

Alle origini del successo della Corte Suprema americana

BENEDETTA BARBISAN

1. *Il più debole fra i tre poteri*

Quando i Padri fondatori si trovarono a redigere l'articolo III della costituzione americana¹, avevano già dato il loro meglio nei primi due: il fatto è che avevano molta più familiarità con i poteri meramente politici piuttosto che con quello giudiziario. I legislatori delle colonie, infatti, erano stati tra i primi e più solerti apostati del governo inglese, e meritavano ogni accuratezza: 2279 parole per dettagliare con assoluta precisione le funzioni e le prerogative del Congresso.

Quanto alla figura del presidente, già è chiaro un calo d'attenzione – 1012 lemmi –, ma al tempo tutti erano perfettamente consapevoli – tranne probabilmente l'interessato – che George Washington sarebbe stato il primo a ricoprire la carica, e certo avrebbe saputo colmare le lacune con scrupolo e saggezza².

Fu così che all'articolo III restò lo spazio per 365 parole e niente più: questo a proposito dei tre «equal branches of government»³.

Nel testo così concepito nella sua versione definitiva, non un solo accenno venne riservato al sindacato di costituzionalità ed ai

¹ La traduzione della costituzione americana è quella tratta da P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee. Gli Stati di democrazia classica*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1980.

² A questo proposito, si ricordino le parole di Benjamin Franklin: «L'articolo più pericoloso è quello relativo al potere accordato al presidente del Congresso di comandare di persona gli eserciti, e più ancora la facoltà di continuare senza limiti di tempo. Se questa parte della costituzione non fosse presto riformata, i nostri discendenti potrebbero avere un motivo di lamentarsi di noi. [...] Per rimediarmi come si deve, ci vuole un'efficacia più che ordinaria. Questa idea è conforme all'esperienza generale. La nostra buona stella ci conserva un uomo la cui prudenza e virtù meritano la nostra fiducia. Il generale Washington è sano e robusto, e non ha più di cinquantacinque anni. Sarà difficile trovare negli Stati Uniti un solo voto che non sia per lui», in F. Mazzei, *Ricerche storiche e politiche sugli Stati Uniti dell'America Settentrionale* [1788] (trad. it. di B. Bagnato, E. Bellocchi, M. Candusio, S. De Vico, M.C. Lisi), Firenze, Ponte alle Grazie, 1991, p. 612.

³ La sollecitazione a considerare "statisticamente" il peso dei tre poteri dell'ordinamento americano viene da D.O. Dewey, *Truly the Weakest Branch: the United States Supreme Court, 1789-1803*, in R. Martucci (a cura di), *Constitution & Revolution aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776/1815)*, Macerata, Laboratorio di Storia costituzionale "Antoine Barnave", 1995, pp. 107 ss.

ARTICOLO III

Sezione 1. Il potere giudiziario degli Stati Uniti sarà affidato ad una Corte Suprema e a quelle Corti di grado inferiore che il Congresso potrà di volta in volta creare e costruire. I giudici della Corte Suprema e quelli delle Corti di grado inferiore conserveranno il loro ufficio finché non se ne renderanno indegni con la loro condotta (*during good behaviour*), e ad epoche fisse riceveranno per i loro servizi un'indennità, che non potrà essere diminuita finché essi rimarranno in carica.

Sezione 2. Il potere giudiziario si estenderà a tutti i casi, di diritto e di equità, che si presenteranno nell'ambito della presente Costituzione, delle leggi degli Stati Uniti e dei trattati stipulati o da stipulare, sotto la loro autorità; a tutti i casi concernenti gli ambasciatori, gli altri rappresentanti diplomatici ed i consoli; a tutti i casi che riguardino l'ammiragliato e la giurisdizione marittima; alle controversie tra due o più Stati, tra uno Stato e i cittadini di un altro Stato, tra cittadini di Stati diversi, tra cittadini di uno stesso Stato che reclamino terre in base a concessioni di altri Stati, e tra uno Stato o i suoi cittadini e Stati, cittadini o sudditi stranieri.

In tutti i casi che riguardino ambasciatori, altri rappresentanti diplomatici, o consoli e in quelli in cui uno Stato sia parte in causa, la Corte Suprema avrà giurisdizione d'appello, sia in diritto che in fatto, con le eccezioni e le norme che verranno fissate dal Congresso.

Il giudizio per tutti i crimini, salvo nei casi di accusa mossa dalla Camera dei Rappresentanti, dovrà avvenire mediante giuria; e tale giudizio sarà tenuto nello Stato dove detti crimini siano stati commessi; quando il crimine non sia stato commesso in alcuno degli Stati, il giudizio si terrà nel luogo o nei luoghi che saranno stati designati per legge dal Congresso.

[*omissis*].

contestuali rapporti che la Corte Suprema avrebbe dovuto intrattenere con gli altri poteri. Quanto l'Articolo III prevede riguarda la giurisdizione delle corti inferiori che il Congresso di volta in volta istituisce ed organizza e quella della Corte Suprema, la quale, eccezion fatta per i casi relativi ad ambasciatori, ad alti rappresentanti diplomatici o a consoli, o a quelli in cui uno Stato sia parte in causa, è sempre giurisdizione d'appello. In questa prospettiva, accadde che, nel mentre se ne meditavano le prerogative, la Corte Suprema venisse pensata già come un'istituzione debole, del tutto residuale nel nuovo panorama costituzionale.

Malgrado la concisione del testo, però, e l'assenza in esso di ogni riferimento al sindacato di costituzionalità, un sistema di giustizia costituzionale è stata sin dal principio logica implicazione dell'intero impianto istituzionale: «è inevitabile supporre [...] che debba esistere in qualche luogo l'autorità di interpretare questo strumento capace in quattromila parole – a cui un secolo e mezzo di storia, in via di emendamento, ne ha aggiunte solamente una metà – di sostenere l'intera struttura costituzionale e di definire i poteri delle istituzioni federali. È difficile immaginare come le norme contenute in un documento vecchio di centocinquanta anni avrebbero potuto essere ancora vive in mancanza di una istituzione permanentemente volta all'aggiornamento delle disposizioni costituzionali e al controllo della loro applicazione odierna»⁴.

La tacita previsione di un meccanismo di giustizia costituzionale non rispondeva solo all'esigenza di un aggiornamento del testo che, fisiologicamente, si fa vecchio a cospet-

⁴ R.H. Jackson, *The Supreme Court in the American System of Government*, Cambridge (Boston Ma.), Harvard University Press, 1955, p. 23, p. 26.

to delle rivendicazioni da parte delle nuove generazioni. Se, al principio, i fondatori dubitarono dell'effettiva utilità di un catalogo dei diritti da accludere alla costituzione, era perché sapevano che non sarebbe bastato di per sé a garantire per davvero il rispetto delle libertà individuali: nessuno poteva assicurare, mediante la sola elencazione dei diritti riconosciuti ai cittadini, che il governo avrebbe realmente tenuto fede alle disposizioni ratificate e si sarebbe tenuto lontano da ogni potenziale deriva illiberale. In fondo, si può condurre il mulo alla fonte, ma chi lo costringerà a bere?

Ecco perché «la separazione dei poteri come ordine costituzionale sembra essere stata concepita precisamente perché attendersi che un qualsiasi catalogo di diritti individuali potesse bastare di per sé a garantirne il rispetto da parte del governo, fino a scongiurare ciò che i costituenti definirono "tiranìa", era ritenuto del tutto irrealistico»⁵.

