



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA IN DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

LA RIFORMA DELLA CORTE SUPREMA

DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

Relatore:

Prof.ssa Patrizia Magarò

Candidata:

Danja Stocca

A handwritten signature in black ink, reading "Patrizia Magarò". The signature is written in a cursive style with a large initial 'P'.

A. A. 2021/2022

INDICE

OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE.....	7
--------------------------------	---

CAPITOLO I

LA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI NEL SISTEMA DI *COMMON LAW*

1. La distinzione tra <i>civil law</i> e <i>common law</i>	11
1.1. Gli Stati Uniti nel sistema di <i>common law</i>	14
2. La Corte Suprema degli Stati Uniti come istituzione giuridica.....	18
2.1. Potere giudiziario e funzione giurisdizionale.....	18
2.2. L'indipendenza del potere giudiziario.....	19
2.3. Il reclutamento dei giudici.....	21
2.4. La formazione dei giudici.....	23
3. Le classificazioni dei sistemi di controllo di costituzionalità.....	24
3.1. Controllo “giurisdizionale” e controllo “politico”.....	25
3.2. Controllo giurisdizionale: “diffuso” e “accentrato”.....	26
3.2.1. Il sistema “diffuso” negli Stati Uniti: origine e caratteristiche.....	26

CAPITOLO II

LA STORIA ED EVOLUZIONE DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

1. La nascita della Corte Suprema: la Costituzione e il <i>Judiciary Act</i> del 1789.....	29
2. La Corte Suprema nel <i>Early National Period</i>	33
3. La <i>Jacksonian Era</i>	37
4. I cambiamenti della Guerra Civile e della Ricostruzione.....	39
5. La <i>Progressive Era</i> : riforme strutturali e critiche alla Corte Suprema.....	43
5.1. La riorganizzazione delle corti federali.....	43
5.2. La critica dei Progressisti.....	45
5.3. La crescente polemica sulle nomine.....	47
6. Le sfide esistenziali del 1937.....	49
7. La Corte Suprema nel Dopoguerra.....	52
8. La Corte Suprema oggi.....	55
8.1. La composizione della Corte.....	55

8.2. Le competenze della Corte.....	60
8.3. Il processo decisionale della Corte.....	66
8.4. L’impatto delle decisioni della Corte sui diritti individuali.....	70
8.4.1. Le opinioni dissenzienti.....	77

CAPITOLO III

IL PROCESSO DECISIONALE DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI E LE SUE PROBLEMATICHE

1. Il ruolo della discrezione.....	81
1.1. La concessione della discrezionalità alla Corte Suprema.....	81
1.1.1. La proposta di Taft per un’assoluta e arbitraria discrezione.....	83
1.1.2. Il <i>Certiorari Act</i> del 1925.....	89
1.2. La selezione dei casi.....	93
1.3. Mettere in dubbio il sistema di <i>certiorari</i>	96
1.4. L’importanza del <i>certiorari</i>	100
2. La dottrina dello <i>stare decisis</i>	103
2.1. La cornice fornita da <i>Casey</i>	103
2.2. Riconciliare lo <i>stare decisis</i> con il testo costituzionale.....	107
2.4. L’influenza dello <i>stare decisis</i> sul voto dei giudici.....	111
3. Le dottrine che costituiscono ostacoli processuali all’analisi del merito delle parti.....	115
3.1. Il ruolo del diritto processuale.....	115
3.2. La dottrina dello “ <i>standing</i> ”.....	119

CAPITOLO IV

ANALISI CRITICA DELLE ATTUALI PROPOSTE DI RIFORMA DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

1. La genesi del dibattito sulla riforma della Corte Suprema.....	125
2. Le attuali proposte di riforma della Corte Suprema.....	131
2.1. La dimensione numerica della Corte.....	131
2.1.1. Una breve storia delle alterazioni della dimensione della Corte.....	132
2.1.2. Argomenti a supporto dell’espansione numerica della Corte.....	138
2.1.3. Argomenti contrari all’espansione numerica della Corte.....	143
2.2. La durata del mandato dei giudici della Corte.....	147
2.2.1. Le giustificazioni per un mandato a tempo determinato.....	148

2.2.2. Le obiezioni a un mandato a tempo determinato.....	153
2.3. Il ruolo della Corte nel sistema costituzionale.....	156
2.3.1. Proposte per limitare la giurisdizione della Corte.....	159
2.3.2. Proposte per introdurre regole di “super-maggioranza” o di “deferenza”.....	160
2.3.3. Proposte per superare le decisioni della Corte mediante l’azione del Congresso.....	168
2.4. Le procedure della Corte.....	173
2.4.1. Gli ordini emergenziali.....	173
2.4.2. L’etica giudiziaria.....	178
 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	 185
 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	 195
 RINGRAZIAMENTI.....	 211

OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE

Nell'ottobre del 2020, l'allora candidato alla Presidenza Joe Biden dichiarò la sua intenzione, se eletto, di creare una Commissione *bipartisan* per esaminare una riforma della Corte Suprema. In risposta a chi chiedeva se fosse a favore delle proposte per aumentare il numero dei giudici della Corte, Biden rispose che non stava pensando ad un "Court-packing" e che le proposte di riforma dei giuristi comprendevano una vasta gamma di materie¹.

I commenti del Presidente e la creazione, effettivamente, della Commissione sottolineano che gli Stati Uniti sono stati impegnati per qualche tempo in un intenso dibattito ancora in corso sulla composizione della Corte Suprema, la direzione della sua giurisprudenza e se uno o l'altro partito politico abbia violato le regole che guidano il processo di nomina dei giudici. I commentatori hanno trovato divergenti ragioni per spiegare il motivo per cui lo scontro riguardo la Corte sia cresciuto negli ultimi anni; inoltre, non tutti concordano sugli effetti di queste discussioni politiche e sul fatto che esse abbiano minato l'autorità della Corte².

