condivisibile, il nodo centrale intorno a cui si avvolgono non solo i rapporti istituzionali, ma anche le diverse concezioni teoriche sullo Stato amministrativo: chi deve interpretare le leggi. Suona strano, ma tra le grandi questioni fondamentali di questa fase dell’esperienza costituzionale statunitense è in discussione proprio un aspetto classico e costitutivo della teoria dello Stato, la separazione e la funzione dei poteri. In particolare l’inversione di Gorsuch si riflette su un altro nervo lasciato scoperto dalla Chevron: l’indipendenza (intellettuale e non solo) dei giudici. Gorsuch mostra nella sua opinione una attenzione sia a queste questioni, sia alla prospettiva originalista, con parole da leggere direttamente: “*Chevron and Brand X permit executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power and concentrate federal power in a way that seems more than a little difficult to square with the Constitution of the framers’ design*”<sup>86</sup>.

Ma un altro caso mostra bene un’altra differenza significativa tra il testualismo di Gorsuch e quello di Scalia<sup>87</sup>. Si tratta della sua opinione dissenziente in *TransAm Trucking v. Administrative Review Board* (2015)<sup>88</sup>. Per comprenderlo a fondo è necessario richiamare qualche elemento di fatto.

Una compagnia di trasporti su gomma, la TransAm Trucking, incarica il camionista Alphonse Maddin di svolgere una consegna, alla guida di un camion con rimorchio. Una sera di gennaio, con le temperature al di sotto dello zero, scopre che i freni del suo rimorchio

<sup>83</sup> Cfr. E. CITRON, *Potential nominee profile*, cit.

<sup>84</sup> Il testo può essere consultato qui: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-277.ZS.html>.

<sup>85</sup> Cfr. J.H. SHUGERMAN, *Gorsuch on Chevron: Brilliant*, in *Sbugerblog.com*, 2 febbraio 2017. Cfr. anche la rassegna su *Gutierrez-Brihuea v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016) in *Harvard Law Review*, 130, 5 (March) 2017, 1496-1503. 130 Harv. L. Rev. 1496 (2016-2017)

<sup>86</sup> Cit. pagina 1 dell’opinione, 15 della sentenza: cfr. il testo sul sito ufficiale della Corte del 10th circuit: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/14/14-9585.pdf>

<sup>87</sup> Il caso è stato anche menzionato da Shugerman durante una sua lezione di *Administrative Law* sulla *statutory interpretation*; lo stesso ha anche ripreso alcuni elementi trattati in un interessante articolo: cfr. J. H. SHUGERMAN, *Neil Gorsuch and the “Frozen Trucker”*, in *www.slate.com*, 4 febbraio 2017.

<sup>88</sup> Consultabile sul sito ufficiale della Corte del 10<sup>th</sup> Circuit, a questo indirizzo: <https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/15/15-9504.pdf>.

si sono bloccati a causa del freddo. Così, il camion era in condizioni di muoversi, ma non quando attaccato al rimorchio, nel quale però era contenuto il carico da portare a destinazione. Alle 23:17 Maddin chiama il servizio stradale della TransAm; poi scopre che il riscaldamento della cabina del camion era rotto. Si addormenta e si sveglia due ore dopo con il torso intorpidito. Non poteva neanche sentire i propri piedi. A quel punto richiama il servizio stradale e gli dicono di resistere lì nonostante le condizioni di vita estreme. Il camionista aspetta ancora 30 minuti prima di sganciare il rimorchio malfunzionante. Dopo quasi tre ore in condizioni estreme a temperature sottozero, Maddin decide di allontanarsi con il camion, nonostante il suo supervisore gli avesse ordinato di restare. I soccorsi sarebbero arrivati 15 minuti più tardi.

La compagnia ha licenziato Maddin per aver abbandonato il rimorchio. Maddin ha proceduto con un ricorso innanzi la *Occupational Safety and Health Administration*, una Agenzia del Dipartimento del Lavoro. Lamenta che la TransAm ha violato lo *Surface Transportation Assistance Act*, che proibisce di licenziare un impiegato che “si rifiuta di operare un veicolo perché... l'impiegato ha un ragionevole timore di gravi danni all'impiegato o al pubblico”<sup>89</sup>. L'Agenzia conclude che è stato in effetti licenziato per essersi rifiutato di “operare” il veicolo, ma che aveva un ragionevole timore di pericolo.

