

*LA WORKABLE  
DEMOCRACY*  
NEL PENSIERO DEL  
GIUDICE BREYER

PAOLO **BODINI**



## La *workable democracy* nel pensiero del giudice Breyer

### *Workable democracy* in the Thought of Justice Breyer

PAOLO BODINI

Assegnista di ricerca, Dipartimento di Filosofia e Beni Culturali, Università Ca' Foscari di Venezia.  
E-mail: [paolo.bodini@unive.it](mailto:paolo.bodini@unive.it)

#### ABSTRACT

Il paper delinea la filosofia del giudice della Corte Suprema Stephen Breyer attraverso una lettura delle sue opere e delle sue sentenze. Secondo Breyer, la Costituzione americana incarna la ricerca di un governo *workable*: un sistema istituzionale che garantisca la protezione dei diritti individuali, preservi il processo decisionale democratico e indirizzi verso buone politiche pubbliche. Lo scritto ricostruisce e discute questa tesi, sottolineandone sia le ambizioni che le contraddizioni. In particolare, l'insistenza di Breyer sul buongoverno rischia di destabilizzare la sua proposta teorica e aprire le porte all'elitismo. Lo scritto è diviso in quattro sezioni. La prima sezione giustifica l'interesse per la riflessione di Breyer, per la sua l'eredità intellettuale e la sensibilità ai pericoli dell'agonismo politico (*political partisanship*). La seconda sezione descrive i pilastri del pensiero costituzionale di Breyer, soffermandosi sull'analisi della libertà attiva dei cittadini nel quadro democratico. La terza sezione considera la funzione del buongoverno nella lettura del giudice e mostra come alcuni elementi della filosofia di Breyer finiscono per collidere. Infine, la quarta sezione discute le deludenti intuizioni di Breyer sui fondamenti dell'autorità pubblica della Corte. Contrariamente alle affermazioni di Breyer, l'unico modo per preservare la Corte dai "pericoli della politica" è immaginare nuove regole condivise per regolarne il lavoro e la composizione.

The paper draws the traits of the philosophy outlined by Supreme Court Justice Stephen Breyer in his works and decisions. In Breyer's view, the American Constitution embodies the quest of a *workable* government, that is, an institutional system ensuring the protection of individual rights, democratic decision-making, and sound public policies. The paper reconstructs and discusses this claim, emphasizing both its ambitions and contradictions. Particularly, Breyer's insistence on good government is at risks of destabilizing its theoretical proposal and open the doors to elitism. The paper is divided into four sections. The first section justifies the interest in Breyer's writings, legacy, and sensibility to the dangers of political partisanship. The second section describes the pillars of Breyer's constitutional thought by characterizing his analysis of citizens' *active liberty* in a democratic framework. The third section considers the function of good government in the reading of the Justice, showing how some elements of Breyer's philosophy collide. Finally, the fourth section discusses Breyer's disappointing insights on the foundations of Court's public authority. Contrary to Breyer's claims, the only way to preserve the Court from the "peril of politics" is imagining new shared rules to regulate its work and composition.

#### KEYWORDS

Stephen Breyer, democrazia e costituzionalismo, Corte Suprema degli Stati Uniti, buongoverno, political partisanship

Stephen Breyer, Democracy and Constitutionalism, Supreme Court of the United States, Good Government, Political Partisanship

# La *workable democracy* nel pensiero del giudice Breyer

PAOLO BODINI

1. *Breyer: l'eredità di un giudice-teorico* – 2. *Workable democracy e active liberty* – 3. *L'altra faccia della workability* – 4. *Il "periglio" della politica*.

## 1. *Breyer: l'eredità di un giudice-teorico*

Ci sono almeno tre ragioni per considerare da vicino la filosofia del giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Stephen Breyer. La prima, *ça va sans dire*, è che Breyer si è speso molto per lasciarne una: Breyer è un giudice-teorico del diritto e della democrazia<sup>1</sup>. Non si tratta di un fatto scontato per un giudice della Corte Suprema<sup>2</sup>. Breyer, infatti, non ha semplicemente scritto sentenze dal fortissimo interesse giusfilosofico e filosofico-politico, caratteristica – questa sì – immediatamente ritrovabile nel lavoro di qualsiasi altro togato del “*marble palace*”<sup>3</sup>. Breyer non si è limitato a lasciar cadere trucioli di teoria come esito collaterale della pratica giurisdizionale ma, più radicalmente, ha inteso l’elaborazione di una prospettiva concettuale sul diritto e la democrazia come un lascito doveroso del suo incarico. È in quest’ottica che Breyer rappresenta una voce vivace e proattiva nel dibattito pubblico statunitense, determinato e appassionato nello scrivere *sulle* sentenze della Corte Suprema (sue e di altri, del passato e del presente), oltre che nel prestarsi a spiegare, contestare e difendere i pronunciamenti del massimo tribunale americano da una posizione di primissima linea.

Ancora di più, Breyer ha cercato di condensare e ordinare le sue idee sulla democrazia e la funzione della Corte Suprema in libri e conferenze, indossando le vesti di un togato-teorico, quasi obbligato a tradurre la sua lunga esperienza nelle aule di giustizia americane in una visione coerente e spendibile di democrazia costituzionale. In questa luce, accanto al riferimento alle *opinions* redatte, il presente scritto attingerà copiosamente dalle opere pubblicate da Breyer nei 28 anni alla Corte di Washington, in particolare *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* (2005); *Making Our Constitution Work: A Judge’s View* (2010); *The Authority of the Court and the Peril of Politics* (2021)<sup>4</sup>.

Un secondo motivo per interessarsi al lavoro di Breyer è il suo recente addio alla Corte Suprema. Il giudice di San Francisco ha annunciato in febbraio la sua intenzione di abbandonare il suo scranno a conclusione dell’anno giudiziario 2021-2022. Il 30 giugno 2022 ha amministrato il *judicial oath* alla giudice Ketanji Brown Jackson, che gli è ufficialmente subentrata come giudice associato

<sup>1</sup> A poco valgono le negazioni del nostro di averlo voluto fare; BREYER 2005, 110. Questo, semmai, suona come un *caveat* sulla frammentarietà della prospettiva offerta, segnata sempre – lo si mostrerà – da un grande pragmatismo, che però non impedisce affatto di individuare precisi capisaldi concettuali.

<sup>2</sup> Tendenzialmente, i giudici della Corte Suprema si astengono dal pubblicare libri di teoria costituzionale. Una spiegazione è avanzata da Posner. «A Supreme Court Justice writing a book about constitutional law is like a dog walking on his hind legs: The wonder is not that it is done well but that it is done at all. The dog’s walking is inhibited by anatomical limitations, the Justice’s writing by political ones. Supreme Court Justices are powerful political figures; they cannot write with the freedom and candor of more obscure people», POSNER 2006, 1699.

<sup>3</sup> Il forte connotato filosofico della Corte si ritrova, per esempio, in Rawls. «Per controllare se stiamo seguendo la ragione pubblica possiamo chiederci come apparirebbe il nostro argomento se ci fosse presentato come parere della Corte Suprema: ragionevole o vergognoso?», RAWLS 1994, 214.

<sup>4</sup> Importante anche il testo del 2015 che si concentra sugli interrogativi suscitati dalla politica estera americana, cfr. BREYER 2015.

della Corte. Questo elemento biografico fa da raccordo con l'analisi concettuale ed invita ad un bilancio sull'eredità di Breyer in raffronto a quella di altri illustri colleghi che, negli ultimi anni, hanno lasciato vacante la propria posizione nel più alto tribunale federale. Le morti dei giudici Scalia nel 2016 e Ginsburg nel 2020, in particolare, hanno innescato un risonante dibattito sull'importanza del loro lascito<sup>5</sup>. Rispetto, per esempio, all'eredità dei due defunti colleghi, Breyer risulta senz'altro meno iconico e mediatico dell'implacabile alfiere dell'originalismo Scalia o della strenua difensora dei diritti delle donne e delle minoranze Ginsburg. Piuttosto, Breyer lascia in dote un pensiero più sfumato, meno monolitico, denso di distinguo e non privo di contraddizioni. Nelle sentenze di Breyer, ricorre spesso un'attenzione alla gradualità (*degree*) più che alla scelta dei principi legali implicati, come scrisse nel suo dissenso in *Eldred v. Ashcroft*. «Legal distinctions, however, are often matters of degree. [...] And in this case the failings of degree are so serious that they amount to failings of constitutional kind»<sup>6</sup>. Ancora, nel suo dissenso in *District of Columbia v. Heller* sul possesso delle armi da fuoco, Breyer ritenne proporzionata la regolamentazione vigente nel Distretto di Columbia. Anche in quel caso, il ragionamento proposto non si concentrò sulla scelta fra alternative da ritenersi opposte, ma sulla ricerca di un equilibrio e una proporzionalità, insistendo sul legittimo tentativo della legge in esame di bilanciare gli interessi presenti “in entrambi i lati dell'equazione costituzionale” (la sicurezza pubblica e il diritto di portare armi accordato dal Secondo Emendamento della Costituzione)<sup>7</sup>. Sebbene chiaramente identificabile come membro dell'ala *liberal* della corte, Breyer ha però molto più in comune con un'altra ex giudice della Corte, incline al dialogo e al compromesso: Sandra O'Connor<sup>8</sup>. Esattamente in questi termini, Breyer lascia in eredità – forse più di quanto non voglia – la lucida percezione delle enormi difficoltà ed incertezze connesse all'esercizio dell'interpretazione costituzionale e all'impatto che la revisione giudiziaria (*judicial review*) può avere sulla pratica democratica.

