

Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti

BENEDETTA BARBISAN

E forse, di tanto in tanto, la Corte ha fatto davvero giustizia, ma decisamente meno spesso di quanto molti sembrano credere, poiché per gran parte della sua storia si è adeguata al cambiamento e non ne è stata una fautrice. [...] Come qualsiasi altra istituzione sociale, la Corte suprema è stata principalmente l'alleata degli integrati, asserzione che non dovrebbe rappresentare una sorpresa, poiché soltanto gli integrati diventano i presidenti che nominano i giudici, i senatori che li confermano... o i candidati fra cui i giudici vengono prescelti. [...] Dopo tutto, anche Carmichael e Hamilton erano integrati.
[S. Carter, *L'imperatore di Ocean Park*]

1. Mistica dei giudici costituzionali e procedure di nomina

Si dice che, nel procedimento di nomina dei giudici alla Corte Suprema, l'opinione pubblica abbia giocato il ruolo della moglie sposata ad un marito infedele: è stata sempre l'ultima a sapere, come se informare il pubblico fosse pericoloso.

Il Presidente fantastica romanticamente sui nomi da candidare, minimamente coadiuvato dal suo socio in affari, il Senato. Il Senato, un giovanotto che non gradisce di crearsi troppi problemi, non fa che qualche domanda. E nel momen-

to in cui l'opinione pubblica viene a conoscenza del candidato, è già troppo tardi per fare qualcosa. Il candidato ha appena ottenuto un seggio a vita alla Corte Suprema.

[Totenberg, *The Confirmation Process and the Public*, p. 1213]

Prima di spiegare le conseguenze di questo fatto, facciamo un passo avanti ad un'altra consorte. Ricordava sua moglie che, al momento di chiederla in sposa, il giudice Hugo Black si produsse in questa dichiarazione:

Da vent'anni ho una storia d'amore con un'istituzione. Si tratta della Corte Suprema. Ho un tremendo rispetto per il prestigio della Corte. Noi siamo tenuti ad operare tra questioni controverse, e siamo destinati a suscitare enormi fermenti ad ogni decisione che prendiamo. Per questa ragione, nella mia vita personale devo dimostrare di essere come la moglie di Cesare: al di sopra di ogni biasimo. Devo essere sicuro che la donna che intendo sposare sia la donna di un solo uomo... Io ho settant'uno anni. Tu sei più giovane di me di ventidue. Nel corso di cinque o dieci anni può essere che tu smetta di considerarmi attraente come pensi ora. Se questo dovesse accadere e tu volessi il divorzio, io te lo concedo.

rei. Ma penso che mi finirebbe e che ferirebbe il prestigio della Corte.
[H. L. Black, E. Black, *Mr. Justice and Mrs. Black*, p. 85¹]

Ora, al di là di quanto possa suonare singolare, almeno da questo versante dell'Atlantico, che le memorie della vedova di un giudice costituzionale trovino negli Stati Uniti un mercato editoriale – così come le innumerevoli biografie ed autobiografie, i carteggi, i diari – non meno curiosa ci si rivela questa forma di devozione sacerdotale alla causa della Corte Suprema, da cui la credibilità dell'istituzione al costo di quella dei suoi membri.

Per avere un'idea della "mistica" edificata intorno alla Corte Suprema ed ai suoi membri, basterebbe soltanto fare menzione dell'impiego di metafore di ispirazione latamente religiosa, o più verosimilmente platonica, volte a definire lo *status* istituzionale di queste figure ed il prestigio che sono in grado di irradiare anche molto tempo dopo la conclusione del loro mandato. Ma perché tanta "ieraticità"? In parte, credo sia presto detto, anche se in ingrata sintesi.

Notoriamente, l'organo che negli Stati Uniti amministra il sindacato di costituzionalità è stato pensato e scritto come un potere debole, cui sfuggono tanto la spada che la borsa (*Il Federalista*, n° 78, p. 623), un «potere morale», tale che

se la Corte Suprema venisse mai a essere composta di uomini imprudenti o corrotti, la Confederazione dovrebbe temere l'anarchia o la guerra civile.
[Tocqueville, *La democrazia in America*, p. 149]

Così, la sua autorità sta nella sua autorevolezza, il suo potere nella attitudine a persuadere, il suo destino in quello dei suoi giudici.

A garanzia dell'indipendenza del giudizio, dell'attaccamento per la costituzione ed i suoi diritti e dell'inflessibilità nella loro applicazione, i suoi membri godono inoltre di una carica vitalizia, cui la sola contestata buona condotta (art. III, sez. 1 cost.) o il ritiro spontaneo possono mettere fine. Designare i giudici a vita avrebbe assicurato, nella stima dei fondatori, l'accettazione dell'incarico da parte dei "pochi" uomini in possesso della "non comune forza d'animo" e della conoscenza delle leggi, incoraggiandoli a lasciare le loro occupazioni pur lucrose a fronte di un mandato a vita.

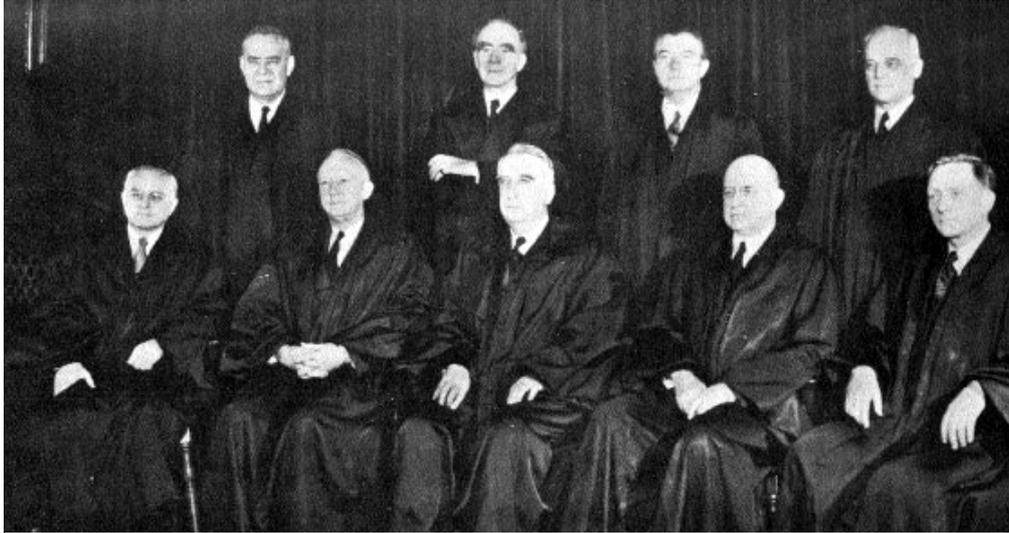
Aiuta a definire il quadro anche meditare sulla speciale funzione svolta dal giudice costituzionale, stretto fisiologicamente tra i due corni del dilemma:

egli è tenuto a preservare la sua autorità confondendosi tra le maestose vestigia di un passato nell'ombra; ma deve pure scoprire come penetrarlo con le istanze dei tempi.
[Cox, *The Warren Court. Constitutional Decision as an Instrument of Reform*, p. 22]

Il che evoca una stretta contiguità tra la Corte quale organo giurisdizionale e la Corte quale «potere morale», come richiamato da Tocqueville.