A questo punto entra in gioco l'interpretazione. La TransAm sostiene che Maddin non ha “operato” il suo camion, così lui non sarebbe coperto dalla disposizione letterale. In appello, dinnanzi alla Corte del 10° circuito, in composizione collegiale (tre giudici, tra cui Gorsuch), due giudici applicano la *Chevron deference*, così avallando l'interpretazione “ragionevole” della legge “ambigua” emanata dalla Agenzia.

Il punto che è sembrato giuridicamente problematico agli interpreti e che ha consentito di invocare la *deference*, è la definizione di “operare”, non contenuta nella legge. Così l'Agenzia ha deciso che la parola “operare” include non solo “guidare” ma anche “altri usi di un veicolo quando questo è sotto il controllo del lavoratore”<sup>90</sup>. In altri casi l'Agenzia ha stabilito che scaricare un rimorchio troppo carico e guidare contasse come un “rifiuto di operare”, perché è un rifiuto di adempiere nel modo stabilito (dal datore di lavoro e dall'accettazione della direttiva). La maggioranza del collegio ha anche notato che il Congresso promulgò la legge così che i lavoratori potessero essere protetti, portando i rischi per la sicurezza all'attenzione dei propri datori di lavoro. Considerando questi fattori, la maggioranza ha trovato che l'interpretazione della legge ambigua, da parte dell'Agenzia fosse ragionevole.

Gorsuch, dopo il caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, ha detto chiaramente di essere contrario alla *Chevron deference*. Così alcuni commentatori, si aspettavano che il giudice offrisse una diversa (e nella sua ottica, migliore) interpretazione della parola “operare”, oppure che avrebbe posto l'accento sulla parola “veicolo”<sup>91</sup>. Lo stesso osservatore nota anche che le

<sup>89</sup> “refuses to operate a vehicle because ... the employee has a reasonable apprehension of serious injury to the employee or the public”.

<sup>90</sup> “Other uses of a vehicle when it is within the control of the employee”.

<sup>91</sup> Cfr. J.H. SHUGERMAN, cit. 3: L'autore sottolinea come, in effetti, interpretando il termine “veicolo” nel senso di “camion e rimorchio” insieme, avrebbe risolto ogni ambiguità rispetto al problema che pone “operare”. Il camionista

interpretazioni alternative non sono state neanche approfondite dal collegio, perché questo era troppo impegnato con la questione relativa alla Chevron *deference*, in virtù della quale, inevitabilmente, la Corte è limitata dall'interpretazione dell'Agenzia, che ha anche l'effetto ulteriore di restringere il *petutium* immediato della causa.

Tuttavia Gorsuch afferma che il camionista non è protetto dalla legge e che non ritiene la parola “operare” per niente ambigua: nessun'altra interpretazione oltre quella di “guidare” è ragionevole secondo lui. Pertanto, a rigore, dal momento in cui Maddin ha guidato il camion senza rimorchio, non è più tutelato da quella legge. Interessante notare come in una lunga nota alla sua opinione, la maggioranza del collegio spiega come Gorsuch abbia deciso di cambiare il testo della legge da “operare” a “guidare”, citando le sue stesse parole: “Il nostro compito non è legiferare e aggiungere nuove parole che non sono presenti nella legge”<sup>92</sup>.

Secondo Gorsuch il camionista aveva due opzioni. Una illegale, perché non sicura: portare a destinazione il rimorchio con i beni della compagnia; l'altra legale anche se “spiacevole” (*unpleasant*): aspettare che arrivassero i rinforzi. “Il camionista ha scelto nessuna di queste”<sup>93</sup>. È difficile non concordare con chi sostiene che nel merito questa decisione sembra piuttosto riduttiva e semplificatrice; addirittura si è detto che per come si esprime, Gorsuch sembra aver impostato le alternative del camionista pensando ad un test delle *School of Law*, come ad una *multiple-choice* invece che a decisioni di vita o di morte<sup>94</sup>.