In questo stato di cose, l'autentica forza della Corte Suprema stava, dunque, proprio nell'indispensabilità di un sistema di giustizia costituzionale che, seppur non espressamente dettagliato, si dava per presunto a fronte di una lettura sistematica della costituzione. Diversamente, «senza un sistema di giustizia costituzionale qualsiasi catalogo dei diritti sarebbe rimasto un semplice pezzo di carta»⁶. Come ebbe modo di notare William Brennan, giudice dimissionario della Corte Suprema, «per più di centocinquanta anni la Corte [...] si è defilata dalla applicazione dei diritti tutelati dalla costituzione, e dunque un catalogo dei diritti non rappresenta di per sé una garanzia sufficiente per la libertà e per gli stessi diritti»⁷.

In ogni caso, l'incuranza con cui venne compilato l'articolo III tradisce non solo il maggior credito istituzionale riservato agli

altri poteri dello Stato a detrimento del terzo, ma il placido assunto per cui dal potere giudiziario, e segnatamente dalla Corte Suprema federale, mai sarebbero potute giungere serie minacce all'agile equilibrio teso fra i tre poteri costituzionali⁸: in effetti, la Corte Suprema ha impiegato i suoi più intensi sforzi, almeno nei primi decenni, a difendere la propria indipendenza e l'integrità delle sue funzioni dagli assalti di Congresso, presidente e Stati nazionali, anziché ad affondare i modesti ramponi nei corpi altrui.

Ma certo è che niente si è allontanato di più da questo disegno primordiale, da questo esordio in sordina, del cammino condotto dalla Corte Suprema da allora in avanti: la sua attività si è così costantemente intensificata, articolandosi come i Costituenti mai avrebbero immaginato, da capovolgere quasi il gioco dei pesi e contrappesi a garanzia della separazione dei poteri. Tanto che, piuttosto che quelli della balena bianca, in molti casi oggi la Corte Suprema veste forse meglio i panni del capitano Achab. Come ebbe modo di notare il presidente

⁵ A. Rapaczynski, *From Sovereignty to Process: the Jurisprudence of Federalism after Garcia*, «The Supreme Court Review», 1985, pp. 373-74.

⁶ G. Buttà, *The Idea of Natural Law in America at the Time of the Revolution*, in R. Martucci (a cura di), *Constitution & Revolution*, cit., p. 46.

⁷ W. Brennan, *The Supreme Court and First Ten Amendments*, in «Dialogue», vol. 88, 2, 1990 (ripreso da G. Buttà, cit., p. 47).

⁸ A questo proposito, A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista* [1788] (trad. it. di M. D'Addio e G. Negri), Bologna, Il Mulino, 1997, n. 78, p. 623: «il potere giudiziario è, senza paragone alcuno, il più debole dei tre poteri dello Stato: [...] esso non potrà mai attaccare con qualche successo uno degli altri due; [...] è invece necessario prendere ogni possibile precauzione affinché esso sia messo in grado di difendersi contro i possibili attacchi. Ne discende inoltre che, anche se talora le Corti di giustizia potessero ledere i diritti di singoli cittadini, esse non potrebbero mai, comunque mettere a repentaglio la libertà del popolo tutto».

Truman in merito alla netta emancipazione della Corte dagli altri poteri. «ingabbiare la Corte Suprema, semplicemente non si può fare [...]. Ci ho provato e non funziona [...]. Quando metti un uomo alla Corte Suprema, smette di essere tuo amico»⁹.

Uno dei conduttori di tanta inesausta energia è stato senza dubbio il XIV Emendamento, ratificato nel 1868 a conclusione della Guerra Civile: le interpretazioni che la Corte ha reso nel tempo del valore di «liberty» della *Due Process Clause* ne hanno sensibilmente accresciuto il potere di censurare atti normativi federali e statali, vincolando strettamente ai suoi responsi l'attività legislativa del Congresso e soprattutto dei parlamenti statali.

Attraverso questo lavoro, la Corte è riuscita a scrivere pagine fondamentali della storia degli Stati Uniti: in tanto il XIV Emendamento ha consentito che «i più importanti principi di libertà riconosciuti in una parte del paese [venissero] rispettati anche in tutte le altre parti»¹⁰, in quanto la Corte Suprema ha dato voce ad una clausola di principio che, diversamente, sarebbe rimasta muta — tantomeno sarebbe bastata a cambiare il volto del paese —, edificando strato su strato un concetto di «liberty» ricco, duttile e moderno, in grado di tener fede alla promessa di libertà che la costituzione incarna¹¹, mantenendola giovane¹², avviandola ad accostarsi all'immortalità¹³. Nel contempo, tale lungo processo di formazione ha plasmato il profilo di una istituzione finalmente matura, consapevole del proprio ruolo, certo molto meno debole nel contesto costituzionale di come la si fosse originariamente prefigurata.

Nei paragrafi che seguiranno, tenderemo di mostrare per brevi cenni come, oltre alla laconicità del testo costituzionale, la cultura

del tempo, la struttura ed il *modus operandi* della Corte Suprema ne decretarono, almeno agli esordi, il carattere fragile e, nel complesso, un debutto in tono minore nella vita istituzionale del paese appena avviata. Come vedremo, però, trascorsi i primi decenni più incerti, la storia della Corte Suprema prese l'abbrivio, riservandole una considerevole correzione di rotta ed un contestuale potenziamento delle competenze.

2. Padri fondatori e sindacato di costituzionalità

Si è già notato che il testo costituzionale non contempla per nulla il sindacato di costituzionalità. Tuttavia, questo non significa che la cultura politica del tempo non avesse mai riflettuto sulla necessità di un sistema di giustizia in difesa dei valori cristallizzati nella costituzione: il dibattito costituente e l'opinionistica in materia, infatti, non furono del tutto digiuni del concetto di giustizia costituzionale.

Basterebbe ricordare quanto sul punto ebbe modo di scrivere ai cittadini di New York Alexander Hamilton: «una costituzione rigida richiede in modo particolarissimo che le Corti di giustizia siano indipendenti in maniera assoluta. Per costituzione rigida intendo riferirmi a quel tipo di costituzione che prevede delle specifiche limitazioni al

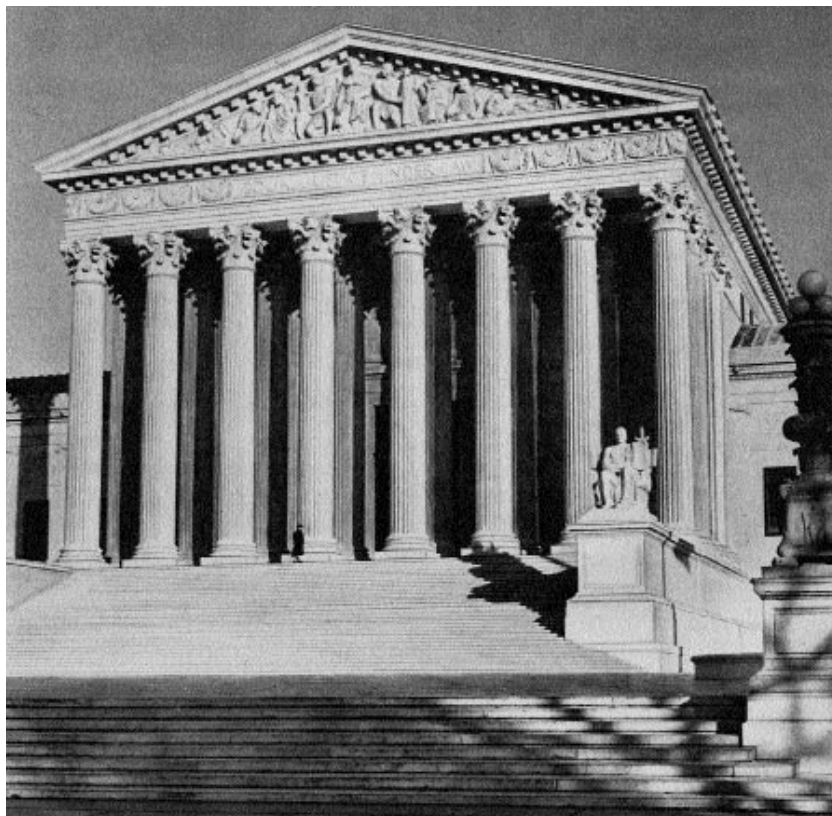
⁹ H. Truman, *Lecture at Columbia University*, 28 aprile 1959 (cit. da P. Bianchi, *Giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, I.p. 27).