Senza trascurare che, nel *modus operandi* della Corte, riveste una peculiare rilevanza la facoltà del giudice di ricorrere al dissenso ogni volta che non concordi con la sentenza decisa dalla maggioranza: se questo è garanzia affinché la stessa Corte proceda secondo il modello di democrazia deliberativa:

Il disaccordo fra giudici è carattere proprio della democrazia, al pari della stessa libertà di parola. Le opinioni dissenzienti sono genuinamente americane alla pari [...] delle dichiarazioni di T. Paine, di T. Jefferson, o di J. Madison a difesa delle liber-



Corte Suprema degli Stati Uniti (1947)

tà civili. La democrazia – come la religione – è piena di sette e di scismi. Ogni campagna politica, ogni sessione legislativa lo provano. Né singoli, né gruppi hanno il monopolio della verità, della sapienza o della virtù. Un'idea che si offre alla pubblica accettazione si divide come un'"ameba". I "se" e i "ma", ed eccezioni analoghe la sezionano, sicché ciò che una volta era un tutto, viene sud-distinto in tante parti separate, alcune delle quali più grandi dello stesso corpo originale»

[Douglas, *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, p. 107]²

Certo, si chiarisce pure un rapporto del tutto personale tra il giudice ed il suo dissenso, a fronte della durata vitalizia della carica che ne fuga ogni intento strumentale – rapporto che, in questi termini, ha valore per il giudice stesso in senso "psicologico", così come nella percezione che di lui si ha dall'esterno:

La presenza di opinioni separate enfatizza il rapporto personale del giudice con la Costituzione ed è espressione della cultura dei paesi di *Common Law* [...], ciascun giudice è chiamato a rive-

stire la funzione di creare "personalmente", e quindi responsabilmente, il diritto. [...] Nei paesi di *Common Law*, parlando l'uomo e non l'organo, diviene necessaria la presenza di opinioni separate rispetto a quelle di maggioranza. [D'Amico, *Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense*, p. 64]

Dunque, "debolezza" della Corte, mandato vitalizio dei giudici, tradizione e innovazione insieme nell'esercizio delle loro funzioni e dissenso sarebbero i pilastri sui quali è stata eretta questa mistica fisiologica al sistema, tanto dalla parte dei giudici protagonisti quanto da quella dei cittadini comprimari. Ma, soprattutto per la percezione da parte dei comprimari dei protagonisti, quanto hanno contribuito a questo stato di cose le modalità con cui i giudici vengono nominati?

Fino a qualche decennio fa, l'opinione pubblica era la moglie tradita di cui all'*incipit* di queste pagine. Nulla trapelava dei lavori del Senato – rigidamente organizza-

ti in sedute chiuse al pubblico – e di come venisse deciso se convalidare o meno la nomina di un giudice designato dal presidente degli Stati Uniti. Basti pensare che risale solo al 1939 il primo caso di audizione di un candidato al Senato, quando Felix Frankfurter (1939-1962) fu personalmente chiamato a rispondere alle contestazioni per la sua designazione. Prima di lui, le polemiche intorno ai candidati Brandeis (1916-1939) e Hughes (1930-1941) furono dibattute e risolte senza che nessuno di essi venisse convocato per una sola audizione. John Harlan (1877-1911) non ebbe modo di rispondere alle accuse contro di lui se non mediante una fitta corrispondenza diretta ai senatori, senza riuscire mai ad essere ascoltato direttamente in Senato, e non fu certo l'unico esempio in questo senso³.

Ciò che non si conosce è un mistero, e il mistero ha sempre qualcosa di magico. Si può dire che, per un lunghissimo periodo, i cittadini americani non sono stati educati alla trasparenza delle nomine alla Corte Suprema? Perché, oltre che essere una fonte di controllo indubitatamente benefico in un sistema di *checks and balances*, l'occhio dell'opinione pubblica deve abituarsi a riconoscere le dinamiche con cui il potere è distribuito e si legittima. Se non del tipo "bulgaro" o alla Siéyès, gli organi che amministrano la giustizia costituzionale sono generalmente estranei ai circuiti della rappresentatività e della responsabilità, ma questo non significa che l'immaginario pubblico debba necessariamente accreditarli come del tutto spuri al sistema.

Poi, ad un certo punto, nulla è stato più lo stesso, e il momento coincise con la mancata ratifica da parte del Senato del candidato del Presidente Reagan alla Corte Suprema Robert H. Bork nel 1987: la sua

vicenda ricorda quella di un eroe della tragedia greca, tradito proprio da quella che riteneva la sua maggior forza, ovvero le sue irrefutabili qualità scientifiche e culturali (cfr. Ackerman, *Transformative Appointments*, pp. 1164-1165.)⁴.

Durante le undici, lunghe settimane di audizioni e discussioni in Senato, gli furono rivolte domande sui suoi contributi scientifici e sulle teorie "originaliste" cui non ha mai fatto mistero di aderire, sulla sua passata condotta come funzionario pubblico, nonché su contestate decisioni della Corte – in particolare sul diritto all'aborto e sul diritto alla *privacy* secondo l'accezione derivata dall'interpretazione evolutiva del XIV Emendamento – al fine di indagare quale sarebbe stata la sua posizione in merito, una volta seduto tra i colleghi della Corte. In quell'occasione, come mai era accaduto prima, le televisioni trasmisero le immagini delle sedute in Senato durante tutte le più seguite trasmissioni della sera, la stampa per tutto il tempo offrì la cronaca della vicenda e, forse, il pubblico ebbe finalmente l'impressione di uno squarcio sui sadducei riuniti nel Sinedrio. Il che non è certo detto per scusare tutti gli effetti deprecabili che i *media* possano generare nelle dinamiche tra opinione pubblica e meccanismi di designazione e per svilire le riserve che a questo proposito sarebbe più che legittimo sollevare.

È successa, dunque, una autentica inversione di tendenza se, in meno di vent'anni, i giudici che chiedevano di essere ascoltati e non venivano convocati oggi non hanno modo di sottrarsi alle audizioni del Senato (cfr. Freund, *Appointment of Justices: Some Historical Perspectives*, p. 1161.). Deve essere finalmente salutata come l'iniziazione del pubblico ad uno dei meccanismi

Barbisan

finora più impermeabili ad ogni forma di pubblicità esterna: era ora che la designazione dei giudici cominciasse a somigliare più a quello che dovrebbe essere, piuttosto che all'elevazione di cardinali in un concistoro. Ma proprio in questa fase è importante chiedersi che cosa dovrebbero sondare i senatori per decidere se un candidato sia degno di accedere o no agli onori della Corte Suprema, senza per questo tentare di fare necessariamente della Corte un foro complementare o alternativo per le ragioni della maggioranza.