È chiaro che il ruolo svolto dalla Corte Suprema nei maggiori conflitti politici e sociali ha fatto sì che la Corte stessa fosse oggetto di dibattito nella società civile del Paese per lungo tempo. Infatti, nella storia americana, inclusi i decenni recenti, il conflitto riguardo la Corte ha avuto vari gradi di intensità.

Come vedremo, ciò che si caratterizza per i maggiori conflitti politici e partitici è il processo di nomina e conferma dei giudici della Corte. Storicamente, diverse nomine hanno generato forti discussioni; ma il dibattito sulla riforma della Corte Suprema è diventato assolutamente centrale negli ultimi anni, soprattutto a seguito della tentata nomina del giudice Merrick Garland da parte del Presidente Barack Obama, seguita dalla nomina invece riuscita della giudice Amy Coney Barrett da parte del Presidente Donald Trump: le incongruenze nel comportamento del Senato, che non ha voluto considerare la

¹ *Joe Biden 60 minutes interview transcript*, 25 ottobre 2020: <https://www.rev.com/blog/transcripts/joe-biden-60-minutes-interview-transcript>.

² A questo proposito, ACKERMAN B., *Trust in the Justices of the Supreme Court is waning. Here are three ways to fortify the Court*, in *L.A. TIMES*, 20 dicembre 2018 (che nota come la politica partitica minacci di «distruggere la legittimità della Corte nel prossimo decennio»); CHEMERINSKY E., *With Kavanaugh confirmation battle, the Supreme Court's legitimacy is in question*, in *Sacramento Bee*, 5 ottobre 2018 (che parla di una «nuvola sopra la legittimità della Corte»).

nomina del primo, sostenendo che fosse opportuno attendere le elezioni presidenziali, ma che ha fatto in modo di confermare la seconda allo scadere del mandato presidenziale hanno suscitato diverse polemiche. Da questi eventi nascono le richieste di espansione numerica della Corte³, le accuse di non legittimità e di minacce alla democrazia, così come gli appelli a favore della modifica della previsione del mandato a vita per i giudici della Corte⁴.

Allo stesso tempo, non mancano le proposte per un ridimensionamento dei poteri della Corte Suprema in un'ottica di maggior controllo dell'operato dei giudici, chiaramente a favore del potere degli organi costituzionali elettivi, cioè il Congresso e il Presidente⁵. Queste richieste, probabilmente, hanno acquistato maggiore forza dopo la recente e controversa decisione della Corte relativamente al diritto delle donne all'interruzione volontaria di gravidanza⁶, che ha evidenziato ancora una volta quanto sia significativo l'impatto della Corte sui diritti dei cittadini. Infatti, come vedremo, alcuni ritengono che la giurisdizione della Corte andrebbe limitata o che, almeno per alcune questioni, i giudici dovrebbero essere più deferenti nei confronti del processo politico democratico.

In realtà, ciò che è meno evidente nel dibattito pubblico è probabilmente ciò che dovrebbe destare maggiore attenzione: il moderno processo decisionale della Corte Suprema è molto controverso, con alcune “zone d'ombra” che non sono conoscibili all'esterno. La Corte ha acquisito negli anni un rilevante potere discrezionale nella selezione dei casi da ascoltare⁷, che non era originariamente previsto dalla Costituzione degli Stati Uniti: gli avvocati e le parti litiganti che desiderano una revisione del loro caso da parte della Corte Suprema hanno precise regole formali e procedurali da rispettare, ma non hanno chiari i criteri per cui la loro richiesta sarà accolta o meno. Allo stesso modo, il metodo di applicazione del principio dello *stare decisis*⁸, alla base del processo decisionale dei giudici, risulta incerto, anche alla luce della sentenza che ha revocato *Roe v. Wade*.

³ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.1.

⁴ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.2.

⁵ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.3.

⁶ Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228, 2022 la Corte Suprema ha deciso di revocare la storica decisione che riconosceva il diritto all'aborto in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

⁷ Vedi capitolo III, paragrafo 1.

⁸ Vedi capitolo III, paragrafo 2.

Infine, non si può non notare il recente utilizzo delle dottrine processuali in un modo ritenuto da alcuni osservatori alquanto “improprio”⁹. In particolare, il requisito dello “*standing*” impedisce a domande relative a diritti fondamentali costituzionali di essere analizzate nel merito, poiché la Corte rigetta il caso sulla base della mancanza di potere della determinata parte litigante di intentare la causa.

Tuttavia, per comprendere appieno le ragioni e le conseguenze delle attuali proposte di riforma, così come le problematiche del processo decisionale della Corte Suprema statunitense, è innanzitutto necessario un inquadramento nel sistema americano di *common law*¹⁰ e una panoramica dell’evoluzione storica della Corte Suprema in quanto istituzione¹¹.

⁹ Vedi capitolo III, paragrafo 3.

¹⁰ Vedi capitolo I.

¹¹ Vedi capitolo II.

CAPITOLO I

LA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

NEL SISTEMA DI COMMON LAW

1. *La distinzione tra civil law e common law.*

Nel diritto comparato la distinzione fondamentale tra *civil law* e *common law* riposa essenzialmente su ragioni di carattere storico: il primo si collega alla tradizione di diritto romano da cui sono nate le esperienze europee-continentali; il secondo, invece, prende origine nel diritto inglese, poi diffusosi in altre aree (per esempio, Stati Uniti e Canada).

Come è noto, poi, la distinzione principale tra le due famiglie riguarda il diverso rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale¹: nei sistemi europei, il formante legislativo è primario rispetto a quello giurisprudenziale; al contrario, nei sistemi anglo-sassoni, il giudice non ha solo un ruolo di interprete del diritto e al formante giurisprudenziale è riconosciuto un primato rispetto al formante legislativo².

Da ciò derivano ulteriori conseguenze, tra cui il modo in cui un giurista opera nel sistema di riferimento. Il giurista di *common law* utilizza i casi concreti come guida e non ricerca concetti astratti, mentre il giurista di *civil law* si affida principalmente alla legge e ai codici. Infatti, proprio questi ultimi sono un'altra delle differenze principali tra le due

¹ Sui formanti giuridici, vedi SACCO R., *Legal Formants: a dynamic approach to comparative law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, pp. 1 ss.