¹⁰ R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (trad. it. di C. Bagnoli), Milano, Edizioni di Comunità, 1994, pp. 83-84.

¹¹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹² S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 6 «Harvard Law Review» 5, dicembre 1890, pp. 193 ss.

¹³ *Olmstead v. USA*, 277 U.S. 438 (1928).



La Corte Suprema degli Stati Uniti

potere legislativo quali, ad esempio, che esso non possa deliberare *bills of attainder* [leggi restrittive dei diritti civili], né leggi *ex post facto* [leggi retroattive] ed altre consimili. Le limitazioni del genere non possono in pratica ottenersi che facendo uso delle Corti di giustizia, il cui compito sarà quello di dichiarare nulli tutti gli atti contrari all'evidente intendimento della costituzione. Senza di ciò tutte le riserve di particolari diritti o privilegi non avrebbero più alcun valore»¹⁴.

A favore di questa argomentazione, peraltro, si impone alla nostra analisi anche un altro forte elemento di prova. Si tratta della proposta avanzata alla Convenzione costituzionale

¹⁴ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, cit., n. 78, p. 624. Inoltre vi si legge: «l'interpretazione delle leggi è compito preciso e specifico delle Corti. Una costituzione è, in effetti, e così deve essere considerata dai giudici, una legge fondamentale. Spetta pertanto a loro precisarne i veri significati, così come le conseguenze specifiche di ogni atto che provenga dagli organi legislativi» (p. 625).

di Philadelphia per mano di James Madison e, in particolare, delle considerazioni opposte durante il dibattito alla sua ratifica.

Madison suggerì l'istituzione di una consulta — detta *Council of revision* — in cui potere esecutivo e potere giudiziario amministrassero congiuntamente un relativo potere di veto sulla legislazione federale ed un'azione di consulenza nell'adozione di leggi statali. Il problema era che, una volta liberatisi della Corona, la più seria minaccia alle proporzioni istituzionali garantite dalla separazione dei poteri non si incarnava più nella potenziale invadenza di quello esecutivo nelle competenze degli altri poteri, bensì nell'esuberanza del legislatore. Non che dovesse essere l'esito della perversa gestione del potere da parte degli eletti al Congresso, ma proprio in ragione della loro investitura a parlare in nome del popolo, della rappresentanza dalla cui attribuzione esecutivo e giudiziario erano di fatto esclusi, la prima apprensione doveva tradursi in un confinamento delle prerogative del potere legislativo. A questo scopo, apparire le armi sembrava un brillante rimedio.

I delegati, però, non furono tutti così incondizionatamente entusiasti: oltre alle perplessità intorno al contributo scarsamente decisivo che, per sua natura, il potere giudiziario avrebbe potuto versare al procedimento di formazione della legge, sospettavano che, una volta coinvolto nell'adozione dei testi normativi, quello giudiziario non sarebbe più stato in grado di sindacarne la costituzionalità. «I giudici dovrebbero rimanere liberi di "interpretare la legge quando dovesse essere sottoposta al loro sindacato, sciolti dal pregiudizio di aver partecipato alla sua formazione"»¹⁵.

Contrariamente ad una accreditata mitologia invalsa nella storia costituzionale ame-

ricana, è dunque possibile riconoscere già durante i lavori della Convenzione di Philadelphia una sorta di teoria della giustizia costituzionale condivisa almeno da una parte dei delegati. Tuttavia, se mai i Padri fondatori avevano pensato di attribuire alle corti un sindacato costituzionale, di certo lasciarono che i giudici lo scoprissero da soli. Nel testo non restò traccia di come i giudici avrebbero potuto dichiarare l'incostituzionalità delle leggi, né se ne tornò a parlare dopo la ratifica della costituzione da parte degli Stati membri.

3. *Parole che forgiarono le istituzioni*

Con il varo della costituzione alla fine del Settecento, gli americani credettero di assistere ad una sorta di autentico miracolo, cui, pare, tributarono un incondizionato entusiasmo¹⁶. Per la prima volta nella storia moderna, infatti, le parole forgiavano le istituzioni, pagine vergate di pugno da uomini davano forma al governo, come una promessa parlavano alle generazioni future: «dopo che la nostra costituzione prese a funzionare a pieno regime, sembrava come se avessimo inventato una macchina in grado di procedere per conto suo»¹⁷.

¹⁵ J.N. Rakove, *Separated Powers in the American Federal System*, in R. Martucci (a cura di), *Constitution & Revolution*, cit., p. 104.

¹⁶ Sul punto, si veda E.S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, in «Harvard Law Review», vol. 42, n.2, 1928, pp. 149 ss.: «La Riforma pose in luogo di un Papa infallibile una Bibbia infallibile; la rivoluzione americana ha sostituito il dominio di un re con quello di un documento scritto».

¹⁷ L. H. Tribe, M.C. Dorf, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Ma., Londra, Harvard University Press, 1991, p. 9 (la citazione è a sua volta tratta da M. Kammen, *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*, New York, Knopf, 1986, p. 125).

L'idea di un governo davvero libero solo nella misura in cui conosca i limiti imposti da una legge superiore, in definitiva la supremazia del diritto sul potere¹⁸, si presentava certamente agli occhi dei contemporanei come la conquista più rivoluzionaria dell'impresa costituzionale americana:

il popolo, dopo aver esercitato la sovranità, si assoggettava al governo; dopo aver fatto la legge, si sottometteva ad essa; di propria volontà accettava certe limitazioni, ma, nello stesso tempo, ne imponeva al governo. Ogni governo era limitato, ogni pubblica autorità doveva essere esercitata nei limiti consentiti dalla costituzione e dai diritti dichiarati¹⁹.

Nella stessa codificazione dei diritti fondamentali soffiava il respiro di profonda innovazione. Al tempo in cui erano ancora colonie, gli americani erano persuasi che i diritti dei cittadini inglesi fossero i diritti dell'umanità. Ma, dopo l'abiura al re, cessando per sempre di essere inglesi, «furono costretti a trovare un'altra giustificazione teorica meno etnocentrica o puramente storica. Chiamarono quindi i loro diritti i diritti dell'uomo [...]. I diritti erano rivendicati appellandosi alla condizione di esseri umani [...]. Anche la forma divenne più concreta, meno speculativa e metafisica, più precisa e puramente legale»²⁰.

Agli albori della stagione costituzionale, dunque, si riconosceva nella costituzione appena inaugurata un universo di valori compiutamente espressi ed indefettibilmente custoditi, un congegno cui non occorre alcuna manutenzione per funzionare nel tempo. Del resto, «una caratteristica fondamentale dell'America è di tendere a un ideale esistenziale probabilmente irraggiungibi-

le, ma altresì irrinunciabile [...]. L'America è una costruzione della mente»²¹.

È assai verosimile che questa sensibilità capillarmente avvertita nel paese a leggere nella nuova costituzione quasi il segno di un prodigio, l'alta stima nelle sue qualità, abbiano sin da subito riservato alla Corte Suprema un ruolo comprimario nel panorama istituzionale: a che cosa dovrebbe servire un Dio dei giorni feriali pronto ad intervenire ripetutamente di fronte alle irregolarità della sua creatura per ricalibrarne i congegni, se si tratta di un meccanismo che regolarmente va da sé? In qualche misura, alla Corte Suprema sembrava spiegarsi davanti un lungo giorno di riposo...