Nei paragrafi che seguiranno, daremo notizia di chi, come e perché nella storia è diventato giudice della Corte Suprema. Cercheremo poi di dimostrare come si potrebbe coniugare il potere di indagine del Senato sui candidati con il ruolo che la Corte dovrebbe sostenere nella difesa dei diritti delle minoranze.

2. *Chi, come e perché diventa giudice della Corte Suprema*

La costituzione americana dispone che le nomine dei giudici della Corte Suprema – così come di ambasciatori, funzionari diplomatici e consoli, nonché di ogni altra carica per cui la costituzione non preveda diversamente – spettino al presidente, «con il parere ed il consenso del Senato» (art. II, sez. 2).

A questo proposito, per quanto il *Federalist* fu, prima di tutto, un testo di propaganda costituzionale del tempo, peraltro, a rendere i lavori della Convenzione più coerenti e razionali del reale (cfr. Dahl, *Quanto è democratica la Costituzione americana?* pp. 46-47.), nondimeno vi si

riesce a riconoscere in trasparenza tutta l'ambiguità del compromesso siglato dai fondatori, nella misura in cui, dopo aver esaltato l'eccellente ed insostituibile qualità del presidente nello scegliere i giudici (*Il Federalista*, n° 76⁵), spiega il concorso del Senato quale deterrente per la nomina di persone inadatte al ruolo, nel caso in cui il presidente le scegliesse «per legami d'amicizia o vincoli di parentela, o, ancora, soltanto per amore di popolarità» (*Il Federalista*, n° 76, p. 613⁶), ammettendo, però, con molta riluttanza che avrebbero potuto essere respinte:

Ammetto senz'altro che questo potrebbe avvenire. Ma quando ciò fosse, avverrebbe soltanto per dar luogo ad una sua [del presidente] seconda proposta. Così la persona che verrebbe in ultima analisi nominata sarebbe comunque persona a lui grata, anche se non proprio in altissimo grado.

[*Il Federalista*, n° 76, p. 613]

Peraltro, i fatti hanno ampiamente smentito un atteggiamento del tutto passivo da parte del Senato: dal 1789, dei 142 candidati formalmente comunicatigli, il Senato ne ha respinti 28, dunque quasi uno su cinque (in particolare, uno su tre nel diciannovesimo secolo). È durante questo secolo che sono state solo cinque le candidature "bocciate" in Senato, il che forse però non basta a ritenerlo un rischio generalmente remoto. In definitiva,

«lasciare [...] al Presidente il diritto di proporre dei nomi, equivale ad ottenere tutto il bene che si potrebbe sperare se fosse lui solo ad effettuare la nomina, evitandone al contempo gran parte dei possibili svantaggi».

[*Il Federalista*, n° 77, p. 617]

Il compromesso raggiunto fu, in definitiva, l'incontro tra coloro – come Benja-

min Franklin, James Madison e John Rutledge – che temevano tendenze “monarchiche”, laddove il potere di nomina fosse stato affidato al solo presidente, reclamando per questo un più incisivo intervento del legislativo, e quelli che – insieme a James Wilson, Alexander Hamilton e Gouverneur Morris – spingevano per una competenza esclusiva dell’esecutivo.

Potrebbe lasciare stupito più di qualcuno apprendere in tutto questo che nessun requisito in merito ad esperienze giudiziali passate o ad una formazione giuridica venga costituzionalmente richiesto per la candidatura a giudice della Corte Suprema, e ancor più strano pare se paragonato alle previsioni che, su questo punto, sono invece contemplate da “tutte” le costituzioni statali americane. Accadde, infatti, che nelle dodici sedute che, dal giugno al settembre 1787, vennero dedicate al dibattito in Convenzione sulla stesura di questa disposizione costituzionale, i criteri di selezione e designazione dei candidati passarono quasi del tutto sotto silenzio, concentrati come erano i delegati sulle procedure e soprattutto sui poteri da investire della competenza. Evidentemente

i delegati assunsero semplicemente, forse con una certa *naïveté*, benché comprensibilmente, che i prescelti come giudici federali sarebbero stati selezionati sulla base del merito.

[Abraham, *Can President Really Pack the Supreme Court?* p. 40]

Invece, al 1991⁷, dei 110 giudici che hanno composto la Corte Suprema, solo 24 hanno potuto vantare dieci anni o più di attività giudiziale, mentre ben 42 non hanno mai indossato la toga da giudice; tutti, però, o quasi, si erano distinti prima della designazione per qualche attributo quali-

ficante: o un lungo impiego nel settore pubblico, o una spiccata personalità e forza di carattere, o l’attitudine al lavoro, o un certo *savoir faire* politico, o una certa vivacità intellettuale, o una grande chiarezza di esposizione scritta e parlata. Eppure va detto, in ogni caso, che tutti i giudici nominati sino ad oggi, con la sola eccezione di George Shiras, Jr. (1892-1903), hanno avuto una qualche esperienza legale in senso lato, impiegati in qualche settore dell’amministrazione pubblica o protagonisti attivi della vita politica o, ancora, dediti privatamente all’attività forense. È solo a posteriori, dunque, che si può constatare di certo l’esistenza di un solo, minimo tratto comune a tutti i giudici, vale a dire la laurea in giurisprudenza.

E sempre solo a posteriori, è possibile tracciare un profilo generale del giudice-tipo alla Corte Suprema: nativo degli Stati Uniti⁸; bianco⁹; generalmente protestante¹⁰; tra i cinquanta e cinquantacinque anni al momento della nomina; primogenito; di estrazione anglosassone (tranne quindici); della medio-alta borghesia; proveniente da zone non rurali ma non necessariamente urbane; membro di famiglie politicamente attive ed economicamente benestanti; laureato o specializzato in legge (di solito, da prestigiose università); variamente impiegato nel settore pubblico; originario di Stati popolosi¹¹.

È solo passando in rassegna quanto dimostrato dalla storia, dunque, che si riescono a mettere in evidenza quattro criteri che paiono aver condizionato con una certa costanza la selezione dei candidati da parte dei presidenti: in primo luogo, una certa “rappresentatività nella Corte”, con il che si intende – prima ancora che seggi destinati alla religione, al sesso, alla razza

Barbisan

secondo un'accezione più moderna – l'equa distribuzione geografica dei giudici secondo la loro provenienza. Si tratta di una preoccupazione regolare sin dai primi mandati presidenziali: nel 1807, ad esempio, Jefferson chiese ad ogni senatore di sottoporgli una rosa di due candidati affinché potesse nominare qualcuno di loro gradimento e dietro precise segnalazioni geograficamente orientate. Persino Jackson, i cui criteri non si distinsero mai per una particolare trasparenza, indulgendo spesso in promesse contrattazioni, si impegnò ad osservare i vincoli di rappresentanza geografica per tutte le sue otto nomine alla Corte.

Le cose cominciarono a cambiare dalla presidenza di Theodore Roosevelt:

Sto convincendomi sempre più enfaticamente che la Corte Suprema è questione di troppa importanza per me per prestare attenzione alla provenienza di un uomo.