² MORBIDELLI G., VOLPI M., CERRINA FERONI G., *Diritto Costituzionale Comparato*, 1° ed., Torino, 2020, p. 12.

categorie: nei Paesi di *civil law* il legislatore tende a organizzare le norme in codici³, in cui ritrovare clausole generali⁴. Negli ordinamenti di *common law*, invece, le leggi sono formulate in modo casistico e con la previsione di dettagli; è compito della giurisprudenza individuare i principi generali.

La particolare struttura delle norme si riflette sui metodi di interpretazione. Negli Stati Uniti, per esempio, la corrente interpretativa testualista e quella originalista convivono con concezioni più dinamiche ed evolutive, specialmente riguardo la Costituzione. I “testualisti” ritengono che i giudici dovrebbero seguire con zelo il testo della Costituzione, senza consultare nessun'altra fonte. Secondo gli “originalisti”, invece, la corte dovrebbe guardare al testo del documento e, quando questo non è chiaro, ai materiali che spiegano la comprensione originale del testo (per esempio, *The Federalist Papers*). Invece, i “non originalisti” non condividono l'idea che la comprensione originale del testo sia vincolante: le corti possono considerare il testo della Costituzione, così come il suo significato originale, ma non sono limitati a queste fonti; pertanto, possono interpretare la Costituzione alla luce di tutte le fonti potenzialmente rilevanti (tra cui storia e tradizione, logica, filosofia morale)⁵.

In realtà, anche nei Paesi di *civil law* si è assistito a una progressiva erosione del codice da parte della dottrina: le leggi speciali sono sempre più frequenti e intaccano la centralità del codice. Questo è il motivo per cui si parla di “età della decodificazione”⁶ per i sistemi di *civil law*, mentre in alcuni ordinamenti di *common law* sono apparsi i codici (per esempio, Canada, Australia e Nuova Zelanda).

Nonostante questi avvicinamenti tra le due famiglie, rimane la caratteristica differenza circa la vincolatività del precedente giudiziario. Come vedremo relativamente agli Stati Uniti⁷, quest'ultimo tendenzialmente vincola i giudici di *common law*, in base al c.d. principio di *stare decisis*. Al contrario, nei sistemi di *civil law* le decisioni precedenti non vincolano i giudici⁸; nei fatti, comunque, possono influenzare il giudice

³ Un codice è una raccolta di norme o di leggi, organizzata in maniera sistematica al fine di disciplinare organicamente una determinata materia e che ambisce a sistematicità, organicità e completezza.

⁴ Alcune clausole generali contengono anche formule metaforiche. Per esempio, l'art. 1176 del Codice civile italiano contiene il riferimento alla «diligenza del buon padre di famiglia».

⁵ MAY C. N., IDES A. & GROSSI S., *Examples and Explanations for Constitutional Law: National Power and Federalism*, 8th ed., New York, 2019, pp. 39 ss.

⁶ Al riguardo, IRTI N., *L'età della decodificazione*, 4^o ed., Milano, 1999.

⁷ Vedi capitolo III, paragrafo 2.

⁸ Per esempio, l'art. 101, c. 2 della Costituzione italiana esclude in modo implicito l'effetto vincolante del precedente, poiché stabilisce che i giudici sono soggetti solo alla legge.

per il loro carattere autoritativo e vi sono alcuni ordinamenti, come Germania, Francia o Spagna, in cui il precedente ha un effetto “rinforzato”: per superare il precedente, è necessario ricorrere ad uno speciale organo o una sezione apposita del tribunale oppure, nel momento in cui il giudice decide di discostarsi, questo diventa un possibile motivo di ricorso in Cassazione.

Altre differenze si notano nel campo del principio del governo della legge, cioè nella declinazione che gli ordinamenti danno all’idea secondo cui il potere politico è soggetto a regole per la protezione delle libertà dei cittadini: “*rule of law*” nei sistemi anglosassoni, “stato di diritto” nei sistemi europeo-continentali. In questi ultimi, lo Stato si sottopone al proprio stesso diritto; a questa idea si accompagnano, inoltre, alcune caratteristiche, come il mancato riconoscimento di fonte del diritto alla giurisprudenza e la previsione di una giurisdizione speciale del giudice amministrativo per la pubblica amministrazione. Invece, secondo l’idea della *rule of law*, sia i cittadini sia le istituzioni pubbliche sono soggetti al “dominio del diritto”, che è prodotto dal legislatore e dalla giurisprudenza.

In ogni caso, oltre a questa distinzione, si può riconoscere anche il ruolo di un’ulteriore famiglia nella *western legal tradition*: la tradizione giuridica nordica, che ricomprende Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia⁹. Questa condivide, con il modello di *civil law*, la caratteristica del primato del formante legislativo sul formante giurisprudenziale, ma non ha mai condiviso la tradizione della codificazione; pertanto, è difficilmente inquadrabile in solo uno dei due modelli. Nel complesso, il diritto nordico si basa su un positivismo legislativo forte e tentativi di unificazione regionali.

Vi sono, poi, altre classificazioni per le tradizioni giuridiche non occidentali: il diritto ctonio, il diritto talmudico, il diritto islamico, il diritto indù, il diritto confuciano, il diritto socialista.

Come si vede, quindi, nel mondo le tradizioni giuridiche sono svariate ed è difficile determinare una sola concezione condivisa del rapporto tra diritto e società. L’unico tratto in comune può, forse, essere la visione del diritto come strumento per risolvere i conflitti; ma sono, poi, diverse la natura delle tradizioni e l’atteggiamento verso le altre, le basi su cui si fondano e il modo con cui guardano al progresso.

⁹ MORBIDELLI, VOLPI, CERRINA FERONI., *Diritto Costituzionale Comparato*, cit. alla nota 2, p. 17.