Non si riposavano granché, però, i giudici della Corte Suprema: benché raramente convocati all'espletamento della loro funzione e sostanzialmente inattivi — non fu per accidente che, nei primi tre anni di lavoro, la Corte non decise neppure un caso — erano tuttavia uomini davvero molto occupati. Con il *Judiciary Act*²² del 1789, infatti, il Congres-

¹⁸ In questo senso, G. Abbattista, *La rivoluzione americana*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 61: «Il fatto è che il concetto stesso di "governo della legge" aveva ormai assunto due diversi significati sulle opposte sponde dell'Atlantico. In Inghilterra, con una metamorfosi semantica rispetto alla tradizione seicentesca del *common law*, esso era finito per coincidere con l'idea di "adesione al comando del potere legislativo", divenuta poi corrente nella Gran Bretagna ottocentesca. In America, invece, quel concetto, coerentemente con l'antico costituzionalismo dei *common lawyers*, continuava a indicare piuttosto la supremazia del diritto sul potere: da questo punto di vista la rivoluzione americana fu una lotta in difesa della supremazia del diritto e della sua piena assunzione all'interno della tradizione politico-costituzionale americana».

¹⁹ R.R. Palmer, *L'era delle rivoluzioni democratiche* (trad. it. di A. Castelnovo Tedesco), Milano, Rizzoli, 1971, p. 239.

²⁰ *Ibidem*, pp. 261-62.

²¹ R. Hughes, *La cultura del piagnisteo. La saga del politicamente corretto* (trad. it. di M. Antonielli), Milano, Adelphi, 1994, p. 28.

²² 1 Stat. 73 (1789).

so aveva istituito le corti inferiori, strutturando il sistema su tre livelli. Il territorio dell'Unione venne diviso in tre circuiti giudiziari, complessivamente articolati in tredici distretti, per ognuno dei quali era prevista una *circuit court*. La legge imponeva che ciascuna di esse fosse presieduta da un giudice distrettuale e da due giudici della Corte Suprema, obbligati a riunirsi almeno due volte l'anno.

In questo stato di cose, non è probabilmente troppo difficile immaginarsi il *ménage* dei giudici: viaggiare da New York o da Philadelphia o da Washington fino agli estremi della Georgia o del Maine significava al tempo percorrere zone ancora selvagge; alcuni giudici impiegavano fino a nove mesi all'anno per gli spostamenti da una corte all'altra, ridotti ad uno stile di vita tipico più di un postiglione che di un funzionario di Stato. Assorbiti quasi totalmente dalle trasferte presso le corti locali, come avrebbero potuto evitare di lasciare per così tanto tempo vuoto il proprio sedile alla Corte Suprema?

Dunque, al di là della fragilità che le derivava dal clima culturale e dagli elementi testuali, la Corte Suprema soffriva di un limite strutturale, rigidamente relato alla sua composizione ed alle modalità di riunione dei suoi giudici: semplicemente erano logisticamente impediti. Se, per un verso, il servizio prestato dai giudici della Corte Suprema favorì la reale condivisione della costituzione come legge fondamentale in tutto il territorio americano – risultato che mai si sarebbe raggiunto attraverso un'amministrazione della giustizia da parte dei soli giudici locali, privi del supporto di un'autorità federale – tuttavia il seggio alla Corte Suprema non poteva certo dirsi troppo ambito da giovani *leaders* politici e da rampanti uomini di legge.

4. Corte Suprema come giudice d'appello

La prima pronuncia davvero significativa nella storia della giurisprudenza della Corte Suprema come giurisdizione d'appello – non ancora come giudice costituzionale – risale al 1793. Si trattò di un'esperienza altamente istruttiva, non foss'altro perché di lì a breve la decisione si rivelò uno dei più cocenti errori di autovalutazione compiuti nella sua ancor breve vicenda: aveva, infatti, la Corte Suprema il potere di sancire un diritto, se non era contestualmente in grado di renderne efficaci i mezzi di tutela?

Nella sentenza *Chisholm v. Georgia*²³, un cittadino della Carolina del Sud portò in giudizio lo Stato della Georgia per il pagamento di un debito di settantamila dollari a seguito della vendita di suppellettili belliche, con riferimento alla previsione costituzionale per la quale «il potere giudiziario si estenderà [...] alle controversie [...] tra uno Stato e i cittadini di un altro Stato»²⁴.

Al tempo, a tre anni dal suo insediamento, la Corte Suprema era composta da cinque giudici: John Jay, William Cushing, James Wilson, John Blair e James Iredell.

Secondo la tradizione inglese, nel decidere il caso i giudici esposero le loro opinioni *seriatim*, ossia uno alla volta. Non era ancora venuta in uso presso la Corte, infatti, la convenzione di rendere note le decisioni mediante un'opinione corale ed un unico dispositivo cui avesse aderito la maggioranza dei giudici. Questo sistema, sebbene accordasse in ogni caso agli attori ed ai convenuti di conoscere l'esito della controversia, non consentiva una apprezzabile forma di pubblicità delle sentenze della

²³ 2 U.S. 419 (1793).

²⁴ Articolo III, Sezione 2.

Corte, tantomeno delle logiche argomentative di norma applicate nella risoluzione dei casi. Non può certo dirsi, quindi, che tale prassi agevolasse i tentativi della Corte di definire la propria identità istituzionale, né che ne accrescesse l'autorevolezza nella percezione comune.

Iredell, il primo a parlare, negò che la Corte avesse giurisdizione nei casi in cui una delle parti convocate fosse uno Stato federato: senza un'esplicita autorizzazione da parte del Congresso, riteneva contestabile e pericoloso l'esercizio di tale competenza. Solamente «con l'appoggio del legislatore il potere giudiziario [avrebbe potuto] rischiare senza tema di incorrere nella collera di uno Stato»²⁵.

In generale, tutti gli altri si volsero in altra direzione, fino a mettere in minoranza Iredell. Wilson concluse che uno Stato rimane sempre un'entità artificiale: è in grado di acquisire proprietà, di contrarre debiti, di vincolarsi attraverso la stipula di contratti, ma resta in ogni caso un ente astratto, non una creatura viva che goda di speciali franchigie di fronte alla giustizia.

Infine Cushing, che riconobbe nella costituzione il potere della Corte di dirimere controversie tra privati e Stati, invitò il Congresso ad emendare la costituzione nel caso giudicasse troppo ardita la sentenza.

Ma l'opinione più interessante si rivela, a posteriori, quella del *Chief Justice* Jay: l'idea che gli Stati federati potessero sottrarsi dall'onore dei debiti contratti con singoli cittadini avrebbe creato dal suo punto di vista un malaugurato precedente, finendo per deteriorare anche i rapporti con i paesi esteri creditori. L'insolvenza rischiava di valicare le frontiere del paese, pregiudicando il prestigio internazionale che gli Stati Uniti cercavano di consolidare.

Se la *raison d'état* costituiva il tema più persuasivo dell'opinione di Jay, le sue argomentazioni erano afflitte da un'incongruenza di fondo. Secondo l'articolo III della costituzione, la giurisdizione della Corte Suprema si estende «alle controversie in cui gli Stati Uniti siano parte in causa». Secondo Jay, avallare il ricorso di privati cittadini contro Stati membri non significava, però, ammettere anche quello contro gli Stati Uniti, dal momento che, in tal caso, sarebbe mancata la capacità di portare ad esecuzione le decisioni della stessa Corte Suprema, necessariamente affidate ad organi federali.

Sulla stessa onda di Jay, nelle critiche alla *Chisholm* vennero spesso ricordati perplessità e dubbi espressi a suo tempo da Hamilton a proposito della reale forza delle decisioni della Corte Suprema:

a che scopo autorizzare la celebrazione di processi contro gli Stati inadempienti in materia di debiti pubblici? Come costringerli a pagare tali debiti? È ovvio che ciò non potrebbe avvenire altrimenti che dichiarando guerra allo Stato inadempiente. Ora l'ascrivere, implicitamente, alle Corti federali, in piena deroga di un diritto già acquisito dagli Stati, un potere che potrebbe portare a simili conseguenze, mi sembra una supposizione forzata e degna di poca fede²⁶.