[Lodge, Redmond, *Selections from the Correspondence of Theodore Roosevelt and Henry Cabot Lodge*, 1884-1918, p. 519]

Fu così che spedì alla Corte due giudici del Massachusetts¹² nel giro di soli quattro anni, infrangendo platealmente per la prima volta la *ratio* della distribuzione geografica. Altrettanto, poco più tardi, durante la presidenza di Franklin Delano Roosevelt. Basterà un solo esempio: dopo la morte del giudice Cardozo (1932-1938 – proveniente dallo Stato di New York), nel 1938, il presidente avrebbe voluto a tutti i costi la nomina di un uomo dell'Ovest, ma tanto i suoi collaboratori più vicini quanto i consiglieri politici gli suggerirono insistentemente di «preferire l'eccellenza alla geografia», ed il seggio vacante andò al giudice Frankfurter (1939-1962 – accreditato allo Stato del Massachusetts). Ma, già a sua volta, in

dispregio alla geografia, lo stesso giudice Cardozo era stato designato per il posto di Oliver Wendell Holmes (1902-1932) del Massachusetts dal presidente Hoover, che così «aveva ignorato la geografia e fatto la storia»¹³.

In seconda istanza, poi, i presidenti si sono fatti guidare pure dall'amicizia personale o da vincoli di gratitudine. Così accadde per il giudice Taney (1836-1864), fortemente voluto dal presidente Jackson per il debito di riconoscenza che si sentiva di aver accumulato nei suoi confronti. Il Senato fece molta resistenza, e Jackson la spuntò solamente quando riuscì a far insediare l'amico al seggio di *Chief Justice*. Sempre l'amicizia decise della nomina di Abe Fortas (1965-1969) da parte di Lyndon Johnson e di Byron R. White (1962-1993) da parte di John F. Kennedy.

In terzo luogo, va considerata, specie per le candidature dell'ultimo mezzo secolo, la compatibilità ideologica e politica tra presidente e giudici designati, fenomeno che di norma viene classificato come il tentativo dell'esecutivo di «impacchettare la Corte». Avviato con Theodore Roosevelt, il ricorso all'indagine sulla «*real politics*» dei candidati è stato – lo si intuisce – il criterio di selezione più praticato.

Infine, il merito professionale, come nel caso illustre di Benjamin Nathan Cardozo – giurista di chiarissima fama, autore di saggi universalmente apprezzati, stimato e supportato dai presidi delle più prestigiose facoltà di legge, già *Chief Justice* della Corte di Appello di New York –, scelto dal presidente Hoover per i suoi crediti professionali e scientifici e approvato dal Senato non appena la sua candidatura raggiunse l'aula.

Proprio nel tentativo di prendere mag-

giormente in considerazione la qualità tecnica dei candidati, dalla presidenza Truman è stata avviata la prassi di comunicare i nomi dei designati allo *Standing Committee on Federal Judiciary* presso l'*American Bar Association* (ABA) per avere una valutazione dei profili professionali dei candidati.

Inizialmente, la Commissione scelse di pronunciarsi sulla base di categorie binarie di apprezzamento - «*qualified*» o «*unqualified*» -, praticate a partire dalla nomina del giudice Brennan (1956-1990). Ma in conseguenza delle aspre critiche durante il voto contrario del Senato alle nomine del presidente Nixon - i candidati Haynsworth e Carswell -, la Commissione decise di adottare un nuovo catalogo di *standards* in merito all'integrità e alla competenza professionale e di autolimitarsi, utilizzando il binomio più generale «*not opposed*» e «*not qualified*». Malgrado abbia spesso negato la propria adesione alle istanze politiche sulle nomine, sollecitando il Senato ad una riflessione meditata su alcune designazioni, la Commissione non si è mai conquistata un potere di veto, restando la procedura delle nomine di competenza del presidente, che le seleziona, e del Senato, che le conferma.

Accanto allo *Standing Committee* dell'ABA, va tenuto conto principalmente di altri due fenomeni di condizionamento (cfr. Abraham, *Justices and Presidents*, p. 26) tra coloro che possono esercitare le più significative pressioni nei confronti del presidente: si tratta del "consenso dei vertici politici" dei partiti in Senato (*senatorial courtesy*) e della "consulenza dei giudici" in carica o dimessi.

È praticamente impossibile per l'esecutivo - malgrado lo sia meno che un tempo - selezionare dei nomi invisibili ai *leaders* del

partito di riferimento del candidato: l'approvazione dei senatori dello Stato d'origine del prescelto è elemento pressoché essenziale, e finisce per influire sull'orientamento dell'intera assemblea, al punto che, qualora essi ritengano inaccettabili i nominativi sottoposti alla ratifica del Senato, possono invocare la «*senatorial courtesy*» quale forma di solidarietà tra colleghi volta a contrastare le designazioni presidenziali. Numerosissimi gli esempi in questa direzione.

Per contro, è sempre stata piuttosto seducente per i senatori la candidatura di un loro pari, o di qualcuno che lo sia stato, verso cui sono soliti usare la favorevole sensibilità riservata ai *cas d'honneur*. Fece eccezione il giudice Hugo L. Black (1937-1971), senatore al tempo della candidatura nel 1937, ma ostinatamente respinto dai colleghi per il suo vibrante sostegno ai programmi del *New Deal* e per una sospetta adesione in gioventù al Ku Klux Klan nella nativa Alabama. Riuscì a spuntarla solo proclamando dai microfoni della radio nazionale una dichiarazione di ammissione e, nel contempo, di dissociazione da quell'episodio. Ebbe un ascolto inferiore solo al discorso di abdicazione di Edoardo VIII, la gente si convinse e con lei il Senato.

Un esempio per tutti, invece - e paradigmatico nel suo genere - di concertazione e consulenza sulle designazioni tra esecutivo e giudici della Corte fu tra il *Chief Justice* William H. Taft (1921-1930) ed il presidente Harding: dopo aver miracolosamente provveduto all'autopromozione per essere egli stesso chiamato alla Corte, Taft si candidò pure quale primo consigliere di Harding alle nomine. Il suo *modus operandi* era in realtà piuttosto semplice: una volta che un posto si liberava, egli letteral-

Barbisan

mente bombardava il presidente di raccomandazioni e suggerimenti, fermo nell'intento di bloccare l'accesso alla Corte di chiunque ritenesse schierato sul versante sbagliato. Nessuna delle nomine di Harding, in effetti, deluse i criteri di selezione indicati dallo stesso Taft.

E ancora: quando Roosevelt si trovò a scegliere per il posto di *Chief Justice* lasciato vacante da Charles Evans Hughes (1930-1941) tra il giudice Harlan Stone (1925-1946) e il ministro della giustizia Robert Jackson, fu Frankfurter a consigliargli di decidersi suo malgrado per il primo: preferire un repubblicano come Stone avrebbe infatti conquistato al presidente l'intera nazione, più bisognosa, agli albori della guerra, di trovare in lui una disposizione «ecumenica» e non partigiana.