Accanto alla vena esplicitamente teorica e al peso dell'eredità lasciata, un terzo elemento di interesse nel pensiero di Breyer si connette al particolare momento storico che sta vivendo la democrazia americana. Torniamo alle dipartite di Scalia e di Ginsburg. Il contraltare delle lodi pubbliche al loro servizio è stata la feroce battaglia politica innescata dalla necessità di nominare i successori. Le morti dei due giudici, soprattutto del primo, sono giunte inaspettatamente, rispettivamente a meno di un anno e meno di due mesi dalle elezioni presidenziali. In entrambi i casi erano i Repubblicani a controllare il Senato ed in entrambi i casi i senatori del *Grand Old Party* hanno adottato la strategia più vantaggiosa per far sì che il nominato alla successione fosse un profilo gradito al partito<sup>9</sup>. Così, alla morte di Scalia, lo schema è stato prima il respingimento del giudice Garland (designato da Obama) per attendere le elezioni del 2016 (poi vinte da Trump, che nominò il giudice Gorsuch nel 2017). Al contrario, alla morte di Ginsburg, lo stragemma consistette in un'approvazione fulminea della designata (il Senato confermò la giudice Barrett, nominata da Trump, una settimana prima che quest'ultimo perdesse le elezioni). La successione di Breyer è stata meno tumultuosa, ma non per questo scevra del sospetto di *partisanship*. Breyer, nominato dal Presidente democratico Clinton nel 1994, ha rimesso il mandato nelle mani del democratico Biden, permettendo al Senato, sempre controllato dai democratici, di confermare la designata per la successione prima che gli elettori potessero mutare i rapporti di forza fra i partiti. In nessuna delle tre votazioni del Senato per la conferma della nomina (Gorsuch, Barrett, Brown Jackson), si è verificata una convergenza in aula: la scelta di un giudice su-

<sup>5</sup> Si veda per esempio SUNSTEIN 2016 e HITT 2017 su Scalia, DODSON 2015 su Ginsburg.

<sup>6</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), Breyer dissenting, 243.

<sup>7</sup> *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), Breyer dissenting, 10. Si ringrazia uno dei referee per avermi suggerito di considerare il caso e i concetti implicati. Breyer propone altri esempi a difesa di un simile approccio discutendo il concetto di *proportionality*, cfr. BREYER 2010, 163-171.

<sup>8</sup> GEWIRTZ 2006, 1678 s.

<sup>9</sup> I giudici federali vengono nominati dal Presidente e confermati dal Senato (Articolo 2, sezione 2 della Costituzione).

premo, cioè della massima figura di garanzia del sistema istituzionale americano, è sempre passata con strettissime maggioranze, riflesso cristallizzato degli schieramenti in campo<sup>10</sup>.

La cronaca della successione di Breyer e dei defunti colleghi porta esattamente al terzo punto per cui risulta degna di attenzione e approfondimento la sua filosofia: il rapporto fra la Corte e la politica. Un tema sviluppato con lucidità da Breyer nei suoi scritti riguarda proprio il fragoroso scontro fra i partiti per la nomina dei giudici. La durezza della contesa lascia intendere che la “conquista” di uno scranno alla Corte Suprema sia ben lungi dall’essere intesa come la scelta di un giurista a tutela della legge e della Costituzione. Piuttosto, i nove togati sono vagliati dagli eletti come strumento politico per scrivere le regole della società, in modo ancor più duraturo e profondo di quanto riescano a fare Presidenti e legislatori. Si pensi, a mero titolo di esempio, all’impatto delle due sentenze del giugno 2022 sul diritto di portare armi da fuoco (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*) e il diritto ad abortire (*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*)<sup>11</sup>.

Il problema su cui Breyer porta a riflettere e su cui il presente contributo si sofferma è il rischio che l’antagonismo politico penetri nel lavoro della Corte e ne comprometta la legittimità. Questo punto tocca il grande dibattito sul *judicial review* e la “difficoltà contro-maggioritaria”<sup>12</sup> in seno alle democrazie costituzionali. Temi, è bene notarlo, ancor più nodali se accostati alle opposte ondate di populismo ed epistocrazia<sup>13</sup> che tanto hanno caratterizzato il dibattito recente sulla democrazia e il suo futuro. Il proseguo dell’analisi si struttura in tre ulteriori sezioni. Nella prossima sezione si esporrà l’idea di Breyer secondo cui la Costituzione identifica tre obiettivi interconnessi (diritti, democrazia, buongoverno) da realizzare attraverso una valorizzazione dell’autogoverno popolare. Nella terza sezione si considera la funzione del buongoverno, mostrando come alcuni elementi della filosofia di Breyer entrino in collisione. Nella quarta sezione, si affronteranno infine le intuizioni di Breyer, piuttosto deludenti, sui fondamenti dell’autorità pubblica posseduta dalla Corte e i modi per preservarla dalla spaccatura ideologica che caratterizza l’odierna politica americana.

## 2. *Workable democracy e active liberty*

Un concetto cardinale nella riflessione e nel lavoro di Breyer è quello della *workability*, applicata dal giurista di San Francisco prima all’intero impianto democratico americano e poi, più nel par-

<sup>10</sup> Nelle ultime quattro *confirmation* vi sono stati soltanto casi isolati di sostegno al giudice nominato dal Presidente del partito avversario. Gorsuch è stato confermato 54-45 (tre democratici a favore); Kavanaugh 50-48 (un democratico a favore); Barrett 52-48 (nessun democratico a favore); Brown Jackson 53-47 (tre repubblicani a favore). A titolo di esempio, Scalia e Ginsburg, entrambi candidati portatori di una marcata filosofia giudiziaria, furono confermati rispettivamente nel 1986 e 1993 con 98 e 96 voti favorevoli. Vi sono, certamente, altri casi più risalenti di scontri politici sulla nomina dei giudici della Corte Suprema. Oggi, però, le tensioni sono la norma, non l’eccezione.

<sup>11</sup> Quest’ultimo pronunciamento ha, a sua volta, ribaltato un precedente storico dal fortissimo impatto politico, la sentenza *Roe v. Wade* del 1973.

<sup>12</sup> Il termine è stato coniato da Bickel nell’analisi del *judicial review*. Secondo l’autore, il potere delle corti rappresenta una forza opposta alla volontà del popolo, che si concretizza attraverso le decisioni dei legislatori e dei governanti eletti. La difficoltà contro-maggioritaria consiste dunque, per Bickel, nell’essenza antidemocratica dello stesso *judicial review*, cfr. BICKEL 1962, 16-23. Questa prospettiva viene sviluppata in TUSHNET 1999 e CHERMERINSKY 2014. Sull’altro versante, in difesa della democraticità del *judicial review*, sono le tesi avanzate da Ely, cfr. ELY 1980. Nel proseguo dell’analisi si mostrerà la vicinanza di Breyer con l’opera di Ely. Un recente dibattito sulla difficoltà contro-maggioritaria è stato ospitato dalla *California Law Review*, in cui si enuclea l’essenza contro-maggioritaria che sta assumendo lo stesso processo elettorale, per colpe tanto della politica quanto delle toghe; cfr. KARLAN 2021, TOLSON 2021; BAUDE 2021. Nel panorama italiano, sono da segnalare gli studi di BARBISAN 2008, BARBISAN 2021.