Ancora, in un passo diverso del *Federalist*, Hamilton aveva scritto che, a differenza sia del legislativo che dell'esecutivo, «il giudiziario [...] non può influire né sulla spada né sulla borsa, non può dirigere né la forza né la ricchezza della società e non può addivenire

²⁵ J.V. Orth, *The Judicial Power of the United States. The Eleventh Amendment in American History*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 14.

²⁶ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, cit., n. 82, p. 649.

ad alcuna decisione veramente risolutiva. Si può, a ragione, dire che esso non ha *forza né volontà*, ma soltanto giudizio e dovrà ricorrere all'aiuto del governo perfino per dare esecuzione ai propri giudizi»²⁷.

In conclusione, la sentenza stabilì il diritto di privati cittadini a ricorrere davanti alla Corte Suprema contro Stati membri diversi dal proprio, ma non anche contro lo Stato federale. Il Congresso reagì approvando immediatamente l'XI Emendamento, secondo cui solamente agli Stati era concesso di condurre in giudizio i cittadini di Stati diversi, senza alcuna reciprocità. Fu così dimostrato che le armi squisitamente dialettiche della Corte Suprema erano davvero spuntate, una volta private del contributo degli altri poteri a rendere efficaci le sue decisioni.

5. *Marbury v. Madison*.

Il caso *Marbury v. Madison*²⁸ è comunemente noto come l'atto di nascita della giustizia costituzionale statunitense.

Accadde che, tre settimane prima della scadenza del suo mandato, nel tentativo di rendere più appetibili le cariche giudiziarie e, nel contempo, di riuscire a collocare i federalisti sconfitti alle elezioni del 1800, il presidente John Adams mettesse mano ad una riforma giudiziaria per l'instaurazione di nuovi giudici federali distrettuali di prima istanza. Il progetto intendeva istituire sei nuove *circuit courts* e, contestualmente, sedici nuovi giudici accompagnati dal rispettivo staff. Ma alcuni degli atti di nomina, firmati poco prima della mezzanotte dell'ultimo giorno di permanenza in carica, non riuscirono mai a giungere a destinazione.

Quando Thomas Jefferson succedette ad Adams, tentò di ostacolare l'informata di giu-

XI EMENDAMENTO

Il potere giudiziario federale degli Stati Uniti non potrà essere chiamato a decidere in qualsivoglia processo, di diritto o di equità, iniziato o perseguito contro uno degli Stati Uniti da cittadini di un altro Stato o da sudditi di un qualsiasi Stato estero.

dici programmata dal suo predecessore. I democratici eletti al Congresso nell'autunno del 1800 si insediarono solo nel dicembre del 1801, giungendo all'abrogazione del *Judiciary Act* federalista del 1801 solo nel marzo 1802. Nel frattempo, allo scopo di ritardare eventuali ricorsi presso la Corte Suprema, mediante il *Circuit Court Act*, adottato nell'aprile successivo, tramutarono le due sessioni annuali di lavori della Corte Suprema in un'unica sessione di quattro settimane. Il provvedimento avrebbe così assicurato al Congresso un vantaggio di quasi un anno, almeno fino alla riunione della sessione seguente, nel febbraio 1803.

Il giudice William Marbury era tra coloro cui la notifica di nomina, firmata (*signed*) dal Presidente e sigillata (*sealed*) dal Segretario di Stato, non era mai pervenuta (*delivered*). Egli inoltrò presso la Corte Suprema, presieduta da John Marshall, la richiesta per un *writ of mandamus*, ossia per un'ingiunzione volta ad obbligare il Segretario di Stato in carica, John Madison, a perfezionarne l'atto di nomina e a consentirne l'insediamento.

I giudici della Corte Suprema si trovavano al cospetto di un'alternativa assai scomoda: nel caso in cui avessero intimato al Segretario di Stato di procedere, come avrebbero

²⁷ *Ibidem*, p. 623.

²⁸ Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

potuto costringerlo ad eseguire l'ordine? «Non ci sarebbe modo di far valere il comando [impartito dalla Corte Suprema]. Imporre [le sue decisioni] era compito del potere esecutivo»²⁹. Per converso, se avessero respinto le ragioni di Marbury, sarebbe serpeggiato il sospetto di prona condiscendenza al regime del presidente, cui il *Chief Justice* era peraltro legato dalla comune militanza nel partito democratico.

L'abilità del giudice Marshall stette, per così dire, nel congegnare salomonicamente una terza via, disobbligandosi dall'ingerenza politica degli altri poteri: poiché la costituzione prevedeva che, salve le eccezioni elencate all'articolo III, la Corte Suprema avesse sempre giurisdizione d'appello, affiorava un'antinomia con quanto disposto dalla Sezione 13 del *Judiciary Act* in merito alla competenza della Corte a spiccare *writ of mandamus* in prima istanza. Al cospetto di tale incongruenza, mediante una pronuncia che raccoglieva l'unanimità dei consensi dei giudici, Marshall dichiarò che

è compito e dovere rigoroso del potere giudiziario dichiarare la volontà della legge. Coloro che applicano una norma legislativa a casi particolari debbono necessariamente esaminarla ed interpretarla. [...] Se allora le Corti debbono tenere conto della costituzione, e se la costituzione è superiore ad ogni atto ordinario del potere legislativo, la costituzione, e non l'atto ordinario, deve essere applicata nei riguardi del caso cui entrambi si riferiscono³⁰.

Così, nella fedeltà alla costituzione, la Corte negò che il caso rientrasse nella sua giurisdizione e si astenne dal decidere.

La soluzione con la quale Marshall si trasse d'impaccio coincise con la primigenia codificazione del concetto di *judicial restraint*:

«quando si è fuori della giurisdizione della Corte, la procedura normale è di dichiararlo sin dal principio e di non aggiungere nulla nel merito del caso»³¹. Egli comprese che solo in questa maniera – liberando delle contaminazioni di natura politica l'attività giurisdizionale, enfatizzando le peculiarità di un giudizio che, diversamente, avrebbe rischiato con estrema facilità di confondersi con altre prerogative attinenti l'esercizio di poteri diversi da quello giudiziario – si sarebbe rinvigorito il prestigio di una istituzione che, capace appunto di controllare «neither the purse nor the sword», si lega strettamente all'autorevolezza in prospettiva delle proprie decisioni³².

In questa direzione, peraltro, è da segnalare l'assoluta novità, almeno sino a quel momento, dell'unanimità con cui la decisione della Corte fu assunta, e, in particolare, della forma che essa rivestì: si trattava, infatti, di un'unica «*opinion of the Court*», mediante la quale la Corte, o una sua maggioranza, poteva vantare verso l'esterno l'inedito carisma di un organo istituzionale che, una volta in grado di esprimersi ad una sola voce, si dimostrava qualcosa di più che un insieme di giudici³³.

²⁹ J.V. Orth, *The Judicial Power*, cit., p. 33.

³⁰ La traduzione è tratta da P. Bianchi, *Giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., p. 9.

³¹ D. O. Dewey, *Truly the Weakest Branch*, cit., p. 118.

³² A questo proposito, si veda A. Cox, *The Role of the Supreme Court in the American Government*, Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 103: «quando amministra la giustizia costituzionale, il potere giudiziario dipende esclusivamente dal potere della sua autorevolezza; ed il convincimento sulla legittimità delle sue decisioni è pertanto questione primaria. Le sue pronunce si scontrano con interessi forti. Gli argomenti trattati ridestano le più radicate passioni politiche. Benché le corti non abbiano il controllo della borsa né della spada, le loro decisioni spesso contrastano con l'esecutivo, mettono da parte il volere del Congresso, ed impartiscono ordini ad uno Stato membro».