Di ampia varietà, invece, le motivazioni per le quali il Senato si decida al rifiuto di una designazione presidenziale: tanto per darne rapido cenno, si può trattare di ostilità non tanto per il candidato quanto verso il presidente; del coinvolgimento del prescelto in campagne di politica pubblica o del sostegno offerto a particolari correnti giurisprudenziali; di contrarietà al corrente indirizzo della Corte che il designato andrebbe presuntamente a corroborare; della «senatorial courtesy»; dell'indisponibilità del candidato verso il partito al potere in quel momento; della mancanza di qualità o di limitato talento del prescelto; dell'azione di gruppi di pressione avversari; infine, del timore che quella nomina possa mutare drasticamente il corso giurisprudenziale della Corte. Di norma, non solo una, ma diverse ragioni tra queste ricorrono nel rigetto di un nome da parte del Senato. E questo – come ci avviamo a constatare – è uno dei profili critici più

interessanti rispetto alle procedure di nomina.

3. Il paradosso degli eletti controllati dai non eletti

Uno dei paradossi delle realtà costituzionali moderne resta ancora l'accostamento di istituzioni legittimamente elette, e dunque responsabili nei confronti dei loro mandatari, e di organi deputati all'amministrazione della giustizia costituzionale, generalmente affrancati – anche se non sempre totalmente – da questo sistema di investitura. A questo proposito, ci rifacciamo ad un problema che è già stato sollevato sul tema:

cosa ha potuto spingere le classi politiche a spogliarsi di parte del loro potere a favore di organi non eletti capaci di bloccare le scelte delle maggioranze elette?

[Pasquino, *Le autorità non elettive nelle democrazie*, p. 599]

È nelle "costituzioni dei vinti", e non in quelle di Francia e Gran Bretagna, che per la prima volta si introduce in Europa un sindacato di costituzionalità sul modello austriaco del 1920. Erano infatti più inclini italiani e tedeschi, ad accogliere un sistema di vincoli e limiti alla sovranità del Parlamento, visto come, nell'esperienza prebellica, proprio gli organi legislativi si erano docilmente assoggettati ai nascenti regimi totalitari.

Una delle considerazioni che ne è seguita riconosce nei Parlamenti del XX secolo e, più in generale, negli organi elettivi, non più un elemento di "moderazione", come accadeva di norma nelle esperienze di

monarchia costituzionale, bensì una «aristocrazia elettiva», come monopolio tendenziale della classe politica rappresentativa (Pasquino, *Le autorità non elettive*, p. 603).

Al contrario, le Corti costituzionali non hanno referenti cui rendere conto e, talvolta – proprio come negli Stati Uniti – neppure devono temere ciò che seguirà al termine del loro mandato. Non sono tenute ad aderire alla volontà di una maggioranza, né devono accattivarsi consensi o riscuotere rinnovi della carica:

In quanto tali sono perfettamente in grado di controbilanciare il potere della maggioranza e di difendere i diritti, costituzionalmente proclamati, delle minoranze e dei singoli individui. [*Ibidem*, p. 603]

In questa accezione *antimonocratica*, pertanto, non solo il paradosso sarebbe risolto, ma si esalterebbe la coabitazione di organi elettivi e non elettivi proprio come condizione essenziale per l'esercizio della democrazia intesa come «buon governo»¹⁴.

In particolare negli Stati Uniti, giudici e legislatore sono figure “coordinate”, nella misura in cui – come lo stesso John Marshall dichiarò in *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803] – non solo la costituzione è la legge superiore, ma ogni organo giurisdizionale è chiamato ad esercitare il potere di invalidare leggi che contrastino con essa (cfr. Pasquino, *Constitutional Adjudication and Democracy*, p. 44). Il che rimanda ad un concetto di separazione dei poteri diverso da quello invalso in Europa: mentre, infatti, il “teorema francese” della sovranità esclusiva del Parlamento e dei poteri di essa esecutivi – tra cui certo anche quello giudiziario – può avere qualcosa del-

la sovranità altrettanto accentrata del re in *Ancien régime*, in America

la legge superiore porta con sé il giudice non sottomesso al legislativo, che difende anche nei confronti di questo i diritti del cittadino. Il giudice interprete diretto della comunità in nome della legge superiore, si inquadra nella separazione dei poteri americana e le dà il chiarissimo senso di separazione fra *co-equal branches of government*.

[Amato, *Il dilemma del principio maggioritario*, p. 176]

Il risultato finisce per essere che negli Stati Uniti si nega l'unicità del potere sovrano e che la Corte Suprema si candida così, *sponte sua*, alla garanzia di quei diritti che potrebbero essere sacrificati nella gestione della maggioranza che ha la forza di decidere à la Condorcet ma non la verità à la Rousseau.

Ora, come si coniuga quanto assunto fin qui con l'ipotesi per cui l'intervento del Senato – cioè, la sua recente propensione pubblica a giudicare i candidati per la loro conformità agli indirizzi della maggioranza espressa; il vaglio delle loro tendenze di politica costituzionale; l'inquisizione sugli orientamenti che eventualmente seguirebbero di fronte a decisioni tutt'altro che pacificate nel dibattito dottrinale e pubblico – possa addirittura fungere da rimedio contro il vizio “antimaggioritario” della Corte? (v. Monaghan, *The Confirmation Process: Law or Politics?* pp. 1207-1208).

Quando la gente ed i suoi senatori ed il suo Presidente parlano di “judicial philosophy”, tutti hanno in mente non l'adesione ad una particolare teoria, ma “le persone che saranno in grado di realizzare gli obiettivi che ci piacciono”, e sia il Presidente che il Senato (e forse, attraverso di loro, anche la gente) riconoscono nella procedura di nomina un'occasione per impacchettare la

Una questione controversa

Bruce Ackerman non è indulgente affatto verso la pratica dei «transformative appointments» e le muove diverse critiche. In primo luogo, infatti, mentre l'art. V contempla una iniziativa *assembleare* – laddove possano avviare il procedimento di proposta di modifica il Senato e la Camera dei Rappresentanti o due terzi degli organi legislativi dei singoli Stati membri –, questa è emanata dal solo Presidente – ed è in ogni caso piuttosto difficile immaginare che il *mandato* di cui lo hanno investito gli elettori lo investa a sua volta del loro *consenso* alla modifica costituzionale. Inoltre, l'art. V sottende ad una *dialettica tra poteri federali e poteri statali*, mentre la via dei *transformative appointments* si risolve tutta in sede centrale.

Si potrebbe infine aggiungere alle riserve di Ackerman anche un ulteriore rilievo, quello riguardante l'endemica *rappresentanza ineguale degli Stati* al Senato, il che rende ancora più lontano l'obiettivo della partecipazione delle minoranze al processo di emendamento. Infatti, dati i due senatori che devono essere eletti in ciascuno Stato, il rapporto di rappresentanza è, nei termini massimi, quasi di settanta a uno, il che significa che il voto di un abitante del Wyoming (cinquecentomila residenti) vale settanta volte quello del californiano (trentaquattro milioni di abitanti). In nessun'altra esperienza di Stato federale – fatta eccezione per l'Argentina, il Brasile e la Russia – si dà un rapporto di iper-rappresentanza sbilanciato come quello degli Stati Uniti, se si pensa che va da 1,5 in Austria al limite di quaranta a uno in Svizzera.