Inoltre, sempre da come scrive, analizza il testo della legge ed il caso in modo astratto, senza mostrare una vera comprensione del contesto. Il che lo differenzerebbe molto nella applicazione del testualismo da Scalia. Infatti dice: “La TransAm espressamente gli permise di stare e rimanere dov'era e aspettare i soccorsi”. Il giudice non sembra rendersi conto che il camionista si trovasse in una cabina con il riscaldamento rotto a temperatura inferiore allo zero<sup>95</sup>.

Ancora, per argomentare la sua lettura di “si rifiuta di operare”, invece di riferirsi al caso concreto ed al suo contesto, compie una perifrasi che potrebbe risultare fuori luogo. Scrive: “Si immagini un capo dire all'impiegato che egli potrebbe ‘operare’ un computer dell'ufficio come da direttive ovvero ‘rifiutarsi di operare’ quel computer. Quale serio impiegato prenderebbe quella come licenza ad usare un computer dell'ufficio non per lavorare, ma per comporre il grande romanzo americano? Buona fortuna!”<sup>96</sup>.

La differenza tra il testualismo, di Scalia e dei veri testualisti, e la versione di Gorsuch, è proprio nella considerazione della legge nel suo contesto, della disposizione rispetto a ciò

---

si sarebbe dunque rifiutato di operare il veicolo complessivo, ma con la scriminante dello stato di pericolo; oppure avrebbe comunque operato solo il camion, legittimamente.

<sup>92</sup> “*Our job isn't to legislate and add new words that aren't present in the statute*”.

<sup>93</sup> Cfr.: “[S]omeone [at TransAm] gave him two options. He could drag the trailer carrying the company's goods to its destination (an illegal and maybe sarcastically offered option). Or he could sit and wait for help to arrive (a legal if unpleasant option). The trucker chose None of the Above”.

<sup>94</sup> J.H. SHUGERMAN, cit. 3.

<sup>95</sup> “*TransAm expressly ... permitted him to sit and remain where he was and wait for help*”.

<sup>96</sup> “*Imagine a boss telling an employee he may either ‘operate’ an office computer as directed or ‘refuse to operate’ that computer. What serious employee would take that as license to use an office computer not for work but to compose the great American novel? Good luck*”.

che significa nel caso concreto. Senza considerare il contesto, non è possibile dare senso alla disposizione della legge dedotta in giudizio là dove si riferisce alla valutazione sicurezza-pericolo sul luogo di lavoro. In questo senso l'esempio di Gorsuch sul computer svuota totalmente di significato la disposizione, che appunto tutela il lavoratore in una situazione di pericolo. Invece che concentrarsi sull'applicazione del testo in una vicenda che riguarda una cabina di un camion sottozero, Gorsuch analizza le parole costruendo contesti immaginari per valutarne la tenuta logico-semanticamente. Anche il tono sembra richiamare l'arguzia tipica di Scalia. Egli era noto per riservare la sua "*acid pen*" ai colleghi, in particolare O'Connor e Kennedy<sup>97</sup>. Ma Gorsuch in questo caso si rivolge con un improbabile "buona fortuna!" ad un povero attore in una causa di licenziamento.

In questo caso emergono due criticità dell'impianto di fondo di Gorsuch: un rapporto da approfondire con la Chevron *deference*, ed un testualismo farisaico. Se, da una parte, la critica alla delegazione del potere di adattare la legge all'interpretazione del destinatario, sembra interessante non solo per il contesto statunitense, ma anche per un contemporaneo ripensamento dei rapporti tra poteri dello Stato in senso generale; combinata ad una visione testualista farisaica, può portare a negare la ragione stessa di esistenza della funzione giurisprudenziale: la tutela dei diritti. Questo, per un *Justice*, potrebbe essere un enorme *vulnus*, in grado di travolgere quanto di positivo il testualismo scaliano ha costruito in trent'anni.