³³ Così U. Mattei, *Il modello di «common law»*, Torino, Giapichelli, 1996, p. 71.

A partire da questa sentenza, inoltre, nella quale fu elaborata la dottrina della supremazia della costituzione, prese avvio il sistema di giustizia costituzionale americano, caratterizzato a tutt'oggi, diversamente dalla gran parte delle esperienze europee contemporanee, da un controllo diffuso: come è noto, infatti, esso in primo luogo comporta la disapplicazione della legge ritenuta incostituzionale da parte di tutti i giudici nell'ambito di giudizi comuni. Secondo tale modello, la dichiarazione di incostituzionalità ha valore solo *inter partes*, vale a dire limitatamente alla risoluzione della controversia in corso. Dal momento che nei giudizi comuni si dirimono questioni attinenti i diritti delle parti in conflitto, la disapplicazione della legge per vizio di costituzionalità e la contestuale dichiarazione di nullità (*void*) si traduce nella difesa di uno dei diritti individuali coinvolti. In queste circostanze, sarà la stessa costituzione ad essere direttamente applicata, prevedendone una efficacia diretta, quale vera e propria legge³⁴.

6. Il XIV Emendamento

Il catalogo dei diritti annessi alla costituzione nel 1791 attraverso il *Bill of Rights* aveva avuto lo scopo di scongiurare che le libertà dei cittadini – i quali, sino al momento del varo di quella federale, avevano vissuto all'ombra sicura delle sole costituzioni statali – potessero essere significativamente ridimensionate sotto i colpi arbitrariamente inferti dalle istituzioni federali³⁵.

A Guerra Civile conclusa, gli americani compresero che la minaccia ai diritti individuali non si nascondeva solamente tra gli scranni del Congresso: gli Stati ribelli del Sud avevano dato prova che uguaglianza e libertà

XIV EMENDAMENTO

Sezione 1. Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale (*without due process of law*), né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi (*the equal protection of law*).
[omissis].

non erano patrimonio comune in tutti i territori dell'Unione.

La ratifica del XIV Emendamento, avvenuta nel 1868 al termine dei sanguinosi combattimenti interni, ebbe il senso di condizionare al rispetto della vita, della libertà e della proprietà dei cittadini e alla tutela equanime della legge la riammissione entro l'Unione degli Stati secessionisti. La Sezione 1 dell'emendamento dispone che gli Stati membri non limiteranno il godimento di questi diritti individuali se non mediante atti rigidamente adottati secondo un dovuto procedimento formale, nel rispetto delle costituzionali garanzie in esso contemplate.

Sia da parte del Congresso che la approvò, che della Corte Suprema che si trovò a doverla applicare, in principio tale clausola

³⁴ A tal riguardo, si veda G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 167 ss.

³⁵ Valga per tutti l'esempio del I Emendamento, in cui si legge che: «Il Congresso non potrà fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione, o per proibirne il libero culto; o per limitare la libertà di parola o di stampa; o il diritto che hanno i cittadini di riunirsi in forma pacifica e di inoltrare petizioni al governo per la riparazione di torti subiti».

non aveva che un significato meramente formale, e il *due process of law* non era che un vincolo di natura strettamente procedurale: era sufficiente che, nel limitarne il godimento, il legislatore condizionasse l'esercizio dei diritti dei cittadini in maniera ragionevole, ossia in nome del perseguimento di un fine legittimo, e non arbitrariamente o secondo capriccio. Nel rispetto formale di una procedura, dunque, la ragionevolezza del legislatore era data per assunta.

Gradualmente, però, il sindacato della Corte Suprema abbandonò la censura dei soli vizi formali, elaborando una lettura sostanziale del XIV Emendamento: in questo senso, la *Due Process Clause* ha funzionato come una sorta di "clausola aperta" della costituzione americana, consentendo di estendere la tutela costituzionale ad una serie di nuovi diritti neppure menzionati nella carta e tuttavia ricondotti in un'accezione ampia del valore di «liberty».

Di questo passo, attraverso un articolato lavoro ermeneutico diluito in qualche decennio, la Corte Suprema ha moltiplicato il numero di diritti costituzionali specifici compresi nella *Due Process Clause*, i quali impongono, come tali, l'applicazione di un test di costituzionalità più rigoroso del generico *due process*: infatti, il godimento delle libertà che, secondo interpretazione, sarebbero contemplate dal XIV Emendamento può essere limitato solo a condizione che ricorra una "ragione cogente" (*compelling state interest*), vale a dire che la misura restrittiva adottata sia assolutamente necessaria e funzionale alla promozione dell'interesse pubblico fissato dal legislatore. Il cosiddetto *substantive due process*, insomma, obbliga il legislatore a dimostrare attivamente la ragionevolezza del provvedimento al fine di giustificare il sacrificio imposto ai cittadini.

Va da sé che il sindacato di costituzionalità esercitato secondo queste modalità da parte della Corte Suprema vincoli in maniera assai consistente la potestà legislativa, specie dei parlamenti statali. In questo prevalentemente si riconosce il concreto potenziamento delle prerogative della Corte nei rapporti con gli altri soggetti istituzionali.

7. Il successo della Corte Suprema

La ragguardevole impresa compiuta dalla Corte Suprema nell'interpretazione offerta del XIV Emendamento significa oggi per gli americani vivere in un paese nel quale i neri non sono più costretti a sedere in tavoli segregati ai ristoranti, le donne non devono rinunciare al loro diritto ad abortire, ed in cui i poliziotti non possono buttare giù le porte dei cittadini per scorrerie nel cuore della notte³⁶.

A partire dal secolo scorso, ed in misura crescente durante storiche presidenze della Corte come quella del giudice Warren negli ultimi anni Sessanta, sono stati condotti entro la tutela costituzionale del XIV Emendamento il diritto a contrarre liberamente matrimonio con persone di diverso colore³⁷, quello ad avere figli³⁸ e a crescerli e ad educarli secondo i privati convincimenti della famiglia d'origine³⁹, quello alla *privacy* matrimoniale⁴⁰ e all'uso dei contraccettivi⁴¹,

³⁶ In questo senso, si veda E. Bronner, *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America*, New York, W.W. Norton, 1989, p. 98.

³⁷ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

³⁸ *Skinner v. Oklahoma ex Rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

³⁹ *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) e *Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Name of Jesus*, 268 U.S. 510 (1925).

⁴⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴¹ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

infine quello all'aborto⁴² e all'interruzione dei trattamenti medici vitali⁴³. Grazie alla lettura sistematica del XIV Emendamento condotta dalla Corte Suprema, il concetto di «liberty» si è così arricchito nel tempo di un ampio corollario di nuovi significati, consentendo di superare pagine buie della storia degli Stati Uniti. Tuttavia, l'irrobustimento delle prerogative della Corte Suprema che ne è derivato ha sicuramente lasciato il segno sull'intero equilibrio istituzionale.

In particolare, questo può essere detto per le dinamiche tra Corte Suprema e legislatori statali: «il sindacato di costituzionalità percorre assai spesso l'asse che idealmente attraversa i confini degli Stati, con i giudici federali impegnati a censurare disposizioni statali e locali»⁴⁴.

Aver acquisito, soprattutto tramite l'applicazione del XIV Emendamento, il potere di censurare atti legislativi statali ha significato per la Corte Suprema versare un contributo decisivo alla reale attuazione del principio federalista negli Stati Uniti:

il paradosso di fondo della storia costituzionale americana è che un potere giudiziario federale indipendente ha di fatto assunto la funzione che Madison auspicava facesse capo più genericamente al governo nazionale. Sotto l'egida del XIV Emendamento e la moderna dottrina dell'incorporazione [dei diritti sanciti nel *Bill of Rights* entro il principio di "liberty" del XIV Emendamento⁴⁵], le corti federali hanno preso di norma a sindacare e a censurare le azioni statali, rispondendo in definitiva alle stesse questioni che turbavano sensibilmente Madison al tempo della Convenzione. [...] L'indipendenza del giudiziario ed il sindacato di costituzionalità divennero la soluzione ottimale alla basilare questione dello stesso federalismo⁴⁶.