In questo stato di cose, il vero problema è che «la rappresentanza ineguale in Senato ha senz'ombra di dubbio mancato di tutelare gli interessi fondamentali delle minoranze *meno* privilegiate. Al contrario, la rappresentanza ineguale, a volte, è servita a proteggere gli interessi delle minoranze *più* privilegiate. Un caso evidente è la tutela dei diritti dei proprietari di schiavi anziché dei diritti degli schiavi» (R. A. Dahl, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, cit., p. 39).

Il che riporta di attualità la domanda che, a tal riguardo, si fece James Wilson nel 1787: un governo democratico dovrebbe essere fatto per servire gli interessi di «esseri immaginari detti Stati» o invece per servire gli interessi di tutti i suoi cittadini, a prescindere dalla provenienza geografica, considerati come politicamente uguali?

Per questo complesso di ragioni, Ackerman ritiene più ragionevole pensare ad una proposta di emendamento alla costituzione per una procedura alternativa di emendamento – insomma, un emendamento per gli emendamenti –, qualcosa che suoni più o meno in questi termini: «Durante il suo secondo mandato, il Presidente può proporre emendamenti costituzionali al Congresso degli Stati Uniti; se i due terzi di entrambe le Camere approvano la proposta, essa sarà iscritta nella scheda di voto alle due elezioni presidenziali successive in ciascuno degli Stati; se tre quinti dei votanti dovesse approvare il disegno di emendamento, esso sarà ratificato in nome del popolo americano» (B. Ackerman, *Transformative Appointments*, cit., p. 1182).

Corte mediante la designazione di giudici che voteranno nel modo giusto.

[Carter, *The Confirmation Mess*, p. 1193]

Una contraddizione in termini, per così dire, se, per un verso, la Corte Suprema deriva la sua legittimazione dalla tutela costituzionale che garantisce alle minoranze e se, per l'altro, i giudici vengono selezionati sulla base della loro convergenza agli

interessi della maggioranza. «Se i giudici vengono designati non perché sono saggi ma perché hanno ragione, non è facile capire perché debbano restare in carica per tutta la vita» (Carter, *The Confirmation Mess*, p. 1194): sarebbe stato più coerente, allora, se nel sistema le cariche, anziché vitalizie, fossero durate otto o dieci anni, in modo da essere legate a maggioranze contingenti e da poter essere variate con il variare di esse.

Di impacchettare la Corte certo sapeva qualcosa F. D. Roosevelt, cui capitò l'esito felice di riuscire a ricalibrare l'indirizzo della Corte a favore dei programmi di *New Deal* mediante nomine *ad hoc*. Durante il primo mandato, mentre parecchie delle leggi volute dal presidente venivano censurate con una maggioranza di sei giudici contro tre o di cinque contro quattro, accadde che non si liberò alcun seggio alla Corte Suprema. Roosevelt si risolse, allora, a rimuovere le frustrazioni che gli derivavano dall'avversione dei giudici con una legge, presentata nel febbraio del 1937, volta ad ampliare il numero dei componenti della Corte. In realtà, ciò che in essa si prevedeva era di nominare un giudice per ciascuno di coloro – ed erano al momento sei – che non si fossero ritirati entro sei mesi dopo il compimento dei settanta anni.

Di lì a breve, però, avvennero due eventi cruciali: la Corte si fece più indulgente con la legislazione del *New Deal* [si pensi alle sentenze *West Coast Hotel v. Parish* – 300 U.S. 379 (1937) – sulla legge per il salario minimo per le donne o, sempre in materia di diritti sul lavoro, la *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corporation* – 301 U.S. 1 (1937)] e uno dei giudici in carica, Van Devanter (1911-1937), annunciò il suo ritiro. Finalmente c'era un posto libero da occupare...

Né si è trattato dell'unico, se quella dei «*transformative appointments*» è giudicata da alcuni come una pratica alternativa alla procedura di emendamento della costituzione secondo l'art. V, condotta secondo gli intendimenti politici del presidente e non delle assemblee (Ackerman, *Transformative Appointments* cit., pp. 1179 e ss.).

Se prendiamo in considerazione, oltre

alla designazione dei giudici, anche il procedimento legislativo, quello di *impeachment* e quello di emendamento alla costituzione, è facile accorgersi che il potere giudiziario è coinvolto in uno solo di questi casi (il legislativo), il presidente in due (il legislativo e la nomina dei giudici) e la Camera dei Rappresentanti in tre (il legislativo, l'*impeachment* e gli emendamenti). Solo per il Senato è stato previsto che prendesse parte in tutti e quattro, il che significa che il suo è un compito speciale, di proteggere il popolo da politiche e preferenze di valore che si rivelerebbero improvide nel lungo periodo:

Dato il numero di modi in cui il Senato è chiamato ad interpretare la Costituzione, i Senatori non dovrebbero essere intimiditi o perplessi nel prendere il proprio ruolo seriamente in ciascuno di essi.

[Amar, *The Senate and the Constitution*, p. 1112]

Dopo tutto, la prima versione della procedura di nomina dei giudici costituzionali – votata il 21 luglio 1787 – prevedeva la competenza esclusiva del Senato. Se il successivo 7 settembre venne votata all'unanimità la stesura definitiva, significa che i fautori della prima versione si ritennero ugualmente soddisfatti dell'«*advise and consent*» attribuito al Senato, con il che evidentemente si alludeva non proprio ad una mera ratifica delle proposte del presidente (cfr. Black, Jr., *A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees*, pp. 660-661).

Allora, come potrebbe fare il Senato ad interrogare i candidati designati, senza chiedere loro di anticipare pareri a verosimili sentenze ma, nel contempo, non declinando al ruolo che la costituzione gli assegna? Quali domande i senatori dovrebbero

Barbisan

o non dovrebbero rivolgere ai prescelti? Come può fare il Senato a dar voce ai più profondi valori ed aspirazioni del popolo americano come è sua responsabilità, senza compromettere, nello stesso tempo, l'irrinunciabile indipendenza dei giudici?

Più che investire su quale teoria il candidato si senta di abbracciare, i senatori dovrebbero chiedersi che persona sia quella che si trovano di fronte e che potrebbe sedere per la vita alla Corte Suprema. Ciò che in definitiva dovrebbe contare di più non è che tipo di *legal philosopher* sia il prescelto, ma che *moral philosopher* dimostri di essere:

in questo senso, è molto meno utile sapere che un candidato ha deciso che i clubs privati non violino alcuna disposizione costituzionale, discriminando tutti quelli che non sono bianchi, piuttosto che sapere se egli sia stato membro di uno di essi e per quanto tempo.

[Carter, *The Confirmation Mess*, p. 1199]

Come ricordava il giudice Frankfurter:

La determinante ultima è la qualità dei giudici. Una volta che si sia pacificamente riconosciuto che la loro complessiva visione della vita, la loro libertà dalla paura, la loro esperienza e la capacità di trascenderla definiscono la decisione, ne segue inevitabilmente che queste qualità debbano diventare i termini più pertinenti dell'inchiesta prima che un uomo sia messo sul banco della Corte Suprema per la vita.