1.1. *Gli Stati Uniti nel sistema di common law.*

Come visto sopra, la tradizione di *common law* differisce storicamente e come approccio dai sistemi giuridici continentali. La tradizione di *common law* inglese si è costituita con un graduale sviluppo delle consuetudini e dei casi da parte dei giudici: storicamente il *common law* è un sistema giurisprudenziale e non un sistema di codici; deriva dalle consuetudini locali e dalle decisioni dei tribunali¹⁰. I grandi giuristi d'Inghilterra erano dunque giudici e gli avvocati inglesi pensano concretamente in termini di diritti e rimedi.

Lo sviluppo del diritto comune è stato descritto come un “incidente storico”, derivante dalla conquista dell'Inghilterra da parte dei Normanni nel 1066 d.C.: Guglielmo il Conquistatore, nel tentativo di stabilire un ordinamento giuridico normanno in un paese straniero, impose un “corpo di giudici leali” per risolvere le controversie a livello locale ed essenzialmente legiferare¹¹. Nei casi più gravi, c'era un sistema di deferimento al re per l'aggiudicazione. Sono state inoltre introdotte le giurie, che rappresentavano gli interessi locali della persona comune a decidere il caso. Questa strategia mantenne la popolazione felice e meno propensa a ribellarsi contro il potere occupante. Poiché la giuria era composta principalmente da analfabeti, il procedimento era orale, le cui implicazioni possono ancora essere viste oggi nel moderno sistema di *common law*. Nel 1701, l'*Act of Settlement* creò una magistratura indipendente. Successivamente, Blackstone, un importante studioso di diritto, pubblicò i suoi *Commentari alle leggi dell'Inghilterra*, che furono portati nelle colonie e influenzarono anche lo sviluppo del diritto americano.

La storia della misura in cui il *common law* inglese è stato recepito e applicato negli Stati Uniti è uno dei capitoli più interessanti e importanti della storia giuridica americana¹². È evidente che le autorità britanniche all'inizio del periodo coloniale americano avevano previsto che il diritto inglese dovesse essere in gran parte trapiantato nelle colonie americane. Ogni carta coloniale concessa dalla Corona conteneva una

¹⁰ ARNOLD C., *Comparison of Civil Law and Common Law*, in *Common Law Review*, vol. 8, 2007, p. 5.

¹¹ KLONOFF R. H., *Introduction to the study of U.S. law*, 2nd ed., St. Paul, 2021, p. 3.

¹² HALL F. W., *The Common Law: An Account of Its Reception in the United States*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 4, 1951, p. 791.

disposizione che autorizzava le autorità governative di ogni colonia a prescrivere ordinanze, leggi, statuti, ma invariabilmente veniva aggiunto: «tali leggi e ordinanze non siano contrarie o ripugnanti alle leggi e agli statuti di questo nostro regno d'Inghilterra»¹³ o parole simili. Tuttavia, deve essere stato indubbiamente riconosciuto che sarebbe stato necessario concedere alcune indennità per le diverse condizioni esistenti in un Paese nuovo e non sviluppato.

In che misura i coloni hanno effettivamente ricevuto e applicato il *common law* inglese? Purtroppo, non abbiamo a disposizione una risposta completa a questa domanda; inoltre, è lecito dubitare che si debba tentare una risposta anche generalizzata. Non sono disponibili registrazioni complete delle attività giudiziarie delle varie colonie e gli storici che hanno indagato su parti degli archivi coloniali esistenti hanno evidenziato un certo disaccordo sulla portata dell'accettazione americana della legge inglese durante l'epoca prerivoluzionaria.

In considerazione delle condizioni che esistevano in America durante il Diciassettesimo secolo e la prima parte del Diciottesimo, è subito evidente che il sistema inglese di organizzazione dei tribunali e il diritto sostanziale applicato non avrebbero potuto essere duplicati in toto nelle colonie americane e nessuno studioso sostiene che lo fosse¹⁴. Pertanto, sia che si sottolinei l'imitazione da parte dei coloni delle pratiche dei tribunali locali inglesi o che si dica che i primi giudici coloniali stavano applicando le proprie idee di giustizia basate sul buon senso, resta il fatto che vi era un'accettazione incompleta in America dei principi legali inglesi: questa legge indigena che si sviluppò in America rimase una fonte significativa di diritto dopo la Rivoluzione.

Naturalmente, nel primo periodo coloniale una delle ragioni principali per non applicare molte impostazioni del sistema di *common law* inglese era il fatto che il sistema economico e sociale delle colonie non aveva raggiunto il livello più complicato che esisteva in Inghilterra a quel tempo. Ma con l'avvicinarsi della metà del Diciottesimo secolo erano applicati sempre più principi e istituzioni inglesi, poiché gli avvocati qualificati diventavano più numerosi e più libri di diritto inglese erano disponibili. Dopo la Restaurazione, un esercizio più attivo del veto della Corona sulla legislazione coloniale

¹³ *Charter of Massachusetts Bay 1629*, in *American Charters Constitutions & Organic Laws*, 1909.

¹⁴ Ma cfr. ZANE J., *The story of law*, Carmel, 1927, p. 358 che sostiene: «Non appena le colonie raggiunsero uno stadio in cui c'era bisogno di un sistema di diritto sviluppato, l'intera legge inglese fu introdotta nel suo sistema di *common law* e *equity*, con eccezioni che non sono importanti».

e sul controllo giurisdizionale, hanno contribuito a realizzare una maggiore conformità al diritto comune¹⁵.

La conclusione fondamentale è che l'amministrazione del diritto in America, così come esisteva intorno alla metà del Diciottesimo secolo, può essere giustamente classificata come uno sviluppo del sistema di *common law* inglese. Non è stata una completa accoglienza delle istituzioni legali britanniche, ma fondamentale è stato il sistema di *common law* che si è assicurato un punto d'appoggio abbastanza forte da resistere all'ostilità popolare nei confronti dell'Inghilterra. Non va dimenticato, tuttavia, che il crescente afflusso di principi di *common law* non ha affatto cancellato i sistemi indigeni che si erano sviluppati durante l'era coloniale e che esistevano importanti differenze di *law in action* sulle due sponde dell'Atlantico.