In breve, Gorsuch ha un approccio diverso sullo Stato amministrativo; secondo lui ne andrebbe ridotta l'espansione funzionale delle Agenzie, avvicinandosi così ancora di più alla concezione conservatrice di un governo ridotto, leggero. Infatti, Gorsuch è sicuramente una guida in questo campo, esprimendo le preoccupazioni di molti conservatori che tuttavia non hanno dato voce ai propri pensieri, e a cui persino Scalia avrebbe potuto appassionarsi.

In ogni caso, osservate le affinità e le discontinuità, si può affermare che Gorsuch sia piuttosto coerente in superficie con la figura di Scalia, ma irrimediabilmente lontano rispetto alla metodologia. Il caso da ultimo esaminato mostra anche una certa propensione ideologica di Gorsuch ad applicare la legge, con lo scudo del testualismo, in modo più coerente con i propri ideali (socio-politici). Forse anche in virtù di casi simili è stato accusato nel procedimento di *hearing*, di essere un giudice vicino alle grandi società.

In ogni caso una scelta perfetta per un presidente repubblicano. Anche da una prospettiva politologica è stato considerato in una recente ricerca come uno dei candidati più dotati di *Scalia-ness*<sup>98</sup> sommando tre indici principali. Il primo è la percentuale di opinioni che contengono un riferimento all'originalismo. In questo il sul punteggio è 2,5%, il secondo più alto dopo Lee (5,33%) ma nettamente più alto degli altri considerati (il terzo ha una percentuale di 0,69)<sup>99</sup>. Il secondo indice attiene alla percentuale di opinioni che citano un'opera non giurisprudenziale di Scalia: Gorsuch si posiziona sesto (0,85%), dove il primo

<sup>97</sup> Cfr. J.H. SHUGERMAN, cit. 4.

<sup>98</sup> J. KIDD, R.S. DASGUPTA, R. WALTERS, J. PHILLIPS, *Searching For Justice Scalia: Measuring The "Scalia-Ness" Of The Next Potential Member Of The U.S. Supreme Court*, cit.

<sup>99</sup> *Op. ult. cit.*, 7.

Pryor ottiene il 5,64%, il secondo, Lee, il 5,33% ed il terzo, Eid, 1,41%<sup>100</sup>. L'ultimo indice attiene alla percentuale di opinioni scritte non con la maggioranza del collegio, cioè le concorrenti e le dissenzienti, che consentono al giudice di esprimere più chiaramente il proprio punto di vista; Scalia era solito ricorrere a questa tecnica<sup>101</sup>. Gorsuch è decimo con il 5,3%, dove il primo, Ryan, ottiene il 17,6%<sup>102</sup>.

### 5. L'ermeneutica di Gorsuch al confine tra etica e Diritto

Anche dall'unica monografia di Gorsuch (*The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*), si evince un'ermeneutica testualista ed orientata a considerazioni *de iure condendo*. Il tema oggi ormai è stato ampiamente dibattuto anche in Italia. Tuttavia è utile ripercorrere brevemente alcuni passaggi per provare tratteggiare un profilo del Justice da un altro punto di vista, fuori dagli schemi più rigidi a cui la funzione di giudice del decimo distretto costringe il suo pensiero nelle sentenze sopra analizzate.

Gorsuch<sup>103</sup> pone prima il problema dell'adeguatezza delle due soluzioni fino a quel momento avanzate per i casi di eutanasia dell'incapace. Entrambe cercano di dare senso alla scelta di una persona che non può scegliere: tanto sostituire il consenso/giudizio dell'incapace con quello di un soggetto nominato dalla Corte, quanto quella di adottare una sorta di "test del miglior interesse" (*best interest test*), tramite il quale la Corte stessa può ordinare di sospendere l'alimentazione del degente. Tuttavia ragionando sulla natura del diritto che è oggetto dell'azione del sostituto, sviluppa il ragionamento sulla distinzione tra diritto di interrompere le cure e diritto a chiedere un'iniezione letale. Un conto è chiedere che sia fermata la somministrazione di sostanze dalle quali dipende la vita; altra è chiedere che qualcuno si attivi per somministrare una sostanza da cui derivi la morte.