<sup>13</sup> Secondo i sostenitori dell’epistocrazia, il potere politico andrebbe distribuito in funzione della conoscenza. Questo darebbe un peso maggiore ad esperti e cittadini informati. L’epistocrazia rappresenta un possibile strumento normativo per superare in senso epistemico il criterio di maggioranza che, nella visione degli “epistocrati”, premia incompetenti e disinformati; cfr. BRENNAN 2016.

ticolare, alle sentenze della Corte Suprema. Con *workability*, Breyer intende il potenziale buon funzionamento delle istituzioni disegnate dalla Costituzione che, in second'ordine, i pronunciamenti della Corte devono favorire. Nella prospettiva di Breyer, le istituzioni americane devono funzionare in rapporto a tre finalità: proteggere i diritti individuali della cittadinanza, rafforzare la democraticità delle decisioni pubbliche e, infine, assicurare il buongoverno (*sound public policies*)<sup>14</sup>. Già questa prima sottolineatura discosta Breyer dall'ortodossia del costituzionalismo contemporaneo: la Costituzione non è qui semplicemente intesa alla luce del reciproco rimando fra la protezione dei diritti individuali e la legittimazione derivante da tale tutela<sup>15</sup>. A questa necessaria garanzia, infatti, Breyer aggiunge l'assicurazione che l'ordine costituzionale rappresenti il dispositivo normativo per giungere a regole munifiche e ad un'organizzazione razionale della società. In quest'ottica, l'autore intende l'arrivo al buongoverno come obiettivo della Costituzione e dei giudici supremi – un tratto fondamentale del suo pensiero su cui torneremo nella prossima sezione.

Ad una prima lettura, è la democrazia ad emergere come obiettivo prioritario del costituzionalismo di Breyer, che si impegna a più riprese nella ricerca di una democrazia “che possa funzionare” (*workable democracy*). In *Active Liberty*, questo elemento ritorna più volte. «In sum, our constitutional history has been a quest for workable government, workable democratic government, workable democratic government protective of individual personal liberty»<sup>16</sup>. «The Framers [...] sought to create a workable democracy—a democratic process capable of acting for the public good»<sup>17</sup>. Il tema viene riproposto nel successivo volume intitolato proprio *Making Our Democratic Constitution Work*. La seconda parte dell'opera si propone di sviscerare il fattore comune delle sentenze che hanno saputo realizzare le promesse iscritte nel dettato costituzionale e, anche in questo caso, l'attenzione alla *workability* ritorna: “decisions that work”. Ancora, nel suo scritto più recente, Breyer ribadisce: «the Constitution itself seeks to establish a workable democracy, to protect basic human rights, and to help hold together a highly diverse society»<sup>18</sup>.

Le analisi di Breyer enucleano tre obiettivi fondamentali della carta costituzionale americana: la tutela dei diritti individuali, la deferenza per la volontà politica espressa dagli elettori, la ricerca del buongoverno. La Corte Suprema gioca un ruolo primario nell'equilibrare le tensioni fra diritti, democrazia e buongoverno. Secondo Breyer, i giudici devono avere come bussola la democrazia per mezzo della libertà attiva (*active liberty*). Il riferimento è ovviamente a Benjamin Constant, alla “libertà *di*” intesa come partecipazione, autodeterminazione, autogoverno<sup>19</sup>, contrapposta alla “libertà negativa” – libertà *da* – che è invece assenza di impedimenti e interferenze esterne nell'esercizio del proprio libero arbitrio. L'azione dei giudici deve innanzitutto proteggere la partecipazione dal basso della cittadinanza e affermare così la natura democratica della Costituzione. «[I]t should be possible to trace without much difficulty a line of authority for the making of governmental decisions back to the people themselves [...]. And this authority must be broad. The people must have room to decide and leeway to make mistakes»<sup>20</sup>. La funzione *democratizzante* dei giudici supremi americani è stata fortemente difesa da Ely, la cui influenza sul pensiero di Breyer viene ravvisata da diversi critici<sup>21</sup>. Nella prospettiva di Ely, il potere delle corti tutela la rappresentanza delle minoranze neglette o escluse dal processo elettorale. Questo, argomenta Ely, costituisce un riparo istituzionale necessario, che controbilancia l'idea repubbli-

<sup>14</sup> BREYER 2005, 17, 29, 74.

<sup>15</sup> PINO 2017, 17.

<sup>16</sup> BREYER 2005, 29.

<sup>17</sup> BREYER 2005, 75.

<sup>18</sup> BREYER 2021, 42.

<sup>19</sup> BREYER 2005, 3.

<sup>20</sup> BREYER 2005, 16.

<sup>21</sup> Cfr. SUNSTEIN 2006, GEWIRTZ 2006 e POSNER 2006.

cana interna alla Costituzione secondo cui il popolo rappresenta un'entità omogenea per interessi e valori<sup>22</sup>. In questa lettura, dunque, il *judicial review* deve essere strumentale all'avanzamento della partecipazione democratica, ergendosi a scudo delle minoranze isolate dalla maggioranza o, più realisticamente, da cartelli di minoranze alleate e quindi dominanti<sup>23</sup>.

Inserendosi in questo alveo giusfilosofico, Breyer caratterizza il concetto di *active liberty* come la via per affermare la democraticità della Costituzione ma anche il criterio ermeneutico per la salvaguardia dei diritti individuali e la realizzazione del buongoverno: «institutions and methods of interpretation must be designed in a way such that this form of liberty is both sustainable over time and capable of translating the people's will into sound policies»<sup>24</sup>. In quest'ottica, la Corte Warren rappresenta per Breyer un esempio fulgido di difesa della "libertà attiva"<sup>25</sup>, promossa dalla vigorosa affermazione dei diritti individuali e dalla democratizzazione del processo elettorale operate negli anni '50 e '60<sup>26</sup>. Sono chiaramente le elezioni a rappresentare un ambito cruciale per la realizzazione della *workable democracy* attraverso la libertà attiva. Questo spiega l'importante produzione giurisdizionale di Breyer in materia elettorale, specialmente in merito a finanziamenti elettorali, *gerrymandering*<sup>27</sup> e meccanismi di protezione del diritto di voto (specie delle minoranze)<sup>28</sup>. Fra le altre<sup>29</sup>, vi sono tre *opinions* redatte da Breyer che catturano la difesa dell'integrità del processo elettorale in vista dei due principi sopra discussi.

In *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. FEC* (1996), Breyer scrive la *plurality opinion* che sancisce la costituzionalità delle *independent expenditures* da parte dei partiti politici<sup>30</sup>. Breyer sostiene la costituzionalità delle limitazioni alle spese dei partiti ma giustifica la possibilità da parte dei partiti di impiegare risorse economiche svincolate dal sostegno ai candidati.

«A political party's independent expression not only reflects its members' views about the philosophical and governmental matters that bind them together, it also seeks to convince others to join those members in a practical democratic task, the task of creating a government that voters can instruct and hold responsible for subsequent success or failure»<sup>31</sup>.

Il punto enucleato da Breyer riguarda la funzione dei partiti politici in una *workable democracy*. Il tipo di spese in esame da parte dei partiti non può essere limitato perché serve un fine democratico.

<sup>22</sup> ELY 1980, 81 s.

<sup>23</sup> ELY 1980, 79-82 e 86.

<sup>24</sup> BREYER 2005, 17.

<sup>25</sup> L'elogio della Corte Warren è un ulteriore elemento in comune fra Breyer ed Ely. Quest'ultimo dedicò *Democracy and Distrust* proprio al giudice Warren.

<sup>26</sup> BREYER 2005, 13. Negli anni di Warren (1953-1969) venne resa incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole (*Brown v. Board of Education*) e la *poll tax* (*Harper v. Virginia State Board of Elections*); espanso il diritto di parola fatto salvo l'incitamento ad azioni illegali (*Brandenburg v. Ohio*); affermato il principio "una persona un voto" (*Baker v. Carr*; *Wesberry v. Sanders*; *Reynolds v. Sims*).

<sup>27</sup> La pratica del *gerrymandering* consiste nel tracciare i confini dei collegi elettorali maggioritari in funzione della distribuzione dell'elettorato così da favorire la propria parte politica. Il nome deriva dal governatore del Massachusetts Elbridge Gerry (1744-1814), che compose dei collegi a forma di salamandra (*salamander*). Da qui il composto *gerrymandering*.