Verso la metà del Diciottesimo secolo il *common law* inglese iniziò ad assumere un nuovo significato in America. Gli stessi coloni che avevano insistito sul fatto che alcune leggi inglesi fossero inapplicabili alla loro situazione, iniziarono a fare appello al *common law* per la protezione contro il Parlamento e la Corona. I vari insediamenti sentivano una nuova parentela l'uno con l'altro; la volontà di applicare i principi legali inglesi alla situazione coloniale non si basava sull'amore per i tecnicismi e le sottigliezze del sistema di *common law*, ma su un appello al *common law* come incarnazione dei principi del diritto naturale per i diritti individuali e della libertà personale. Indubbiamente, fu questo significato che fu attribuito al *common law* quando il Congresso continentale del 4 settembre 1774 dichiarò che «le colonie hanno diritto al *common law* d'Inghilterra»¹⁶.

I metodi principali con cui il diritto comune inglese è stato recepito e applicato negli Stati Uniti sono tre¹⁷: lo statuto della Virginia, che dichiarava il *common law* dell'Inghilterra come regola decisionale e che trattava specificamente della forza degli statuti inglesi, stabilì il modello per la maggior parte degli Stati dell'Ovest, sebbene con qualche variazione¹⁸; una minoranza di Stati a Ovest seguì la pratica del Connecticut

¹⁵ SMITH J. H., *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, 1950.

¹⁶ STORY J., *Commentaries on the Constitution*, vol. 1, 2nd ed., Boston, 1851, p. 134.

¹⁷ HALL, *The Common Law*, cit. alla nota 12, pp. 822 ss.

¹⁸ Alcuni Stati dichiararono che solo la parte di *common law* dell'Inghilterra "applicabile" avrebbe dovuto essere la regola decisionale. Tuttavia, i tribunali di quegli Stati che non prevedero una specifica autorità legislativa per discostarsi da norme di *common law* inadatte alle condizioni locali, si sono comunque sentite libere di respingere i principi di *common law* considerati "inapplicabili". Pertanto,

accettando tacitamente il *common law* come regola decisionale e lasciando completamente ai tribunali la determinazione della portata della ricezione in situazioni non definitivamente coperte dalla legislazione¹⁹; il “metodo del New Jersey” conservò gran parte della legge che era praticata o esisteva prima di diventare uno Stato.

I tribunali degli Stati ricordati hanno generalmente utilizzato lo stesso approccio dei tribunali degli Stati che hanno adottato il *common law* in un modo differente.

Uno dei principali punti di preoccupazione di avvocati e giudici, nel discutere e decidere se una norma di *common law* dovesse essere accettata o respinta come legge della particolare giurisdizione, fu l'eventuale invasione da parte del tribunale nel campo legislativo nel momento in cui avesse deciso che l'affermato principio di *common law* non fosse applicabile alla situazione locale. I tribunali sono vincolati dalla *common law*, ma la stragrande maggioranza dei tribunali ha seguito un “processo di eliminazione” e, in un modo o nell'altro, ha scartato le regole di *common law* ritenute arcaiche: i casi non sono affatto unanimi nelle loro opinioni su quando un tribunale starebbe “legiferando” e quando rientrerebbe nell'ambito legittimo del processo giudiziario.

Se si tentasse di scrivere una storia del diritto negli Stati Uniti, sarebbe in gran parte un resoconto dei mezzi con cui il sistema di *common law* è stato in grado di fare progressi in un periodo di cambiamento sociale ed economico eccezionalmente rapido²⁰. Peraltro, il diritto svolge adeguatamente la sua funzione solo quando è adatto allo stile di vita di un popolo: con il cambiamento sociale, arriva la richiesta che il diritto soddisfi i bisogni che il cambiamento ha creato e, quindi, il problema della giurisprudenza nel mondo moderno è la conciliazione dell'esigenza secondo cui, allo stesso tempo, la legge deve avere continuità con il passato e adattabilità al presente e al futuro.

Per stare al passo con i rapidi sviluppi nel *Commonwealth* americano dopo la guerra civile, qualsiasi tipo di *judge-made law* deve possedere le qualità di flessibilità e adattabilità e certamente in misura molto maggiore di quanto non fosse stato in realtà mostrato dal *common law* come sviluppato negli Stati Uniti, in gran parte sotto le concezioni “blackstoniane”: durante la maggior parte del diciannovesimo secolo, il diritto

l'aggiunta della qualifica “applicabile” ha avuto scarso o nessun effetto pratico sul corso delle decisioni che affrontavano il problema dell'accoglienza.

¹⁹ Anche in questo caso i tribunali degli Stati che non hanno approvato esplicite disposizioni di ricezione hanno in numerosi casi respinto principi di *common law* “inapplicabili”.

²⁰ STONE H. F., *The Common Law in the United States*, in *Harvard Law Review*, vol. 50, 1936, pp. 11 ss.

comune era ritenuto un sistema completo e perfetto, nell'amministrazione del quale bastava che il giudice trovasse la legge attraverso una diligente ricerca dei precedenti.

Con il tempo, il diritto giurisprudenziale non è stato in grado di tenere il passo con il rapido cambiamento e non è riuscito a trovare nei libri di diritto alcuno schema adeguato in cui le nuove esperienze potessero essere prontamente inserite. Era inevitabile che si cercasse di soddisfare il bisogno insoddisfatto ricorrendo alla legislazione.