Nella sua ricostruzione, suicidio assistito ed eutanasia differiscono dal diritto di rifiutare le cure in quanto segue: necessariamente implicano un intento di uccidere, e con questo, il giudizio che la vita di un paziente non ha più il "valore di una vita" ("*[it] is no longer worth living*").

A questa osservazione seguono critiche più serrate alla dicotomia con cui alcune Corti federali distinguono (nel 2006) i concetti di rifiuto e suicidio assistito: omissione/azione. Gorsuch ritiene la dicotomia manipolabile e per sostenere il suo pensiero cita esplicitamente Scalia, il quale si chiede in quegli anni, provocatoriamente: "perché dovremmo dire che chiunque non possa uccidere qualcun altro camminando nel mare, ma potrebbe sedersi sulla spiaggia, aspettando fino ad essere sommerso dalla marea incombente; o che egli si chiuda non intenzionalmente in una cella frigorifera, ma debba astenersi da entrarvi dentro quando la temperatura scende fino allo zero"<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> *Ibidem*, 8.

<sup>101</sup> La ricerca, sulla base dei dati raccolti utilizzando il sito SCOUTSblog, ha considerato che Scalia dal 1995 al 2014 ha utilizzato opinioni non di maggioranza nel 25,9% dei casi; cfr. *op. cit.*, 4, nota 10.

<sup>102</sup> *Ibidem*, 9.

<sup>103</sup> Cfr. N. GORSUCH, *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, Princeton, 2006, 48 e ss.

<sup>104</sup> Cfr. *ivi*, 50.

Successivamente analizza la dicotomia naturale/innaturale che è utilizzata prima dalla Corte del circuito di New York, poi dalla Corte Suprema. Il rifiuto di sostentamento comporta un'azione naturale, mentre il suicidio assistito o l'eutanasia qualcosa di innaturale. Questa visione causalmente orientata comporta di ritenere ammissibile solo il rifiuto di alimentazione, perché in tutti i casi in cui la morte è indotta, questa dipenderebbe da una causa altra e diversa rispetto alla natura. O meglio, il procedimento causale sarebbe compromesso dal sopraggiungere di una causa da sola in grado di determinare l'evento: l'iniezione ad esempio<sup>105</sup>.

Il giudice critica questa teoria, considerandola troppo esposta alle notorie obiezioni tipiche di ogni costruzione basata sul nesso di causalità, che possono riassumersi così: quando è possibile essere sicuri che una certa condizione abbia causato la morte? Quale deve essere la nozione di “natura” in questi casi?

Gorsuch afferma che una significativa distinzione dal punto di vista morale non esiste, nella misura in cui una delle azioni considerate (il diritto di rifiutare) non comporta necessariamente l'intento di uccidere da parte del paziente o del suo “assistente”, mentre l'altra (il suicidio assistito) comporta sempre un intento di uccidere da parte del principale, e un intento di aiutare a uccidere da parte dell'assistente.

Questa distinzione, secondo la disamina di Gorsuch è inclusa ed è coerente con il *common law* e l'etica medica.

Non nasconde le questioni intrinseche con questa procedura, compreso il fatto che il diritto di rifiutare può essere usato dagli individui per effettuare atti autolesivi intenzionali.

Secondo l'*equal protection clause*<sup>106</sup>, comunque, è necessaria solo una “distinzione razionale” per sostenere le leggi contro il suicidio assistito e l'eutanasia. Per questo scopo a Gorsuch sembra andare bene differenziare sulla base dell'intento di uccidere.

Successivamente analizza più nel dettaglio la questione più profonda: se da un punto di vista giuridico il suicidio assistito e l'eutanasia (o il diritto di rifiutare, quando un intento di uccidere è presente) sono pratiche che dovrebbero essere incoraggiate o scoraggiate.

Dopo aver esposto i diversi casi e gli argomenti favorevoli alla legalizzazione, Gorsuch propone un unico motivo per non legalizzare l'eutanasia o il suicidio assistito: l'inviolabilità della vita umana<sup>107</sup>.