<sup>28</sup> Su quest'ultima materia si veda l'opinione dissenziente di Ginsburg in *Shelby County v. Holder* (2013), sostenuta da Breyer.

<sup>29</sup> Si veda anche *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* (2000), *Rucho v. Common Cause* (2019) e *FEC v. Ted Cruz for Senate* (2022).

<sup>30</sup> Con *independent expenditures* si fa riferimento alle spese elettorali a sostegno o a contrasto di un candidato senza coordinamento con altri soggetti in corsa. Il caso menzionato sorse dall'esborso da parte del Partito Repubblicano del Colorado per pagare una pubblicità radiofonica contro il probabile candidato democratico alla carica di senatore. Il Partito Repubblicano ricorse alle *independent expenditures* perché non sostenne alcun candidato alternativo e, comunque, agì senza coordinarsi con gli sfidanti del politico bersagliato.

<sup>31</sup> *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. FEC*, 518 U.S. 604 (1996), Breyer opinion, pp. 615 s.

co, quello di aggregare persone intorno ad una concezione politica e, ancor più importante, a mobilitarle come rappresentati dinamici. L'attivismo dei partiti attraverso le *independent expenditures* rivitalizza la *active liberty* degli individui e irradia in società la democraticità della Costituzione.

Un secondo parere significativo è connesso alla pratica del *gerrymandering*. In *Vieth v. Jubelirer* (2004), la Corte non si pronunciò sulla sua incostituzionalità perché incapace di stabilire un chiaro standard legale di illegittimo *gerrymandering*<sup>32</sup>. La sentenza consolidò il ricorso al *gerrymandering* da parte dei partiti, fino a raggiungere proporzioni ancor più preoccupanti<sup>33</sup>. Breyer dissenti dalla conclusione della maggioranza, individuando il rischio di uno “spostamento sismico”<sup>34</sup> dal numero dei voti al numero degli eletti. Il *gerrymandering* permette infatti al partito che se ne serve di ridurre il rischio di perdere il potere attraverso una redistribuzione territoriale dei voti contrari. Ecco il sisma per l'ideale della *workable democracy*.

«[U]se of purely political boundary-drawing factors can amount to a serious, and remediable, abuse, namely the unjustified use of political factors to entrench a minority in power. By entrenchment I mean a situation in which a party that enjoys only minority support among the populace has nonetheless contrived to take, and hold, legislative power»<sup>35</sup>.

Il concetto latente nel dissenso di Breyer è la necessità di realizzare una simmetria fra partiti (*partisan symmetry*)<sup>36</sup> tale per cui i partiti posseggano la stessa capacità di tradurre in eletti i propri voti<sup>37</sup>. Anni dopo, Breyer scriverà che, se potesse ribaltare tre casi in cui fu in minoranza, inserirebbe *Vieth v. Jubelirer* nella lista<sup>38</sup>.

Tornando ai finanziamenti elettorali, Breyer stila un importante dissenso in *McCutcheon v. FEC* (2014), una sentenza che, insieme a *Citizens United v. FEC* (2010)<sup>39</sup>, stravolge la giurisprudenza americana sul tema<sup>40</sup>. *McCutcheon* sancisce l'incostituzionalità di qualsiasi limite alle donazioni elettorali da parte degli individui<sup>41</sup>. La decisione della Corte di permettere ad un donatore di elargire illimitate somme di denaro – in opposizione alle leggi vigenti e ai precedenti<sup>42</sup> – costituisce per Breyer una compromissione dell'integrità e della legittimità del processo democratico<sup>43</sup>. L'errore, scrive Breyer, consiste nella ristretta definizione di corruzione adottata dalla maggioranza, che non considera corruttivo l'acquisto di un'influenza diretta sugli eletti da parte di ricchi contribuenti. «Where enough money calls the tune, the general public will not be heard. Insofar as corruption cuts the link between political thought and political action, a free marketplace of political ideas loses its point»<sup>44</sup>. Altrettanto nociva, accanto all'influenza privilegiata dei cittadini più facoltosi, è la semplice *percezione* che il processo sia sotto il controllo dei più abbienti. «The “appearance of corruption” can make matters worse. It can lead the public to

<sup>32</sup> I collegi americani vengono ridisegnati ogni 10 anni per recepire i mutamenti demografici e finiscono così preda, riconosce Breyer stesso, delle manipolazioni dei partiti. Questo elemento rende complicata l'individuazione di un grado illegittimo di intervento.

<sup>33</sup> MCGANN, SMITH, LATNER, KEENA 2016.

<sup>34</sup> *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004), Breyer dissenting, p. 4 s

<sup>35</sup> *Vieth v. Jubelirer*, 6.

<sup>36</sup> HASEN 2020, 53 s.

<sup>37</sup> Il problema viene affrontato più da vicino in *Gill v. Whitford* (2018) e *Rucho v. Common Cause* (2019). Sull'impatto e il significato di *Rucho*, in particolare, cfr. STEPHANOPOULOS 2019.

<sup>38</sup> BREYER 2010, 161 s.

<sup>39</sup> Anche in quell'occasione Breyer dissenti, sostenendo il vigoroso parere contrario di Stevens.

<sup>40</sup> YOUN 2011; TEACHOUT 2014.

<sup>41</sup> La precedente *Citizens United*, facendo sempre leva sul primo emendamento, aveva dichiarato incostituzionali le restrizioni di spesa per fini elettorali a sindacati, corporations e organizzazioni.

<sup>42</sup> *Federal Election Campaign Act* (1971); *Bipartisan Campaign Reform Act* (2002); *Buckley v. Valeo* (1976).

<sup>43</sup> *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S. 185 (2014), Breyer dissenting, p. 2.

<sup>44</sup> *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 6.

believe that its efforts to communicate with its representatives or to help sway public opinion have little purpose»<sup>45</sup>. Come è stato notato, questa decisione della Corte compromette drasticamente l'ideale egualitario che anima la democrazia, istituzionalizzando la superiorità di certe voci ed interessi nel dibattito pubblico<sup>46</sup>. Come ebbe a scrivere il giudice Stevens nel suo *dissent* in *Citizens United*: «[a] democracy cannot function effectively when its constituent members believe laws are being bought and sold»<sup>47</sup>. In altri termini, il funzionamento della democrazia – la sua *workability* – non può tradursi nel dominio dei più ricchi ma, piuttosto, deve essere caratterizzato dall'esercizio della libertà attiva da parte di tutto il demos.

### 3. *L'altra faccia della workability*

La difesa del processo elettorale dalle potenziali derive descritte, connesse specialmente a *gerrymandering* e finanziamenti, riconnette la *workability* democratica all'autogoverno popolare e all'invocata tutela della "libertà attiva". Due dei tre fuochi costituzionali individuati da Breyer (diritti individuali, democrazia, buongoverno) sono coerentemente tematizzati e difesi nelle *opinions* appena illustrate. La Corte, denuncia Breyer, deve ostacolare l'eccessiva influenza dei più abbienti e la manipolazione dei collegi che, rispettivamente, discriminano il valore dei diritti politici e falsificano la determinazione della volontà popolare. Come si è cercato di mostrare, per Breyer il lavoro dei giudici nell'impianto costituzionale americano deve essere innanzitutto volto alla democraticità delle decisioni pubbliche e all'affermazione della partecipazione dal basso. «We judges cannot insist that Americans participate in that government. But we can make clear that our Constitution depends upon it. Their participation is necessary»<sup>48</sup>.

In questo deciso slancio democratico, resta però marginale il terzo fuoco della teoria di Breyer sulla *workable democracy*: la garanzia che la Costituzione instradi verso il buongoverno. Questa prospettiva – lo si è sottolineato – resta assolutamente irrinunciabile per il togato di San Francisco, che intravede nell'eredità dei *Framers* l'indirizzo verso politiche pubbliche assennate e intende la funzione del giudiziario anche alla luce di questo terzo obiettivo. L'accento sul buongoverno, tuttavia, crea non pochi problemi alla solidità della proposta teorica edificata su *active liberty* in vista di una *workable democracy*. Il buongoverno, si cercherà di mostrare, costituisce un elemento di fortissima destabilizzazione, se non di autentica contraddizione rispetto alla prospettiva "democratica" offerta da Breyer e discussa nella precedente sezione. Al Breyer dell'autogoverno popolare nel segno della "libertà attiva" sembra contrapporsi un Breyer schiettamente tecnocrate ed elitista. In sintesi, all'appassionata difesa di una democrazia *bottom up* si sostituisce una visione *top down* del processo decisionale, dominato dalle preferenze degli esperti e dalla loro custodia dell'efficienza amministrativa.