Storicamente, le leggi o gli statuti erano visti come una fonte secondaria del diritto: il loro ruolo era quello di correggere le regole create dal giudice. Oggi, la legislazione è molto più centrale nei paesi di *common law*. Nel Ventesimo e Ventunesimo secolo il *common law* ha attraversato una crisi a causa della moderna tendenza di utilizzo del diritto per creare un nuovo ordine sociale: il metodo casistico non si adatta bene all'idea di realizzare rapidi ed estesi cambiamenti sociali. Di conseguenza, vi è una tendenza crescente verso la codificazione all'interno della tradizione di *common law*, sebbene alcune distinzioni dovrebbero essere fatte tra un codice in un Paese di diritto comune e un codice in un Paese di diritto civile. Come spiegato sopra, in un Paese di diritto civile, la logica di un codice è creare un regime legale completo e principi generali per una particolare area del diritto. Nel diritto comune, tuttavia, la codificazione potrebbe non affrontare in modo completo un'area del diritto e potrebbe non abolire nemmeno una legge precedente: in alcuni casi, i codici incorporeranno semplicemente la giurisprudenza antecedente, affronteranno una particolare questione sociale o porteranno l'uniformità in un'area del diritto. In ogni caso, gli Stati Uniti hanno uno dei sistemi di codice più estesi al mondo: l'attuale *United State Code* ("U.S.C.") contiene più di 50 titoli distinti, ognuno dei quali contiene centinaia, se non migliaia, di singole leggi²¹.

2. *La Corte Suprema degli Stati Uniti come istituzione giuridica.*

2.1. *Potere giudiziario e funzione giurisdizionale.*

La configurazione di un potere giudiziario, separato dai poteri legislativo ed esecutivo, ha origine nell'esperienza inglese a seguito della progressiva affermazione dei principi di *common law*. Invece, nei Paesi di *civil law*, il processo di riconoscimento

²¹ KLONOFF, *Introduction to the study of U.S. law*, cit. alla nota 11, p. 11.

dell'autonomia del potere giudiziario rispetto al potere esecutivo è stato più lento: i giudici erano considerati pubblici funzionari e dipendevano dal Ministero della giustizia.

Il potere giudiziario si compone di tutti gli organi il cui compito è l'esercizio della funzione giurisdizionale²², cioè la potestà, pubblica ed autonoma, volta a garantire la concreta applicazione delle norme dell'ordinamento giuridico²³: questa funzione è svolta dai giudici, posti in una condizione di terzietà e imparzialità rispetto a interferenze esterne.

Le attuali Costituzioni democratiche dedicano una parte dei loro testi, in materia di organizzazione dello Stato, espressamente al potere giudiziario; ma anche diverse disposizioni a protezione dei diritti dei cittadini condizionano l'esercizio della funzione giurisdizionale. Inoltre, vi sono leggi che regolano l'ordinamento giudiziario, sia in senso ristretto relativamente allo *status* dei magistrati sia in senso ampio riguardo le regole dell'organizzazione giudiziaria nel suo insieme. Per esempio, in Spagna, l'art. 122, c.1 Cost. stabilisce che sia la legge organica a disciplinare non solo l'assetto degli organi giurisdizionali, ma anche lo statuto giuridico dei giudici²⁴; invece, l'art. 64, c. 3 della Costituzione francese riserva alla legge solamente lo statuto dei giudici²⁵.

2.2. *L'indipendenza del potere giudiziario.*

Il carattere dell'indipendenza della magistratura compare in Inghilterra nel *Bill of Rights* del 1689 e poi nell'*Act of Settlement* del 1701. Quest'ultimo dichiarò che le nomine dei giudici dovessero essere a tempo indeterminato, in modo da non assoggettarle all'arbitrarietà del Sovrano, e che i giudici delle corti superiori dovessero essere rimovibili, a seguito di una mozione da parte delle due Camere e sottoposta al Re, solo per comportamento scorretto nella vita privata o per mancata osservanza dei doveri d'ufficio. Inoltre, l'indipendenza era rafforzata dalla previsione secondo cui i magistrati

²² Sul concetto di funzione giurisdizionale, vedi REDENTI E., *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, 1962; PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 1962.

²³ Si distingue dalla funzione amministrativa che, a sua volta incaricata di dare applicazione alla legge cui è soggetta, viene però esercitata in base agli indirizzi dati dal potere esecutivo. Inoltre, si distingue dalla funzione legislativa, che ha il compito di creare il diritto oggettivo.

²⁴ Di conseguenza, il potere giudiziario è interamente regolato dalla legge n. 6/1985.

²⁵ Questa previsione è stata attuata mediante l'*Ordonnance* n. 1270/1958.

erano nominati dal Re, ma su indicazione delle comunità o delle corporazioni dei giudici²⁶.

Negli Stati Uniti è l'art. 3 della Costituzione a dichiarare l'indipendenza del potere giudiziario. Quest'ultima, inoltre, è rafforzata da due previsioni: la durata a vita del mandato²⁷ dei giudici della Corte Suprema e dei giudici delle corti federali inferiori e la determinazione di un'indennità che, nel corso del mandato, non può essere modificata. Alla base del sistema giudiziario, poi, si trova il principio del *due process of law*²⁸, secondo cui nessuno può rispondere di un reato né privato della libertà o della proprietà senza un processo che rispetti le forme della legge, dovendo rispettare due requisiti: la "*notice*", cioè l'informazione alla persona accusata della sussistenza di una causa legale nei suoi confronti; l'"*hearing*", cioè un'appropriata opportunità di difendersi. Un ruolo fondamentale è svolto dalla Corte Suprema federale, che è al vertice dell'apparato giudiziario ed è titolare della giurisdizione d'appello in molte materie e della giurisdizione esclusiva in alcuni ambiti di diritto pubblico. Come vedremo²⁹, in realtà, nel tempo ha prevalso la natura di giudice costituzionale rispetto al ruolo di giudice di ultima istanza attraverso l'eliminazione della giurisdizione obbligatoria e l'introduzione della discrezionalità con il *certiorari*. La Corte ha un ruolo determinante, pertanto, poiché applica e aggiorna la Costituzione.

Anche nell'Europa continentale l'indipendenza dell'apparato giudiziario è affermata nelle costituzioni attuali³⁰. Per quanto riguarda l'Italia, la formula adottata dall'art. 104, c. 1 della Costituzione, che descrive la magistratura come «un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», ha fatto discutere relativamente alla configurazione o meno come potere indipendente; in realtà, sia l'espressa dichiarazione di autonomia dagli altri poteri sia il termine "ordine" come riferimento alla struttura della magistratura lasciano pochi dubbi al riguardo.