In tutto questo, perché d'un tratto i legislatori soprattutto statali presero ad accettare le decisioni della Corte contro i propri atti normativi dichiarati incostituzionali? Da dove proviene la legittimazione delle sentenze della Corte Suprema, priva di un criterio di rappresentanza del popolo da parte dei suoi giudici? Come si è conquistata il consenso dei governati al fine di rendere efficaci le sue decisioni? Non c'è esercizio o incentivo economico che spinga al rispetto di quanto decretato dalla Corte: da dove viene il suo potere?

Secondo alcuni, quella della Corte Suprema – o, meglio, in generale di ogni sistema di giustizia costituzionale in grado di censurare l'operato del legislatore – sarebbe una legittimazione "da funzione": «è [...] in relazione all'esigenza di controllo che si accetta la diversità e si consolida una legittimazione fondata sul riconoscimento della necessità della funzione. Se è necessario questo intervento di controllo, allora è necessario che l'organo sia composto diversamente, perché, se fosse formato con gli stessi criteri degli organi attivi, il controllo non potrebbe aver luogo, sarebbe in radice un non-controllo»⁴⁷.

In un certo senso, l'esigenza di un sindacato costituzionale si fa più intensa conside-

⁴² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e, successivamente, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁴³ *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

⁴⁴ J.N. Rakove, *Separated Powers*, cit., p. 105.

⁴⁵ Per incorporazione si intende che i diritti individuali garantiti nel *Bill of Rights* contro i potenziali abusi del governo federale sono fatti valere anche contro gli Stati membri, convenendo che il concetto di *liberty* li richiami tutti.

⁴⁶ J.N. Rakove, *Separated Powers*, cit., p. 106.

⁴⁷ L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca)*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, aprile 1984, p. 9.

rando l'attitudine decisamente più spiccata dei giudici, piuttosto che dei legislatori, a cogliere i mutamenti di una società in radicale trasformazione. È stato osservato che

viviamo in un'epoca di radicali cambiamenti tanto culturali quanto economici e politici. Laddove i fisici stanno scrivendo da nuovo le leggi di Newton ed i sociologi mutano la nostra comprensione dell'uomo – nel mentre che anche la condizione dell'uomo è soggetta a rivoluzione – i giudici saranno inevitabilmente spinti a riconsiderare i presupposti del diritto. È legittimo interrogarsi, infatti, se ciò che misura la distanza tra la Corte Suprema ed il Congresso non sia, almeno in parte, la conseguenza di una più stretta consanguineità che i giudici vantano con la comunità intellettuale ben più che il legislatore⁴⁸.

Essere in grado di avvertire la necessità di adeguare il senso della legge alle nuove istanze di un mondo che cambia, la sensibilità peculiare della comunità scientifica ed intellettuale, condivisa dai giudici prima ancora che dai legislatori, avrebbe fatto della giurisprudenza costituzionale uno strumento privilegiato di attualizzazione del diritto e di riforma, riscrivendo in buona misura il catalogo dei diritti individuali contemplati dalla costituzione: in fondo, «la logica giuridica non ha alcun valore per sé. Il diritto è uno strumento in dotazione agli uomini allo scopo di rispondere ai loro bisogni. Gli obiettivi finali del diritto non sono diversi da quelli di un Concilio di Uomini Saggi»⁴⁹.

In tale prospettiva, allora, si comprende perché, nel commentare la scarsità di pronunce rese dalla Corte Suprema in materia di federalismo, ossia in merito alla ripartizione e distribuzione di competenze istituzionali, assai spesso la dottrina ha giustificato il feno-



John Marshall,
presidente della Corte Suprema

meno spiegando che tali questioni necessariamente implicherebbero valutazioni politiche che mal si accordano con il *modus operandi* di chi amministra la giustizia costituzionale⁵⁰.

La versione più decisa in questo senso riterrebbe che alla Corte Suprema sia richiesto di spendersi più intensamente nella garanzia dei diritti fondamentali contro i potenziali abusi e soprusi dei pubblici poteri, e che, nel condurre tale attività, sia di fatto in grado di raggiungere i risultati più efficaci, dal momento che, se intervenisse in settori in realtà così poco «justiciable», finirebbe con l'erosere gravemente il suo «reservoir of legitimacy»⁵¹.

⁴⁸ A. Cox, *The Warren Court. Constitutional Decision as an Instrument of Reform*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1968, p. 12.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰ A. Rapaczynski, *From the Sovereignty*, cit., p. 343.

⁵¹ J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago, University of Chicago Press, 1980.

Questo, però, non spiega ancora tutto.

In una certa prospettiva, quanto più una costituzione si articoli in disposizioni vaghe ma essenziali, tanto più è in grado di rivelarsi duttile e potenzialmente consona alla trasformazione dei bisogni e delle sensibilità sociali. D'altro canto, nella accertata laconicità delle sue clausole, la costituzione americana sarebbe per taluni «tutta vele e niente ancora», vale a dire troppo ben disposta a gonfiarsi ed a prendere il largo secondo i cangiamenti venti dell'opportunità politica, senza possibilità di frenarne la deriva impressa dall'arbitrio interpretativo dei giudici⁵².

In questa direzione, le tecniche ermeneutiche elaborate intorno al XIV Emendamento al fine di emancipare una nazione viziata ancora in tempi recenti da una guasta eredità oscurantista sollevano a tutt'oggi polemiche per nulla destinate a soprirsi entro breve. Infatti, dei molti diritti cui è stata accordata in questo secolo tutela costituzionale attraverso una lettura gradualmente espansiva del valore di «liberty» della *Due Process Clause*, non si ritrova traccia espressa nel testo della costituzione, essendo prevalentemente l'esito di un percorso interpretativo ad opera esclusiva della Corte Suprema.

Di norma, nello svolgimento delle sue funzioni, il giudice costituzionale deve alternare i suoi favori ora al suffragio delle scelte di valore dei fondatori ratificate nel testo della costituzione, ora alle istanze di aggiornamento di una società che cambia. Ma quali principi dovrebbero guidare i giudici nella difficile impresa di adeguamento della Costituzione all'avvicinarsi dei tempi?

L'accusa che alcuni dei giudici attualmente in carica alla Corte muovono ai colleghi di ispirazione liberale è di essere guardiani della costituzione troppo miti e troppo indulgenti, del tutto irriguardosi dell'auten-

tico significato del testo, avvezzi ad ammantare di candore le proprie preferenze politiche mediante una spregiudicata attività ermeneutica. In questo modo, dal loro punto di vista finiranno per minare irrimediabilmente il prestigio dell'istituzione, svincolando le decisioni della Corte da una gestione neutrale dei suoi valori.

Ora, è fin troppo facile obiettare che «ogni riferimento a principi neutrali o impersonali è [...] qualcosa di più di un invito a tornare ad un'amministrazione meccanica della giustizia, ad una giurisprudenza senza rivelazioni così come ad un diniego dei risvolti teleologici delle decisioni, in qualunque sede assunte. I componenti d'alto rango [del potere giudiziario] non hanno mai invocato la teoria meccanicistica nel processo di giustizia costituzionale, a dispetto di qualunque cosa possa essere stata detta sul punto»⁵³.