La sensibilità tecnocratica di Breyer per la buona amministrazione discende dall'esperienza maturata nello studio del diritto amministrativo e i problemi regolatori. Breyer insegnò la materia ad Harvard, diventandone un rinomato studioso con importanti opere in materia<sup>49</sup>. Tale sensibilità rimarrà un tratto indelebile del suo pensiero, rintracciabile anche nelle opere scritte da giudice della Corte Suprema. Nel suo ultimo testo sul tema, *Breaking the Vicious Cycle: Toward Effective Risk Regulation* (1993), Breyer auspica una crescente influenza degli esperti nella determinazione e realizzazione delle politiche pubbliche. Nelle pagine dell'opera, Breyer tradisce una

<sup>45</sup> *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 7.

<sup>46</sup> ALEXANDER 2011, 521 s.

<sup>47</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), Stevens dissenting, 63.

<sup>48</sup> BREYER 2005, 94.

<sup>49</sup> Fra le altre, *Energy Regulation by the Federal Power Commission* (scritta con MacAvoy, 1974) e *Administrative Law and Regulatory Policy* (scritta con Stewart, 1979).

profonda sfiducia nella capacità delle persone di percepire in maniera corretta il rischio implicato da determinate decisioni pubbliche (per esempio in materia di sicurezza sanitaria). Questo, a cascata, porterebbe il legislatore ad un'azione sproporzionata per lenire le erronee preoccupazioni degli elettori fino a operare scelte miopi ed inefficienti<sup>50</sup>. La necessaria risposta a questi distorti meccanismi di regolamentazione è, secondo Breyer, una marginalizzazione del decisore eletto a beneficio di tecnici indipendenti dal parere del pubblico<sup>51</sup>. L'aggiustamento epistocratico teorizzato da Breyer evoca il classico argomento platonico della *tecnica* come scudo dalle false opinioni della massa e, appunto, garanzia di un governo buono. Il platonico *trait d'union* fra potere e "competenza" è inteso dal giurista americano come il necessario punto di arrivo di ogni istituzione: «toward the Platonic goal of every institution—uniting political power with wisdom—so as better to resolve the human problems of our time»<sup>52</sup>.

La vocazione al buongoverno per mezzo della deferenza alla expertise è un tratto diacronico nella riflessione di Breyer. Decenni dopo *Breaking the Vicious Cycle*, scrivendo sulla *Chevron deference* derivante dall'omonima sentenza del 1984<sup>53</sup>, l'autore identifica nell'ampio ruolo assicurato alle agenzie un sensato principio guida (*rule of the thumb*) per far pesare nel processo decisionale la maggiore capacità delle agenzie governative di delineare strategie efficaci di fronte a problemi complessi. Il solo legislatore non è in grado di prevedere tutti i dettagli richiesti nell'azione, sarebbe – chiosa il nostro – come pretendere che si fissi per legge la strategia con cui l'esercito conduce una battaglia<sup>54</sup>. Piuttosto, deve essere la sapienza specialistica a riempire gli spazi delle disposizioni congressuali e, tornando all'immagine di Breyer, lasciare che siano i militari a determinare il piano di battaglia.

Breyer protegge i pronunciamenti delle agenzie nel recente *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, dissentendo dalle conclusioni della maggioranza. Nella conclusione del *dissent*, scritto dalla giudice Kagan e sostenuto da Breyer, si enfatizzano i pericoli del cambiamento climatico e il rischio che un intervento della Corte contro il competente parere dell'EPA porti al malgoverno<sup>55</sup>. La scelta di rompere la collaborazione con gli esperti espone a conclusioni meno accurate dinnanzi a problemi profondi, spezzando l'alleanza fra democrazia e sapere specialistico che appare sempre più necessaria<sup>56</sup>. Tuttavia, Breyer riconosce altresì la defettibilità del principio di deferenza alle agenzie e, per esempio, contestò l'operato del ramo amministrativo unendosi alla maggioranza che in *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* (2007) obbligò l'EPA a considerare i gas serra sostanze inquinanti e a regolare conseguentemente le loro emissioni. Con quella sentenza la Corte determinò che fosse intenzione del legislatore prevedere un intervento dell'agenzia per l'ambiente nel caso dei gas «major contributors to global warming»<sup>57</sup>.

La riverenza al lavoro delle agenzie non rappresenta il vero punto filosofico del pensiero di Breyer sulla ricerca del buongoverno. Le agenzie, per dirla col noto proverbio, sono il dito, non la luna. Il punto sul buongoverno, semmai, è la centralità della expertise. Le agenzie sono spesso

<sup>50</sup> BREYER 1993, 39.

<sup>51</sup> BREYER 1993, 61.

<sup>52</sup> BREYER 1993, X.

<sup>53</sup> *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984). La sentenza determina i criteri legali con cui rimettersi all'interpretazione giuridica avanzata dalle agenzie governative. La decisione della Corte garantirà alle agenzie un importante margine interpretativo nel caso in cui l'operato del Congresso in materia si dimostri ambiguo. Sulla portata e il futuro della *Chevron doctrine* cfr. MERRILL 2022.

<sup>54</sup> BREYER 2010, 116 s.

<sup>55</sup> «Congress knows what mix of legislative and administrative action *conduces to good policy* [corsivo mio]. Courts should be modest. Today, the Court is not. [...] The stakes here are high. Yet the Court today prevents congressionally authorized agency action to curb power plants' carbon dioxide emissions. The Court appoints itself—instead of Congress or the expert agency—the decisionmaker on climate policy», *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. (2022), Kagan dissenting, 32 s.

<sup>56</sup> Cfr. BISTAGNINO 2020.

<sup>57</sup> BREYER 2010, 117.

portatrici della necessaria competenza tecnica ma, come nel menzionato caso del Massachusetts, esiste una meta-competenza da privilegiare, che risiede nella capacità e nel compito della Corte Suprema di individuare il decisore appropriato (in quel caso, legislatore o agenzie). Così, il buongoverno come elemento interno della missione del giudice supremo dilata il suo raggio di azione, saldando la *workability* della democrazia all'intervento provvidenziale del giudice medesimo. La scrupolosa attenzione alla determinazione del corretto decisore legale costituisce un tratto caratteristico del pensiero di Breyer, in cui emerge l'influenza della *legal process theory*<sup>58</sup>. Come diversi colleghi, Breyer ha incontrato il testo fondativo di questa scuola – *The Legal Process* di Hart e Sacks – nella sua formazione universitaria<sup>59</sup>. Da esso, Breyer mutua una solida sensibilità procedurale e antirealista, accettando senza imbarazzi il compito di determinare le norme di competenza come responsabilità primaria del giurista e facendo di questa chiarezza uno scudo alle accuse di creare diritto in funzione delle proprie preferenze<sup>60</sup>. Tuttavia, come si è cercato di mostrare, Breyer interpreta l'assegnazione della competenza (intesa come *potere di*) appellandosi alla competenza (questa volta intesa come *sapere di*). Questo genera un insolito ibridismo nella filosofia di Breyer, per cui la democrazia deve essere innanzitutto autogoverno all'insegna della libertà attiva ma può funzionare, essere *workable*, solo attraverso i colpi di expertise provenienti da istituzioni contro-maggioritarie<sup>61</sup>.

Il buongoverno inteso in questo senso ha poco o nulla a che fare con la partecipazione della cittadinanza evocata dal concetto di *active liberty*. Le rassicuranti parole di Breyer sul lavoro di ristrette cerchie epistemiche si inscrivono casomai nel filone tecnocratico della cultura *liberal* americana, tanto sensibile alle professionalità dei *beltway insiders*, quanto ostile all'*amateurism* che si fa contributore in intricate questioni pubbliche<sup>62</sup>. Il criterio della *workability* difeso da Breyer finisce così per sdoppiarsi: alla tutela di un principio *formale* di centralità del popolo come decisore politico si contrappone un criterio *sostanziale* di buongoverno costituito dalle preferenze di pochi esperti.