Tuttavia il tema è posto da una prospettiva giuridica. La vita umana è declinata come *basic good*, bene di base, cioè qualcosa che sia ontologicamente “bene” in senso metagiuridico, ma anche *an end in and of itself, fulfilling in its own right*, che è il fine e la fine di se stesso, adempiendo il suo proprio diritto<sup>108</sup>.

Nonostante chiarisca l'importanza riconosciuta nel pensiero occidentale<sup>109</sup> ai *basic goods*, afferma che la sua comprensione di questi deriva “*not from abstract logical constructs (or religious*

<sup>105</sup> Cfr. *ivi*, 52.

<sup>106</sup> Equivalente all'italiano principio di eguaglianza in senso formale e sostanziale.

<sup>107</sup> Cfr. N. GORSUCH, *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, cit., 157.

<sup>108</sup> Cfr. *ivi*, 158.

<sup>109</sup> Gorsuch cita tra gli altri l'Etica di Aristotele e Tommaso D'Aquino; cfr. note 2, 3 e 4 in N. GORSUCH, cit., 158.

beliefs); it is, instead, I think simply a product of our practical human experience”<sup>110</sup>. Gorsuch intende sostenere che il bene vita è intrinsecamente diverso dagli altri e pertanto il suo valore è non strumentale, non dipende da nessun'altra ragione: “its value is not instrumental, not dependent on any other condition or reason, but something intrinsically good in and of itself”<sup>111</sup>.

Secondo Gorsuch, comunque, l'idea che il valore della vita sia inestimabile, si annida nel profondo rispetto che si ha per il concetto di eguaglianza umana. Da questo, logicamente e poi giuridicamente, fa discendere, o piuttosto sussume, il bene supremo della vita come categoria che regge i rapporti “positivi” tra gli esseri umani ed anche quindi i diritti fondamentali<sup>112</sup>.

Egli comunque fa i conti con il pluralismo<sup>113</sup> e con il relativismo: “semplicemente non possiamo evitare di affrontare scelte utili, significative e buone su come vivere, senza anche inconsapevolmente compromettere altri fini o beni”<sup>114</sup>. Pertanto l'asse intorno a cui questo tema può ruotare nel verso giusto è la volontà umana, architrave liberale/liberista della società statunitense e del *Constitutional Law*. Ma anche alla base del pensiero cristiano<sup>115</sup> del giudice del decimo circuito, il controllo della volontà umana, il libero arbitrio. A cui sostanzialmente Gorsuch rimanda per dipanare la matassa, dopo aver avvertito che dal suo punto di vista la scelta alla base dell'eutanasia implica una volontà di uccidere.

## 6. Conclusioni

Alla fine della disamina si può osservare come Gorsuch sia non solo originalista in senso stretto (cioè interprete delle fonti così come poste al momento della loro adozione), ma anche in senso ampio, secondo l'equazione ricordata all'inizio di questa breve analisi del suo pensiero, cioè conservatore, custode di valori che lui assume essere immanenti al proprio ordinamento. Questo, ovviamente, emerge ancora di più innanzi ad un tema (la vita, il fine-vita e l'oltre-vita) di per sé al confine con altri ambiti del pensiero umano, quali l'etica, la morale, la filosofia e la teologia.

<sup>110</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>111</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>112</sup> Cfr. *ivi*, 159: vale la pena riportare questo paragrafo in cui Gorsuch passa dalla speculazione teoretica alle fonti costituzionali (degli Stati Uniti d'America e delle altre esperienze): “Perhaps the most profound indicium of the innate value of human life, however, lies in our respect for the idea of human equality. The Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution guarantees equal protection of the laws to all persons; this guarantee is replicated in Article 14 of the European Convention and in the constitutions and declarations of rights of many other countries. This profound social and political commitment to human equality is grounded on, and an expression of, the belief that all persons innately have dignity and are worthy of respect without regard to their perceived value based on some instrumental scale of usefulness or merit. We treat people as worthy of equal respect because of their status as human beings and without regard to their looks, gender, race, creed, or any other incidental trait—because, in the words of the Declaration of Independence, we hold it as “self-evident” that “all men [and women] are created equal” and enjoy “certain unalienable Rights,” and “that among these are Life””.