Il connotato dell'indipendenza può assumere due forme: l'indipendenza esterna e l'indipendenza interna. La prima riguarda l'indipendenza del potere giudiziario rispetto

²⁶ MORBIDELLI G., *Il potere giudiziario*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 2° ed., 1997.

²⁷ Nel capitolo IV, paragrafo 2.2. vedremo la recente discussione relativa alla durata del mandato dei giudici e le proposte di modifica.

²⁸ Emendamenti V e XIV della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

²⁹ Vedi capitolo III, paragrafo 1.

³⁰ Art. 64 Cost. Danimarca; art. 97, c. 1. GG Germania; art. 87, c. 1 Cost. Grecia; art. 101, c. 2 Cost. Italia; art. 117, c. 1 Cost. Spagna; art. 76, c. 2 Cost. Giappone; art. 206 Cost. Portogallo.

ai poteri politici: nei confronti del potere esecutivo, solitamente è garantita dalla previsione di una riserva di legge assoluta in materia; verso il potere legislativo, è protetta dalla previsione della soggezione dei giudici solo alla legge, cioè al rispetto dell'ordinamento costituzionale senza subire influenze esterne. L'indipendenza interna, allo stesso tempo, garantisce l'autonomia del giudice in quanto individuo singolo nell'espletamento del suo mandato all'interno dell'ufficio di cui è parte, cioè la mancanza di soggezione nei confronti di altri giudici.

Varie garanzie sono previste per la protezione dell'indipendenza: la selezione dei giudici attraverso criteri imparziali e oggettivi; l'incompatibilità con l'espletamento di altre funzioni³¹; la previsione di trasferimento del giudice solo nei casi e modi previsti dalla legge e con il suo consenso (inamovibilità)³²; la non soggezione a livello gerarchico del giudice nei confronti del dirigente dell'ufficio giudiziario e dei giudici superiori; la previsione di diversi gradi di giudizio, in cui ogni giudice svolge la sua funzione giurisdizionale liberamente senza vincoli relativamente alle decisioni dei colleghi.

2.3. *Il reclutamento dei giudici.*

La selezione dei magistrati acquista caratteristiche diverse in base al modello di magistratura adottato³³. Nel modello professionale le nomine dei giudici provengono dalla politica, dalla avvocatura (Inghilterra e Galles) oppure dalla professione legale o dal mondo accademico o degli affari (Stati Uniti): questi giudici non sono funzionari pubblici. Invece, nel modello burocratico, tipicamente i giudici sono assunti tramite concorso: in questo caso, sono funzionari statali che avranno un avanzamento di carriera derivante da valutazione dell'operato.

In Inghilterra e in Galles, i giudici formalmente ricevono la nomina dal Re (o Regina), ma per i giudici dei livelli superiori la proposta è del Primo ministro mentre per la grande maggioranza la proposta è del Lord Cancelliere. In passato erano selezionati tra i *barristers*, cioè gli unici avvocati che potevano apparire di fronte alle Corti superiori; in seguito, nel 1990, il *Court and Legal Services Act* ha ammesso i *solicitors*, gli avvocati

³¹ Art. 98, c. 3. Cost. italiana; art. 127, c. 1 Cost. spagnola.

³² Art. 107, c.1 Cost. italiana.

³³ MORBIDELLI, VOLPI, CERRINA FERONI, *Diritto Costituzionale Comparato*, cit. alla nota 2, pp. 408 ss.

di livello inferiore, al patrocinio davanti alle Corti superiori e, di conseguenza, possono essere nominati come giudici. Oggi, a seguito del *Constitutional Reform Act* del 2005, il processo di selezione prevede anche un ruolo della *Judicial Appointments Commission*³⁴ che propone le nomine in base a criteri oggettivi e trasparenti e le sottopone all'approvazione del Cancelliere: se l'esito è positivo, la proposta è comunicata al Primo ministro; altrimenti, può rifiutarla o chiedere una riconsiderazione. Inoltre, la stessa riforma del 2005 ha istituito una Corte Suprema, in ottica di sostituzione dell'*Appellate Committee*, che ha il potere di dichiarare l'incompatibilità di una legge con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Negli Stati Uniti, il reclutamento ha procedimenti diversi per i giudici statali e per i giudici federali³⁵. Per quanto riguarda i primi, le modalità di selezione sono tre: generalmente i giudici sono eletti dal popolo con un'elezione, che è comunque influenzata dai partiti; in altri Stati la nomina proviene dal Governatore o dal Parlamento statale; infine, in alcuni altri Stati è previsto il c.d. *Missouri Plan*³⁶. Tutti e tre i procedimenti portano a una forte politicizzazione dei giudici, che, se non direttamente uomini politici, sono comunque legali ai partiti. Per quanto riguarda i giudici federali, questi sono seicentocinquantesette: si dividono in novantaquattro distretti di primo grado e undici *circuit courts* (corti di appello interstatali), più due a Washington D.C. Questi giudici sono nominati dal Presidente, che li sceglie tra le liste preparate dall'*Attorney General*. Nonostante ogni nomina debba essere approvata dal Senato, sono comunque nomine politiche e partitiche. Per prassi, si richiede anche il parere dei senatori dello Stato in cui quel giudice dovrà andare a ricoprire l'ufficio³⁷: se i pareri sono negativi, il Senato probabilmente rigetterà la nomina. Come si nota, quindi, anche sui giudici federali vi è una forte influenza politica. Peraltro, solo questi ultimi sono protetti dalle garanzie di inamovibilità e di non modifica della retribuzione, mentre il mandato dei giudici è a tempo determinato e senza garanzia di riconferma.

³⁴ La JAC è un organo indipendente dal Governo, la cui composizione è mista: sei membri non togati, tra cui il Presidente; sette magistrati e due avvocati.