La tensione fra il Breyer democratico e il Breyer del buongoverno viene problematizzata da Posner, Kersch e Bauer a partire dall'ingenuo richiamo alla competenza specialistica dei giudici. Posner comincia col notare come l'impegno del togato di San Francisco contenga elementi di tensione fra democrazia e buongoverno: «[o]ne begins to wonder whether Breyer's deepest commitment is to democracy or to good policies»<sup>63</sup>. Per Posner si tratta di due obiettivi potenzialmente divergenti, che Breyer non riesce ad assimilare in un'unica e salda prospettiva teorica. Inoltre, a preoccupare Posner è il gradimento di Breyer per interpretazioni espansive della Costituzione, giustificate dalla ricerca della volontà del legislatore. Sebbene, ammette Posner, l'interrogativo circa l'intenzione del legislatore sia ineludibile nell'interpretare la legge e la Costituzione, l'interesse per il buongoverno e la difesa di un approccio *purposive* diventano per Breyer le leve per allargare la discrezionalità del giudice e della sua expertise a tutela della *sua* idea di buongoverno<sup>64</sup>. È questa

<sup>58</sup> Si ringrazia uno dei referee per avermi incoraggiato a considerare l'influenza di questa tradizione teorica sul pensiero di Breyer.

<sup>59</sup> L'opera è stata redatta nel 1956 ed ha circolato per anni sotto forma di dispense, raggiungendo un'enorme fama nelle *Law School* statunitensi ben prima di essere pubblicata negli anni Novanta, cfr. HART, SACHS 1994. Basti pensare che, fra gli altri, i giudici supremi Scalia, Kennedy, Souter, Ginsburg e Breyer studiarono tutti il testo ad Harvard, SEBOK 1996, 1572.

<sup>60</sup> AMAR 1989, 694.

<sup>61</sup> È importante notare – come suggeritomi da uno dei referee – che i giudici *liberal* tendono a schierarsi in difesa delle agenzie governative anche alla luce dei procedimenti partecipativi da esse adottati. Tuttavia, nel caso di Breyer, questo elemento appare decisamente secondario rispetto all'urgenza di assicurare il buongoverno tutelando la competenza delle stesse.

<sup>62</sup> ROSENFELD 2018, 84 s.

<sup>63</sup> POSNER 2006, 1711.

<sup>64</sup> POSNER 2006, 1711.

deriva che Posner scorge nelle argomentazioni di Breyer, che finiscono per comporre un *bricolage* di preferenze politiche e giudiziarie<sup>65</sup>. In altri termini, la rincorsa agli *workable results* attraverso la partecipazione della cittadinanza viene insidiata dalla rincorsa al buongoverno operata dai giudici e dalle le loro preferenze.

Kersch arriva alla medesima conclusione prendendo le mosse dall'insistenza di Breyer sul *purpose* della disposizione. Un simile approccio, nota Kersch, discende dalla concezione del governo come *problem solving* consolidatasi negli anni del New Deal<sup>66</sup>. Questa postura ermeneutica coinvolge il giurista interprete in tale *problem solving*, liberandolo da un "legnoso" (*wooden*) riferimento alla lettera della legge o ad una teoria omnicomprensiva<sup>67</sup>. La expertise del giurista contribuisce così a determinare gli standard legali orientati alle risposte *buone*, alla realizzazione del buongoverno – come nel caso del Massachusetts sopra menzionato o, ancora, il dissenso di Breyer in *United States v. Lopez* che decretò l'incostituzionalità del *Gun-Free School Zones Act*, redatto per bandire le armi da fuoco dalle aree scolastiche. Nella sua *opinion*, Breyer intese la presenza di armi nelle scuole come un problema relativo al commercio fra stati e, conseguentemente, regolabile dall'azione del Congresso come previsto dalla *Commerce Clause* della Costituzione. Le armi, argomentò Breyer, creano un clima di pericolo nelle aule scolastiche ed impattano negativamente sull'istruzione degli studenti, cioè sulla formazione della futura forza lavoro. Il problema diventa così federale, dal momento in cui i lavoratori si spostano da uno Stato all'altro. La presenza delle armi nelle scuole, dunque, non costituisce un problema di sicurezza o di istruzione (prerogative statali), ma di commercio fra stati (prerogativa del Congresso)<sup>68</sup>. Anche in questo, la ricerca del *purpose*, crea inaspettati spazi di azione per il giurista che, nota Kersch, invocando l'effetto farfalla delle armi nelle scuole può intervenire in maniera creativa<sup>69</sup>. Questo, denuncia Kersch, porta Breyer a proporre un metodo interpretativo opaco, che permette ad una élite interventista (*policymaking elite*) di affermare nelle sentenze la propria visione del mondo<sup>70</sup>.

Anche Bauer sottolinea a più riprese come, secondo Breyer, la democrazia non possa prescindere da efficienza e funzionalità – cioè dal buongoverno: «institutions are more democratic in proportion to their capacity for effective action»<sup>71</sup>; «democratic responsiveness had to be tempered with a concern for functionality»<sup>72</sup>; «his insistence that speech and association for political purposes are tolerable as long as they promote effective government problem-solving»<sup>73</sup>. Bauer richiama anche il riferimento alla expertise come metro di misura di efficienza e funzionalità, concezione – lo si è mostrato – che Breyer mutua dallo studio dei problemi di regolamentazione<sup>74</sup>. Nuovamente, ammonisce Bauer, la fede di Breyer negli esperti trascura il peso delle loro preferenze. «We expect the application of expertise without the contamination of self-interest. [...] [H]owever, it is unclear how expertise can be claimed when self-interest calls that very claim into question»<sup>75</sup>.

<sup>65</sup> POSNER 2006, 1715.

<sup>66</sup> KERSCH 2006, 770.

<sup>67</sup> BREYER 2005, 18 s.

<sup>68</sup> *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995), Breyer dissenting, 619-622; BREYER 2010, 127 s.

<sup>69</sup> KERSCH 2006, 786.

<sup>70</sup> KERSCH 2006, 791.

<sup>71</sup> BAUER 2006, 251.

<sup>72</sup> BAUER 2006, 251.

<sup>73</sup> BAUER 2006, 251.

<sup>74</sup> BAUER 2006, 241-244.

<sup>75</sup> BAUER 2006, 250. Sull'ingenua pretesa di una expertise assolutamente neutrale dal punto di vista assiologico si veda MONTUSCHI 2014 e DOUGLAS 2014.

#### 4. Il “periglio” della politica

Lo stringente legame fra esperti e buongoverno ci conduce ad un ultimo, importante, aspetto toccato dalla riflessione di Breyer. Si è detto, nella precedente sezione, del rischio che l’affidamento ai portatori di elevate competenze specialistiche invocato da Breyer trascuri l’influenza delle loro preferenze. La commistione fra expertise e desiderata politico-morali si connette all’immenso potere detenuto dai giudici nel sistema politico americano. Richiamando la famosa dizione di Hamilton, il potere giudiziario non ha “né spada né portafoglio”, ma controlla esecutivo e legislativo con il suo giudizio<sup>76</sup>. La peculiarità del sistema legale americano conferisce ai giudici un’immensa influenza sulle decisioni pubbliche e il loro giudizio è stato il motore di disruptivi cambiamenti culturali, sociali ed economici, spesso anticipando – o contrapponendosi – alle volontà degli eletti<sup>77</sup>. Ecco che i giudici, nella veste di interpreti legali, svolgono un ruolo politico di primo piano proprio in funzione della loro competenza specialistica.

Il potere delle corti non sfugge ovviamente alle forze politiche, che possono influire sulle decisioni pubbliche riempiendo gli scranni di giudici “allineati”. Nella prima sezione si è fatto riferimento al forte contrasto dei partiti sui candidati al “*marble palace*”. La democrazia americana si trova in un momento di feroci contrapposizioni ideologiche: la polarizzazione di eletti ed elettori è sempre più marcata e la contesa politica sta assumendo i contorni di uno scontro senza esclusioni di colpi<sup>78</sup>. In questo scenario di crescente *partisanship*, i giudici vengono sovente percepiti come la *longa manus* dei partiti, “politici con la toga” che perorano le cause di chi li ha nominati<sup>79</sup>. Il ruolo politico della Corte rischia così di perdere la sua specificità, di smarrire la propria funzione di garanzia ed equilibrio, per far avanzare – in maniera contro-maggioritaria – determinate preferenze politiche. Di questa insidia si occupa Breyer nel suo ultimo scritto, un libello intitolato eloquentemente *The Authority of the Court and the Peril of Politics*.