<sup>113</sup> Cfr., *ivi*, 163: “There I suggested that it is a basic feature of our world that we do not live like the proverbial Man in the Pit without any meaningful choices for crafting our lives. Instead, we live in a world with many and varied options for living good and upright lives”.

<sup>114</sup> Cft., *ivi*, 163: “we simply cannot avoid making worthwhile, meaningful, and good choices about how to live without also unintentionally doing harm to other valuable ends or goods”.

<sup>115</sup> Stando alle speculazioni politiche, non avendolo lui stesso dichiarato esplicitamente, è complicato capire di quale specie di cristianesimo tra le diverse varianti presenti sul suolo nordamericano; cfr. D. BURKE, *What is Neil Gorsuch's religion? It's complicated*, in *CNNPolitics*, 22 marzo 2017, consultabile qui: <http://www.cnn.com/2017/03/18/politics/neil-gorsuch-religion/>.

La nomina di Gorsuch è rilevante perché, come visto, ha dato l'occasione di riscrivere i rapporti istituzionali tra presidente e partiti, presidente e Senato e tra maggioranza e minoranza nel Senato, alla luce di un concetto delle procedure parlamentari e delle cariche istituzionali sempre più politicizzato<sup>116</sup>. Riprendendo Schugerman, al netto delle varie opinioni positive o negative sulle evoluzioni del costituzionalismo statunitense, è da rimarcare l'incapacità di compromesso che inevitabilmente logora le istituzioni in punto di legittimazione. Legittimazione che è l'unico combustibile rinnovabile per le istituzioni ma che risente, anche nella patria del costituzionalismo contemporaneo, delle difficoltà della democrazia rappresentativa. Come forse si apprende dalla storia costituzionale del XX secolo, potrebbe essere necessario recuperare il concetto di mediazione a quello di decisione, valorizzando il compromesso tra le parti a scapito di una continua delegittimazione che in Europa, oggi, ha portato al progressivo affermarsi di forze anti-sistema.

Per quanto attiene al pensiero del nuovo *Justice*, il suo profilo è in linea con l'orientamento generale della nuova amministrazione rispetto ai valori di fondo ed alla impostazione pragmatico-conservatrice. Tuttavia, a discapito di quanto affermato dal *mainstream* mediatico, piuttosto distante dal suo predecessore<sup>117</sup>.

Il profilo di Scalia, la sua storia, emerge con la sua penna: quella che abbiamo definito “penna acida” con cui siglava molte delle sue famose arguzie, deriva certamente da un vissuto conquistato, dall'appartenenza ad una minoranza (gli italo-americani sono notoriamente discriminati negli Stati Uniti fino almeno al tardo '900), e da una salda educazione religiosa che deriva da un forte retaggio etnico-familiare.

Il secondo ha tutti i caratteri del bianco agiato (c.d. *white anglo-saxon protestant*, la categoria che indica tradizionalmente l'etnia discendente dai coloni inglesi, in una accezione elitaria) i cui ideali sembrano radicati più che in una forte esperienza da *selfmade man*, in un recinto ideologico costruito dalla famiglia di appartenenza. Così il suo volersi riferire a Scalia, come si è avuto modo di mostrare nei paragrafi precedenti, sembra una scelta voluta, più che una reale affinità valoriale (che emerge anche nel differente uso del sarcasmo, come osservato nel caso *TransAm*). Questo si nota anche da una diversa applicazione del testualismo.