[Frankfurter, *The Supreme Court and the Public*, pp. 226-227]

Il lavoro che si chiede al Senato non è semplice, anche perché non sempre si incontrano candidati inclini al confronto onorevole: risposte del tutto evasive, abilissime nell'eludere ogni indagine dietro il paravento di una assoluta correttezza deontologica e di una encomiabile equidistanza

sembrano chiedere ai senatori un mero atto di fede¹⁵. Senza poi considerare quanto possa essere arduo per i senatori cimentarsi in un confronto dottrinario con un candidato, se non conoscendo tutto il suo repertorio scientifico, oppure quante energie richiederebbe arrivare a reperire informazioni sulle sue passate militanze o su comportamenti promiscui.

In questo senso, *a posteriori*, forti dell'esperienza storica, va detto che la procedura di nomina dei giudici è stata spesso una partita con tre protagonisti e non a due: accanto al presidente e al Senato, infatti, in molte circostanze ha giocato un ruolo supplente essenziale la stampa. Così è stato nel caso della nomina del giudice Black: fu, infatti, un reporter del «Pittsburgh Post-Gazette» ad imbastire una vera campagna intorno alla presunta adesione del candidato al Ku Klux Klan quando era ancora molto giovane, ipotizzando che ne fosse ancora membro in virtù di una elezione vitalizia. Solo per questo Black fu obbligato alla dichiarazione fonica di cui abbiamo già detto. Ancora più di recente, è stato il settimanale *Life* a rivelare che il candidato alla presidenza della Corte Abe Fortas aveva accettato – benché anche restituito di lì a breve – un compenso di ventimila dollari da parte di un magnate della finanza successivamente condannato per illeciti di borsa. Non passò molto che il giudice fu condotto a rassegnare le sue dimissioni.

Qualche volta accade che il Senato sia davvero indolente: durante le audizioni davanti al Senato tenutesi nel 1986 per la nomina del giudice William Rehnquist al vertice della Corte Suprema, nessuno pensò di interrogarlo sul suo stato di salute, sui reiterati ricoveri in ospedale al fine di liberarsi dalla dipendenza da una droga utile al

lenimento dei dolori alla schiena. Quando Rehnquist entrò al George Washington Hospital nel 1981, il portavoce della clinica dichiarò che erano pregiudicate la sua «lucidità mentale» e la «capacità di esprimersi». Ma tutto quello che ne restò cinque anni dopo – con il che il Senato liquidò la questione – fu che tutto era dovuto ad una improvvisa prescrizione medica, e che il giudice godeva di buona salute:

In un'epoca in cui la prostata del Presidente viene scannerizzata in TV, non un solo membro del *Judiciary Committee* del Senato osò rivolgere al candidato alla presidenza della Corte la richiesta di qualche chiarimento verso il popolo americano su quanto gli fosse accaduto e di qualche prova che tutto stesse proseguendo per il meglio. [Totenberg, *The Confirmation Process and the Public: To Know or Not to Know*, p. 1218]

La pressione della stampa, allora, può fare la differenza nell'adempimento di una funzione che abbiamo cercato di dimostrare essere cruciale nell'iter di nomina dei giudici ma, più in generale, nei pesi e contrappesi che compongono il confronto tra maggioranze e minoranze.

Si tratta, in definitiva, di una degenerazione o di una esaltazione del dogma democratico? Certo, non tutto è buono, se si pensa alle dichiarazioni autopromozionali dei candidati, alle insistenze dei senatori a farli impegnare rispetto a ipotetiche sentenze future o alla pressione talvolta invadente dei *media*. Ma non è niente di fronte all'"educazione" che si riuscirebbe finalmente ad impartire al pubblico sul funzionamento di uno dei meccanismi più delicati dell'intera architettura istituzionale (Freund, *Appointment of Justices*, p. 1163). Non è l'ottimo, ma qualche volta la ricerca del meglio è nemica del buono.

Bibliografia

- Abraham (Henry J.), *Can President Really Pack the Supreme Court?*, in D. Grier Stephenson, Jr. (a cura di), *An Essential Safeguard. Essays on the United States Supreme Court and Its Justices*, New York, Westport, London, Greenwood Press, 1991;
- *Justices and Presidents. A Political History of Appointments to the Supreme Court*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992;
- Ackerman (Bruce A.), *Transformative Appointments*, in 101 «*Harvard Law Review*» 1164 (1988);
- Amar (Vik D.), *The Senate and the Constitution*, in 97 «*Yale Law Journal*» 1111 (1988);
- Amato (Giuliano), *Il dilemma del principio maggioritario*, in «*Quaderni costituzionali*», 2, agosto 1994, p. 176;
- Black, Jr., (Charles H.) *A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees*, in 79 «*Yale Law Journal*» 657 (1970);
- Carter (Stephen), *The Confirmation Mess*, in 101 «*Harvard Law Review*» 1185 (1988);
- Cox (Alexander), *The Warren Court. Constitutional Decision as an Instrument of Reform*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1968;
- Dahl (R. A.), *Quanto è democratica la Costituzione americana?* tr. it. di C. Paternò, Roma-Bari, Laterza, 2003;
- D'Amico (Marilisa), *Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense*, in Ruggieri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Atti del Seminario di Messina 7 e 8 Maggio 1993, Torino, Giappichelli, 1994;
- Douglas (William D.), *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, in Costantino Mortati, (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964;
- Easterbrook (Frank H.), *Ways of Criticizing the Court*, in 95 «*Harvard Law Review*» 802 (1982);
- *Agreement Among the Justices: An Empirical Note*, in «*The Supreme Court Review*» (1984), p. 389 e ss;
- Freund (Paul A.), *Appointment of Justices: Some Historical Perspectives*, in 101 «*Harvard Law Review*» 1146 (1988), p. 1161.
- Hamilton (Alexander), Madison (James), Jay (John), *Il Federalista*, tr. it. di Mario D'Addio e Guglielmo Negri, Bologna, Il Mulino, 1997;
- Kelman (Michael), *The Forked Path of Dissent*, in «*The Supreme Court Review*», 1985, pp. 227-297;
- Kornhauser (Lewis A.), Sager (Lawrence G.), *Unpacking the Court*, in 96 «*Yale Law Journal*» 82 (1986);
- Lodge (Henry C.), Redmond (C. F.) (a cura di), *Selections from the Correspondance of Theodore Roosevelt and Henry Cabot Lodge, 1884-1918*, New York, Scribner's, 1925;
- Monaghan (Henry Paul), *The Confirmation Process: Law or Politics?*, in 101 «*Harvard Law Review*» 1202 (1988);

Barbisan

- Pasquino (Pasquale), *Le autorità non elettive nelle democrazie*, «Il Mulino», n. 4, luglio-agosto 2001, p. 599;
- *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, in «Ratio juris», vol. XI, n. 1, marzo 1998;
- Tocqueville (Alexis de), *La democrazia in America* [1835-1840], tr. it. di Giorgio Candeloro, Milano, Rizzoli, 1994;
- Totenberg (Nina), *The Confirmation Process and the Public: To Know or Not to Know*, 101 «Harvard Law Review» 1213 (1988);