L’opera riprende molte argomentazioni di precedenti testi, in particolare di *Making Our Democratic Constitution Work*, e si concentra sull’obbedienza alle decisioni della Corte – specialmente in circostanze di forte dissenso con le decisioni stesse. L’agonismo politico, denuncia Breyer, costituisce un periglio per la Corte, che rischia di trovarsi risucchiata nello scontro fra fazioni e ridursi necessariamente ad essere amica o nemica degli schieramenti. Questo, nota Breyer, avrebbe conseguenze devastanti sulla sua autorità<sup>80</sup>. La Corte, come già paventato da Chemerinsky<sup>81</sup>, diverrebbe giocatrice mascherata da arbitro e, se così fosse, il diritto cesserebbe di essere un freno alla contrapposizione violenta fra le fazioni. Ricorda saggiamente Bobbio che «nei piani più bassi la forza è al servizio del diritto; nei piani più alti il diritto è al servizio della forza»<sup>82</sup>. Se la Corte si ponesse al servizio di una delle parti per accrescerne la forza, all’altra parte non resterebbe che il ricorso alla forza per scrivere un nuovo diritto.

L’analisi di Breyer dell’autorità della Corte in una società divisa e la sua riflessione sulla *partisanship* interna alla stessa Corte appaiono però sorprendentemente inconsistenti. Partiamo dal primo aspetto. Secondo Breyer, la fonte della legittimità delle decisioni della Corte, ciò che spinge persone e politici ad obbedirle, è il suo agire con giustizia. «The Court’s ability to punish or to provide rewards or benefits is limited. Its ability to act justly, at least in my view, does play a major role in obtaining the public’s respect and consequent obedience. The Court’s history illustrates how that is

<sup>76</sup> Si allude ovviamente al controllo della forza fisica legittima nelle mani dell’esecutivo e all’autorità di votare il bilancio da parte del Congresso. Il riferimento è all’articolo 78 de *The Federalist Papers*.

<sup>77</sup> Cfr. *supra* nota 12 sul concetto di “difficoltà contro-maggioritaria”.

<sup>78</sup> LEVITSKY, ZIBLATT 2019.

<sup>79</sup> HASEN 2019, HASEN 2020.

<sup>80</sup> BREYER 2021, 26.

<sup>81</sup> CHEMERINSKY 2014.

<sup>82</sup> BOBBIO 1993, 136 (corsivo dell’autore)

so»<sup>83</sup>. Per giustificare la sua conclusione, Breyer richiama alcune importanti sentenze, sostenendo la capacità della Corte di fare giustizia e, quando mancò di farlo, di emendarsi con successivi interventi<sup>84</sup>. In questo modo, la Corte si è guadagnata il rispetto di popolo e politici. Così Breyer commenta per esempio la sentenza *Brown* che desegregò le scuole. «Court had won a major victory for constitutional law, for equality, and above all for justice itself. And in turn, justice itself [...] helped to promote respect for the Court and increased its authority»<sup>85</sup>.

Questa conclusione, oltre che retorica, sembra piuttosto ingenua, perché trascura l'ovvia esistenza di differenti concezioni di giustizia presenti in qualsiasi società democratica. La Costituzione offre una tregua al conflitto fra le differenti giustizie incamerando diversi valori per mezzo di formule ampie ed indeterminate. Questo, però, non risolve il problema, che è soltanto rimandato al momento interpretativo di tali formule. Come chiarisce Pino: «è precisamente sull'interpretazione giuridica che si andrà a scaricare il pluralismo valoriale e il conflitto sociale che il costituzionalismo contemporaneo intende convogliare nel testo costituzionale»<sup>86</sup>. Il pericolo della politica e la sua fisiologica conflittualità non possono essere vinti dalla giusta interpretazione, che è semmai ciò per cui esiste la contesa, non ciò che la seda. Lo stesso Breyer dichiara candidamente che la Corte è stata obbedita *nonostante* le sue decisioni fossero ritenute profondamente ingiuste da una parte di società<sup>87</sup>. In democrazia il sentimento della giustizia è sempre, inevitabilmente, secondo alla percezione del disaccordo.

Il disaccordo politico, si è detto, rischia non solo di schiacciare la Corte dall'esterno ma di spaccarla dall'interno. Anche su questo secondo punto, la prospettiva di Breyer sembra limitata e confusa. Egli, infatti, insiste su quanto sia erroneo ritenere “politiche” le divisioni fra i nove: si tratta piuttosto di differenti filosofie giudiziarie<sup>88</sup>. Eppure, aggiunge Breyer, la filosofia politica di un giudice non resta fuori dalla sua comprensione della legge.

«[P]olitics is not just about voting for a particular candidate or a particular legislative agenda. It is also about basic political philosophy. And it is sometimes difficult to separate what counts as a jurisprudential view from what counts as political philosophy, which, in turn, can shape views of policy»<sup>89</sup>.

Il racconto di una Corte depoliticizzata ricorda, citando il duro attacco di Tribe alle parole di Breyer<sup>90</sup>, la platonica “nobile menzogna”, vale a dire, una bugia necessaria per celare l'ingresso delle contrapposizioni partitiche fra i banchi della massima magistratura americana. È proprio guardando all'interno della Corte che Breyer formula le considerazioni più banali sull'impegno a cui sono chiamati i giudici contro il “periglio” della politica: “Just do the job”; “Do not seek or expect popularity”; “Clarity in writing is a professional necessity”<sup>91</sup>.

Le insidie dello scontro politico raccomandano riflessioni ben più strutturali sulla composizione e il lavoro della Corte Suprema. Il problema è stato affrontato da una commissione bipartisan voluta dal Presidente Biden e costituita con un ordine esecutivo nel marzo del 2021. La commissione ha pubblicato il suo report nel dicembre dello stesso anno. All'unanimità, in più

<sup>83</sup> BREYER 2021, 9.

<sup>84</sup> Fra le principali sentenze discusse da Breyer: *Worcester v. Georgia* (1832), *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Lochner v. New York* (1905), *NLBR v. Jones & Laughlin Steel Corporation* (1937), *Brown v. Board of Education* (1954), *Boumediene v. Bush* (2008).

<sup>85</sup> BREYER 2021, 16.

<sup>86</sup> PINO 2017, 69.

<sup>87</sup> BREYER 2021, 17 e 22. Si veda, in particolare, la trattazione fatta nel testo delle sentenze *Bush v. Gore* (2000) e *Boumediene v. Bush* (2008).

<sup>88</sup> BREYER 2021, 27.

<sup>89</sup> BREYER 2021, 29.

<sup>90</sup> TRIBE 2022.

<sup>91</sup> BREYER 2021, 32-42.

passaggi, la commissione sottolinea le gravi tensioni causate dall'estesa percezione della Corte come istituzione di parte e analizza i possibili interventi per preservarne legittimità e indipendenza<sup>92</sup>. La Corte, infatti, non può permettersi di smarrire questi due attributi per la centralità che ricopre nelle istituzioni americane. «The Court serves as a crucial guardian of the rule of law and also plays a central role in major social and political conflicts. Its decisions have profound effects on the life of the nation»<sup>93</sup>. Il report ricostruisce la ricca storia della Corte e dei tentativi di riformarla. Sorprende l'enorme distanza fra questo documento e le considerazioni di Breyer sul «periglio della politica». La commissione si concentra su una rosa di soluzioni possibili che il giudice di San Francisco non affronta o sceglie di non affrontare: il numero dei giudici, il superamento del mandato a vita, la necessità di una maggioranza qualificata, la possibilità per il Congresso di superare le sentenze della Corte.

La proposta che più convince la commissione, che comunque si limita ad illustrare le opzioni e la loro fattibilità, consiste nel riformare la Corte all'insegna di mandati di 18 anni e una scadenza ordinata dei giudici – ogni 2 anni si libererebbe uno scranno e, di conseguenza, ogni Presidente disporrebbe di due nomine. La proposta suscita un vivace dibattito fra i membri della commissione. I critici sottolineano come la modifica rafforzerebbe l'idea che i giudici siano legati a determinati presidenti, infiammerebbe il dibattito pubblico con processi di conferma ogni due anni<sup>94</sup>, priverebbe grandi giudici della possibilità di servire a lungo (il giudice Marshall, ricorda la commissione, servì per oltre 34 anni)<sup>95</sup>. Tuttavia, gli argomenti dei sostenitori sembrano ben più convincenti. Il mandato a vita per i giudici della Corte Suprema è un *unicum* americano che conferisce agli stessi l'indebitato potere di orientare la nomina del proprio successore. I giudici che scelsero le dimissioni dal 1993 ad oggi (White, Blackmun, O'Connor, Souter, Stevens, Kennedy, Breyer) hanno rimesso il mandato nelle mani di presidenti che rispecchiavano la componente della Corte a cui venivano associati (*liberal* o *conservative*). Così facendo, gli uscenti hanno di fatto posto le basi affinché la propria visione costituzionale venisse perorata dall'operato di un successore dottrinalmente vicino. La commissione chiama questo fenomeno *strategic retirement*<sup>96</sup>. L'esercizio del diritto presidenziale di nominare i giudici supremi non può dipendere, sostengono i difensori della proposta, da eventi fortuiti o, peggio, dalle valutazioni del giudice dimissionario<sup>97</sup>.