Testualismo che lo stesso Scalia “canonizza”, anche rispetto alle possibili eresie a lui note. Egli ritiene un buon testualista chi riesce a prendere sempre in considerazione il contesto

<sup>116</sup> Tendenza che può anche essere osservata in Italia, in casi in cui sono coinvolti temi, valori o principi costituzionali di primo piano, che il dibattito politico e parlamentare fatica ad ordinare nelle tradizionali forme e regole del procedimento parlamentare. Cfr. L. CIAURRO, *Dal unione civili e criticità procedurali: 69 commi da raccontare*, in *Rassegna parlamentare*, 2016, 1, 103-126: l'Autore (pp. 103-104) osserva come, in modo crescente, le disposizioni e le procedure parlamentari “diventano frequentemente e disinvoltamente del tutto ondivaghe”.

<sup>117</sup> Vale la pena soffermarsi su qualche punto biografico. Antonin Scalia è nato nel New Jersey, da madre statunitense di origine italiana e padre di Sommatino, in provincia di Catania; ha frequentato la Xavier High School, istruzione gesuitica; Georgetown University (ancora gesuitica) e poi la School of Law ad Harvard.

Neil Gorsuch è nato a Denver, in Colorado, sua madre era deputato nel Parlamento del Colorado e prima donna dirigente della *United States Environmental Protection Agency*, nominata dal presidente Reagan; frequenta elementari e medie alla scuola cattolica Christ the King, poi la “*Prep-School*”, cioè la scuola superiore che di solito precede l'ammissione ad una grande università, in questo caso la Georgetown Preparatory School, gesuitica; poi Columbia (con confraternita) ed infine la School of Law ad Harvard, oltre al successivo “*doctor of philosophy*” ad Oxford.

normativo e gli scopi sociali per i quali la legge è stata emanata, ed anche capire che “nuovi tempi richiedono nuove leggi”. Il suo canone risiede, inoltre, semplicemente nella convinzione che non sono i giudici ad avere il potere di scrivere quelle nuove leggi, ma devono sempre essere interpretate quelle che il legislatore pone; ed in questo processo si deve partire dal testo e calarlo nel contesto. Un richiamo, perciò, ad un’ermeneutica rispettosa del processo politico-democratico e della funzione classica del giudice. Per Scalia il rischio, altrimenti, è di essere troppo “ottusi” o “retrogradi” nel relazionarsi con il testo<sup>118</sup>.

Gorsuch, d’altra parte, sembra tentato da un’applicazione poco ortodossa del canone. Quasi un manierista, tende ad evitare di considerare il contesto fattuale e normativo delle disposizioni che è chiamato ad interpretare. Così arrivando ad esiti poco elastici, giustificati solo da una “stretta” interpretazione del testo (si pensi ai casi illustrati *TransAm* e *Carloss*, ad esempio). Un formalismo che riduce la dinamica del diritto alla mera interpretazione letterale. Questa rigidità separa Gorsuch da Scalia così come una sorta di ortodossia formalista è distante dalla lettura storica delle Scritture per i cattolici. Ed in fondo, i due *Justice* provengono da antitetiche tradizioni culturali e religiose.

Non resta, tuttavia, che attendere le prime decisioni del nuovo *Justice*, attese su questioni importanti come il rapporto tra Stato e religione (il caso attiene ad una scuola della Trinity Lutheran Church e alla sua possibilità a partecipare ai sussidi federali), le rivendicazioni egalarie in materia di identità sessuale (il caso di un rifiuto da parte di un laboratorio dolciario privato di servire al matrimonio di una coppia omosessuale), il diritto al voto e la discriminazione razziale (una controversia nel North Carolina sulla costituzionalità di alcune restrizioni per gli afroamericani) ed infine la costituzionalità dell’ordine esecutivo di Trump che impedisce il viaggio negli USA per i cittadini provenienti da alcuni Stati del Medio Oriente. Tutte questioni spinose, in cui sarà possibile osservare l’ermeneutica e l’ideologia (conservatrice) di Gorsuch e verificarne l’indipendenza rispetto al presidente come *Justice of the Supreme Court of the United States*.

---

<sup>118</sup> Cfr. A. SCALIA, *A matter of interpretation*, cit., 23: “To be a textualist in good standing, one need not be too dull to perceive the broader social purposes that a statute is designed, or could be designed, to serve; or too hidebound to realize that new times require new laws. One need only hold the belief that judges have no authority to pursue those broader purposes or write those new laws”.