- ¹ Cfr. Benedetta Barbisan, *Alle origini del successo della Corte Suprema*, «Giornale di Storia costituzionale», n. 1/2001, pp. 109-126.
- ² Sulla possibilità di addivenire a decisioni coerenti da parte della Corte, considerata come «gruppo» e non come monolitico organo giurisdizionale, cfr. Bibliografia: L. A. Kornhauser e L. G. Sager, F. H. Easterbrook, M. Kellman.
- ³ Fino al 1929, la prassi era di discutere di tutte le candidature in sessioni segrete, a meno che il Senato, con il voto dei due terzi dei suoi membri espresso in una riunione anch'essa chiusa al pubblico, non avesse richiesto un dibattito aperto, il che accadde eccezionalmente solo nel 1916 per la designazione di Brandeis e nel 1925 per quella di Stone.
- ⁴ Ma, come per molti senatori che lo interrogarono, Bork potrebbe essere ricordato anche come colui che, al tempo dello scandalo Watergate, dopo il rifiuto dei suoi due diretti superiori – Elliot Richardson, l'allora ministro della giustizia che preferì dimettersi, e William Ruckelshaus –, licenziò lo «special prosecutor» Archibald Cox su ordine del Presidente Nixon, cui Cox aveva intimato di consegnare i nastri dei colloqui con i suoi collaboratori registrati negli uffici della Casa Bianca.
- ⁵ «Il fatto di essere investito da una responsabilità diretta e personale ispira all'uomo isolato un più vivo senso del dovere ed un più sensibile amor proprio. Per tutto

questo egli si sentirà vincolato da maggiori obblighi e, pertanto, indotto ad indagare con cautela ed attenzione tutte le qualità che sono indispensabili per ricoprire degnamente una determinata carica, preferendo, imparzialmente, coloro che hanno i requisiti più idonei per aspirarvi. [...] Una sola persona, ben orientata e con una determinata mentalità, non potrà venir confusa e sviata dalle molteplici opinioni, sentimenti ed interessi che intralciano e falsano così spesso le deliberazioni di organi numerosi» (*Il Federalista*, cit., n. 76, p. 611).

⁶ Inoltre, «chiunque si senta disposto a considerare la natura dell'uomo per quello che essa è, senza esaltarne le virtù o esagerarne i difetti, troverà ottime ragioni per confidare nell'onestà del Senato [...] l'imporre la necessità del concorso del Senato in materia di nomine rappresenta un controllo ed una remora notevole e salutare alla condotta del Presidente» (p. 615).

⁷ Salvo diversa indicazione, i dati statistici riportati in queste pagine ed i criteri di selezione dei candidati sono tratti da Henry J. Abraham, *Justices and Presidents*.

⁸ Si contano sei eccezioni, le più recenti delle quali quella dell'inglese George Sutherland e dell'austriaco Felix Frankfurter.

⁹ Il primo giudice di colore, Thurgood Marshall, fu nominato dal Presidente Johnson nel 1967, sostituito nel 1991 da Clarence Thomas, durante l'amministrazione del Presidente Bush, Sr.

- ¹⁰ Al 1991, sono diventati giudici sei cattolici e cinque ebrei.
- ¹¹ A tal riguardo, si segnala che, sino ad oggi, solo 31 Stati americani hanno avuto l'onore di vedere almeno uno dei loro cittadini tra gli scranni della Corte Suprema. Lo Stato più rappresentato è quello di New York (16), seguito dalla Virginia (10), dall'Ohio (9) e dal Massachusetts (8). Sei giudici sono andati a Pennsylvania e Tennessee; cinque al Kentucky e alla California; quattro a Georgia, Illinois, Maryland e New Jersey. Alabama, Connecticut e Carolina del Sud ne hanno avuti tre; Arizona, Iowa, Minnesota, Louisiana, Michigan, New Hampshire e Carolina del Nord due. Un solo giudice a Colorado, Indiana, Kansas, Maine, Mississippi, Missouri, Texas, Utah e Wyoming. Degna di menzione è la campagna di opposizione a tutte le designazioni alla Corte Suprema che il senatore democratico William Langer condusse a partire dal 1954 fino alla sua morte nel 1959 al fine di promuovere la nomina da sempre sperata – ed ancora disattesa – di un giudice del Nord Dakota.
- ¹² Oliver Wendell Holmes, Jr. (1902-1932) e William H. Moody (1906-1910).
- ¹³ *Mr. Justice Cardozo*, in «Harper's Magazine», giugno 1932, p. 34, citato in Henry J. Abraham, *Justices and Presidents*, cit., p. 206.
- ¹⁴ Ma, secondo Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker*, in «Journal of Public Law», VI, 1957, 2, pp. 285-

286. «la prospettiva politica dominante della Corte non è mai per troppo tempo in contrasto con la prospettiva politica dominante tra le maggioranze legislative degli Stati Uniti. Di conseguenza, sarebbe del tutto irrealistico supporre che la Corte sia in grado di porsi in alternativa con una qualsiasi delle più forti alternative perseguite dalla maggioranza legislativa per più che qualche anno al massimo. [...] Non ci si deve aspettare, dunque, se non remotamente, che la Corte riesca a bloccare una maggioranza legislativa determinata e persistente e che, invece, sia in grado molto più facilmente di avere successo contro una maggioranza "debole"; per esempio, una maggioranza spenta, o una temporanea, una fragile, o ancora una debolmente unita intorno ad una politica di importanza del tutto secondaria».

Prova ne sarebbe che, in tutta la storia della Corte, circa metà delle decisioni che ha reso hanno riguardato leggi federali entrate in vigore da non meno di quattro anni al momento della dichiarazione di incostituzionalità. Del resto, «la Corte finirebbe per pregiudicare la sua legittimità, se patentemente si opponesse alle politiche più importanti dell'alleanza dominante; questo genere di azioni, come abbiamo visto, è uno di quelli che la Corte è di norma tentata di intraprendere» (p. 293). A questo proposito, però, sorge il dubbio di che cosa si intenda per «volontà della maggioranza»: è certo vero che colpire con l'incostituzionalità leggi federali votate da oltre quattro anni significa non porsi nettamente in contrasto con la maggioranza in carica in quel momento come decisore politico

alternativo. Nondimeno, si potrebbe obiettare che forse ha qualche diritto ad essere chiamata «volontà della maggioranza» pure quella cristallizzata in leggi del passato – più o meno recente – che abbia resistito al succedersi di una varietà di legislatori. È più «volontà della maggioranza» quello che la maggioranza ha appena deciso o quello che si è conservato all'avvento di maggioranze diverse e che da tutte è stato evidentemente sottoscritto (basti pensare alla quantomeno ultradecennale legislazione penale contro l'aborto o quella ancora più longeva contro il suicidio assistito)?

¹⁵ A tal riguardo, si veda quanto riportato sulle audizioni in Senato del giudice Antonin Scalia in Nina Totenberg, *The Process and the Public*, cit., pp. 1218-1219.