La legittimità e l'indipendenza della Corte, suggerisce la Commissione, dipendono dalle regole che la disciplinano più che dagli individui che la compongono. Il punto, non trattato da Breyer, è squisitamente procedurale, prepolitico e, per questo, efficace per schermare la Corte dalle accuse di *partisanship*. Al giurista Breyer sfugge l'antica lezione di Aristotele: sono le leggi, più che gli uomini, a proteggere dall'antagonismo, perché le leggi non hanno le passioni che animano le anime degli uomini<sup>98</sup>. In altri termini, la Corte può essere difesa dal periglio della politica antepoendo la norma al decisore.

Ci sono due ipotesi sul perché Breyer non arrivi a considerare questa prospettiva, invero piuttosto scontata. Primo, l'iniziativa di superare un dogma della giurisprudenza americana – il mandato vitalizio dei giudici – per fronteggiare la politicizzazione della Corte Suprema ha più possibilità di avere successo senza la militanza di una delle parti in causa. È più che lecito pensare che Breyer abbia scelto di non addentrarsi in proposte a cui la politica deve arrivare da sola o, quantomeno, senza il suggerimento di un influente giudice *liberal*. La seconda spiegazione rac-

<sup>92</sup> PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 22 s.

<sup>93</sup> PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 6.

<sup>94</sup> La commissione propone anche un'accurata analisi dei sistemi per evitare che le nomine periodiche vengano bloccate da un Senato ostile; PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 140-143.

<sup>95</sup> PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 117-120.

<sup>96</sup> PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 115.

<sup>97</sup> PRESIDENTIAL COMMISSION 2021, 93.

<sup>98</sup> ARISTOTELE 1955, 164 s.

conta un Breyer prigioniero di una concezione irrealistica e acritica di expertise – elemento discusso nella precedente sezione. Il politico, nella sua dimensione conflittuale, scriveva Mouffe, è un “punto cieco”<sup>99</sup> che la sola ragione e la nuda competenza non possono vedere. Non saranno gli esperti – magari di diritto costituzionale – a temperare la competizione politica. Piuttosto, la soluzione deve venire da una pluralità di attori – esperti, politici e cittadini – decisa a plasmare regole ed istituzioni in cui tutti possano trovare argini sicuri per partecipare alle decisioni pubbliche. È questo a rendere l’ideale precario e difficile della democrazia un progetto ambizioso, inclusivo e *workable*.

<sup>99</sup> MOUFFE 2013, 23.

*Riferimenti bibliografici*

- AMAR A.R. 1989. *Book Review. Law Story: Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System by Paul M. Bator et al.*, in «Harvard Law Review», 102, 3, 688 ss.
- ALEXANDER M. 2011. *Citizens United and Equality Forgotten*, in «New York University Review of Law & Social Change», 35, 3, 499 ss.
- ARISTOTELE 1955. *Politica e Costituzione di Atene*, UTET.
- BARBISAN B. 2008. *Nascita di un mito. Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, il Mulino.
- BARBISAN B. 2021. *Thomas Jefferson, Marbury v. Madison e il countermajoritarian dilemma*, in «Rivista di diritti comparati», 1, 208 ss.
- BAUDE W. 2021. *The Real Enemies of Democracy*, in «California Law Review», 109, 6, 2407 ss.
- BAUER R.F. 2006. *Democracy as Problem Solving: Campaign Finance and Justice Breyer's Theory of Active Liberty*, in «University of Miami Law Review», 60, 2, 237 ss.
- BICKEL A. 1962. *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press.
- BISTAGNINO G. 2020. *Contro la tentazione epistocratica. Ripensare la relazione tra esperti e cittadini nelle democrazie contemporanee*, in GRONDA R., *Esperti scientifici e complessità. Il ruolo della competenza nelle società democratiche*, Pisa University Press, 153 ss.
- BOBBIO N. 1993. *Teoria generale del diritto*, Giappichelli.
- BRENNAN J. 2016. *Against Democracy*, Princeton University Press.
- BREYER S. 2005. *Active Liberty*, Knopf.
- BREYER S. 1993. *Breaking the Vicious Cycle: Toward Effective Risk Regulation*, Harvard University Press.
- BREYER S. 2010. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, Knopf.
- BREYER S. 2015. *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Knopf.
- BREYER S. 2021. *The Authority of the Court and the Peril of Politics*, Harvard University Press.
- CHEMERINSKY E. 2014. *The Case Against the Supreme Court*, Penguin.
- DODSON S. (ed.) 2015. *The Legacy of Ruth Bader Ginsburg*, Cambridge University Press.
- DOUGLAS H. 2014. *Values in Social Science*, in CARTWRIGHT N., MONTUSCHI E. (eds.), *Philosophy of Social Science*, Oxford University Press, 162 ss.
- ELY J.H. 1980. *Democracy and Distrust*, Harvard University Press.
- GEWIRTZ P. 2006. *The Pragmatic Passion of Stephen Breyer*, in «The Yale Law Journal», 115, 7, 1675 ss.
- HART H.M., SACKS A.M. 1994. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Applications of Law*, Foundation Press.
- HASEN R. 2019. *Polarization and the Judiciary*, in «Annual Review of Political Science», 22, 261 ss.
- HASEN R. 2020. *The Supreme Court's Pro-Partisanship Turn*, in «Georgetown Law Journal», 109, 50 ss.
- HITT J. 2017. *The Meaning of Antonin Scalia*, in «The Virginia Quarterly Review», 93, 4, 204 ss.
- LEVITSKY S., ZIBLATT D. 2018. *How Democracies Die*, Crown.
- MCGANN A.J., SMITH C.A., LATNER M., KEENA A. 2016. *Gerrymandering in America*, Cambridge University Press.

- MERRILL T.W. 2022. *The Chevron Doctrine: Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State*, Harvard University Press.
- MONTUSCHI E. 2014. *Scientific Objectivity*, in CARTWRIGHT N., MONTUSCHI E. (eds.), *Philosophy of Social Science*, Oxford University Press, 123 ss.
- MOUFFE C. 2013. *Agonistics. Thinking the World Politically*, Verso.
- POSNER R.A. 2006. *Justice Breyer Throws Down the Gauntlet*, in «The Yale Law Journal», 115, 7, pp. 1699 ss.
- PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2021. *Final Report*.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino.
- RAWLS J. 1994. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità.
- ROSENFELD S. 2018. *Democracy and Truth*, University of Pennsylvania Press.
- KARLAN P.S. 2021. *The New Countermajoritarian Difficulty*, in «California Law Review», 109, 6, 2323 ss.
- KERSCH K.I. 2006. *Justice Breyer's Mandarin Liberty*, in «University of Chicago Law Review», 73, 2, 759 ss.
- SEBOK A.J. 1996. *Reading The Legal Process*. In «Michigan Law Review», 94, 6, 1571 ss.
- STEPHANOPOULOS N. 2019. *The Anti-Carolene Court*, in «The Supreme Court Review», Public Law Working Paper No. 734, 111 ss.
- SUNSTEIN C. 2006. *Justice Breyer's Democratic Pragmatism*, in «The Yale Law Journal», 115, 7, 1719 ss.
- SUNSTEIN C. 2016. *Antonin Scalia, Living Constitutionalist*, in «Harvard Law Review», 130, 1.
- TEACHOUT Z. 2014. *Corruption in America: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*, Harvard University Press.
- TOLSON F. 2021. *The Real Enemies of Democracy*, in «California Law Review», 109, 6, 2381 ss.
- TRIBE L.H. 2022. *Politicians in Robes. Why does Stephen Breyer continue to insist that the Supreme Court is apolitical?*, in «The New York Review».
- TUSHNET M. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press.
- YOUN M. 2011. *Money, Politics, and the Constitution: Beyond Citizens United*, Century Foundation Press.