Nulla può dimostrare che, attenendosi ad una lettura rigorosamente testuale della costituzione, richiamando la volontà dei costituenti ed il significato presuntamente autentico delle disposizioni costituzionali, i giudici rispettino di più il senso dei valori costituzionali e perseguano meno i propri orientamenti politici: come osservò il giudice Holmes quasi un secolo fa, «è rivoltante che, per sostenere la validità di un principio, ci si debba appellare al fatto che è stato enunciato ai tempi di Enrico IV. È ancora più rivoltante nel caso in cui i presupposti sui quali giaceva l'enunciazione di quel principio abbiano perso nel frattempo ogni pregnanza,

⁵² Su questo punto, si veda R. Dworkin, *The Moral Reading of the Constitution*, in «The New York Review of Books», 21 marzo 1996, p. 48.

⁵³ A.S. Miller, R.F. Howell, *The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication*, in «The University of Chicago Law Review», vol. 27, 1960, p. 671.

ed il principio abbia ancora valore solo a causa di una cieca imitazione del passato»⁵⁴.

In verità, il segreto dell'autorevolezza delle decisioni della Corte Suprema prescinde da tutto questo, e sta, invece, nell'esercitare le sue competenze in maniera da conquistarsi il consenso ed il rispetto dei governati:

Le decisioni della Corte non derivano la loro autorità dalla partecipazione popolare. Il loro potere di conquistare consenso dipende non tanto dalla consuetudine o dal meritato prestigio dei giudici. Esso proviene, in gran parte, dalla immutata forza della *rule of law* – dal convincimento che la maggiore influenza esercitata nelle decisioni non è dettata dal comando ma dai principi che, applicati tra gli uomini oggi come lo erano ieri e lo saranno domani, vincolano tanto i giudici quanto le parti in causa. [...] La questione è quanto e quanto rapidamente una corte possa sancire quelli che intende come gli obiettivi della società senza per questo indebolire la credibilità di lungo corso della sua giurisprudenza⁵⁵.

I difensori più ortodossi della costituzione darebbero in cambio senza esitazione la vocazione riformista della Corte per un ossequio assoluto alla dottrina dell'*original intent* e del significato testualmente autentico della costituzione, pensando in questo modo di scansare ogni pericolo di deriva personalistica nell'amministrazione della giustizia costituzionale.

Recentemente, il *Chief Justice* attualmente in carica, William Rehnquist – sulla cui ispirazione conservatrice non è dato di dubitare – è stato estensore di una decisione della Corte Suprema che ha di fatto infranto la solida consuetudine interpretativa intorno al valore di «liberty» del XIV Emendamento⁵⁶. Nel negare che quello al suicidio medico-

assistito sia un diritto costituzionale, egli ha argomentato sostenendo che, anche laddove si accetti che il concetto di «liberty» sottenda sempre a diritti che hanno a che vedere con l'autonomia personale, con le scelte più intime per ogni individuo, non si può meccanicamente accogliere che tutte le decisioni inerenti le sfere più delicate dell'esistenza umana possano godere della tutela costituzionale garantita dal XIV Emendamento.

Si tratta certo di una premessa avveduta, che parrebbe preludere ad una esaustiva trattazione metodologica sui criteri ermeneutici cui la Corte dovrebbe attenersi almeno nella lettura della *Due Process Clause*. Eppure, nell'economia della sentenza, resta solamente una premessa: il giudice Rehnquist si riduce a constatare che, davanti al silenzio della costituzione sull'eutanasia, è dovere della Corte astenersi da ogni impresa interpretativa e semplicemente restare fedele al testo, in ciò che esso dica ed in ciò che manchi di dire.

Va detto che già con la presidenza Burger, precedente a quella di Rehnquist e immediatamente successiva a quella di Warren, si era riconosciuta questa virata conservatrice. Nel 1986, ad esempio, dovendosi pronunciare sulla costituzionalità del diritto degli omosessuali a realizzare la propria identità sessuale nel privato della loro casa – vale a dire sulla questione se la «liberty» del XIV Emendamento comprendesse anche questo diritto –, la maggioranza della Corte sentenziò che

non era affatto propensa a potenziare le proprie competenze al fine di condurre nuovi

⁵⁴ O.W. Holmes, *The Path of the Law*, in 10 «Harvard Law Review» 457, 1897, p. 469.

⁵⁵ A. Cox, *The Warren Court*, cit., pp. 21-22.

⁵⁶ Si tratta della sentenza *Washington v. Glucksberg*, 117 U.S. 2258 (1997).

diritti fondamentali entro la garanzia apprestata dalla *Due Process Clause*. La Corte è di per sé assai vulnerabile e corre il rischio di incorrere in atti illegittimi qualora il diritto costituzionale come interpretato dai suoi giudici abbia un modesto se non inconsistente aggancio con il testo o l'intento della costituzione. [...]. Dovrebbe pertanto opporsi strenua resistenza ad espandere la portata di clausole simili, in particolare se ciò richiede di rivedere il catalogo dei diritti ritenuti fondamentali. Diversamente, il potere giudiziario di fatto si investirebbe di un potere nel governare il paese più grande di quello costituzionalmente previsto. Il diritto rivendicato oggi in questo caso non riesce nell'intento di vincere questa resistenza⁵⁷.

Eppure, non è tanto pacifico che, emendando le tendenze ermeneutiche dei giudici liberali, il nuovo corso conservatore nella giurisprudenza della Corte Suprema renda più giustizia ai valori della costituzione. È importante osservare che, in entrambe le sentenze ricordate, la Corte ha difeso la costituzionalità delle leggi contestate: sono infatti rimasti penalmente perseguibili il suicidio medico-assistito nel primo caso e la pratica dell'omosessualità nel secondo. Ora, qualche volta, come nei casi citati, si ha l'impressione che la vocazione restauratrice della Corte miri, anziché ad una difesa più rigida della costituzione, al presidio delle scelte dei legislatori, alla custodia della volontà della maggioranza cristallizzata nella legge, quando il suo ruolo dovrebbe essere di stemperare il dominio dei più sui pochi.

Inoltre, una sentenza che apertamente infranga una consolidata convenzione interpretativa, riformista o restauratrice che sia, non offre mai un buon servizio alla causa autorevole della Corte Suprema: se uno dei segreti della sua longeva autorevolezza sta nel saper sposare novità e continuità, vale ricor-

dare che un principio come quello della «liberty» è qualcosa di più che la asistematica, frammentaria selezione ed aggregazione di un certo numero di diritti.

È quello che la Corte ha dichiarato in una sentenza recente, con la quale ha rifiutato di rivedere le sue posizioni in materia di diritto all'aborto sancite con la nota *Roe v. Wade*⁵⁸:

capovolgere la tesi argomentativa centrale della *Roe* non solamente procurerebbe un ingiustificabile danno al principio dello *stare decisis*, ma indebolirebbe seriamente la capacità della Corte Suprema di esercitare il potere che le è stato assegnato [...]. Laddove la Corte con la *Roe* si è impegnata a ricomporre un'aspra frattura nel paese, la sentenza riveste un peso non comune e deve essere caricata di una specialissima forza al fine di tenere testa ai tentativi di rovesciarla e di pregiudicarne l'efficacia. Solamente mediante gli argomenti più persuasivi, nel rispetto degli standard fissati nei precedenti, la Corte potrebbe dimostrare che una decisione volta a rovesciare un precedente non è segno di resa rispetto alle pressioni politiche e ripudio di quei principi che la ispirarono allora. Di più, nella condanna per aver mancato alla parola data a coloro che sostennero quella decisione, si riconosce la perdita di fiducia del paese nel potere giudiziario. Capovolgere la *Roe* a circostanze sostanzialmente immutate procurerebbe alla Corte un gravissimo ed inutile pregiudizio in termini di legittimazione agli occhi della Nazione⁵⁹.

Insomma, «la libertà trova modesto asilo in una giurisprudenza afflitta dai ripensamenti»⁶⁰.

⁵⁷ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), 194-95.

⁵⁸ 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁹ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Carey*, 505 U.S. 833 (1992), 836.

⁶⁰ *Casey*, 844.