³⁵ RIZZO S., *Magistratura e potere politico negli Stati Uniti*, in *Dem. dir., Sistema politico e magistrature*, 3-4/2011.

³⁶ Il *Missouri Plan* si articola in tre fasi: i candidati sono designati da una commissione di esperti di nomina del Governatore (ma nei fatti scelti dalle *bar associations*, cioè le associazioni degli avvocati); poi, i giudici sono nominati dal Governatore; infine, i cittadini approvano la nomina.

³⁷ È la c.d. *senatorial courtesy*. Ha particolare rilievo il parere del senatore appartenente al partito del Presidente.

I giudici degli ordinamenti europeo-continentali, invece, sono funzionari pubblici tipicamente scelti tramite concorso, le cui caratteristiche differiscono a seconda del Paese. In Italia, dal 2006³⁸, oltre alla laurea in giurisprudenza, sono richiesti ulteriori titoli o qualifiche per poter accedere al concorso³⁹; il positivo esito di quest'ultimo conduce alla nomina di magistrato ordinario, a cui seguono diciotto mesi di tirocinio. In Germania, il processo si articola in tre fasi: successivamente alla laurea, si accede ad un primo esame di Stato, il cui superamento comporta l'acquisizione della qualifica di dipendente pubblico; a questo segue un tirocinio di due anni e, infine, un secondo esame di Stato per accedere ad una professione legale, tra cui anche quella di giudice. Invece, la Francia e la Spagna prevedono un concorso a cui può partecipare chi ha la laurea in legge, al cui superamento segue l'ammissione alla Scuola della Magistratura.

In alcuni ordinamenti, poi, è previsto un accesso laterale alla magistratura, cioè senza la necessità di un concorso o di prove selettive. Per esempio, in Italia, è prevista la chiamata «per meriti insigni» di professori ordinari universitari e di avvocati per ricoprire il ruolo di consigliere della Corte di cassazione⁴⁰.

2.4. *La formazione dei giudici.*

La professionalità e preparazione dei magistrati in quanto individui rappresenta un'altra garanzia di indipendenza e imparzialità del potere giudiziario, oltre a contribuire ad una migliore amministrazione della giustizia. Si suddivide in due momenti: la formazione iniziale, che riguarda la preparazione in vista dell'adeguato espletamento della funzione giurisdizione subito dopo la nomina, e la formazione permanente o continua, che si riferisce al costante aggiornamento del giudice relativamente alle modifiche legislative e le evoluzioni della giurisprudenza⁴¹.

³⁸ Decreto legislativo del 5 aprile 2006, n. 16, che stabilisce la nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150.

³⁹ Questo sistema, che risponde all'esigenza di avere come giudici persone di preparazione elevata, ha prodotto però due effetti negativi: l'innalzamento dell'età in cui in media si accede alla magistratura e la predilezione di altre carriere, che richiedono tempi più brevi, da parte dei neolaureati in legge.

⁴⁰ Art. 106, c. 3 della Costituzione italiana.

⁴¹ OBERTO G., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Padova, 2008.

Generalmente, la necessità di una formazione del giudice è meno avvertita negli ordinamenti di *common law*, poiché si diventa magistrati dopo aver praticato per diversi anni la professione di avvocato o di procuratore, di professore universitario in materie giuridiche o di amministratore pubblico. Nonostante questo, però, non si può nascondere il fatto che l'esercizio della funzione giurisdizionale sia a tutti gli effetti una nuova professione, che richiede una preparazione particolare. Negli Stati Uniti, la grande platea entro cui i giudici sono selezionati, insieme alla valutazione dell'esperienza politica, costituisce la base della qualifica professionale della magistratura.

Nei Paesi di *civil law*, invece, si è sempre più diffusa l'idea di "Scuola di Magistratura", cioè un istituto apposito che forma i futuri magistrati: in passato, Italia e Belgio erano le eccezioni a questo modello, ma ora anche questi due Paesi hanno previsto tale istituto. Possono essere individuati tre modelli di Scuole: il primo prevede che la Scuola sia dipendente dal Consiglio della Magistratura (come previsto in Spagna), il secondo rende la Scuola dipendente dal Ministro della giustizia (come previsto in Francia) e il terzo costituisce una posizione intermedia in quanto prevede un'istituzione autonoma ma in collaborazione sia con il Ministro della giustizia sia con il Consiglio Superiore della Magistratura (come previsto in Italia). In Germania, il sistema di formazione dei giudici è peculiare, poiché la Scuola è comune a tutte le professioni legali.

3. Le classificazioni dei sistemi di controllo di costituzionalità.

Nel momento in cui si intende la giustizia costituzionale come sindacato sulla compatibilità delle leggi rispetto al testo costituzionale da parte di un tribunale posto in posizione di terzietà, è possibile individuare diverse soluzioni adottate dagli ordinamenti. Non è semplice, a questo riguardo, procedere a delle classificazioni e la stessa distinzione tra *civil law* e *common law* non è rilevante in ambito di controllo di costituzionalità. Tuttavia, sono stati individuati alcuni criteri di classificazione, come la natura "giurisdizionale" o "politica" del controllo e il carattere "diffuso" o "accentrato" del controllo.

3.1. Controllo “giurisdizionale” e controllo “politico”.

Preliminarmente, si può distinguere tra controllo “giurisdizionale”, che si riferisce a un sindacato svolto da organi terzi (giudici imparziali) che non hanno partecipato al processo legislativo e che non hanno interessi politici, e controllo “politico”, che indica ogni altra forma di controllo che non rispetti tali caratteristiche. In breve, si parla di controllo “giurisdizionale” quando è esercitato dal potere giudiziario nell’esercizio della funzione giurisdizionale, mentre con controllo “politico” si fa riferimento a quello affidato ad organi di natura politica⁴².

I due tipi di controllo si distinguono ulteriormente per il momento in cui intervengono: il controllo giurisdizionale è successivo rispetto alla promulgazione della legge, mentre il controllo politico tipicamente prevede un controllo preventivo, cioè il sindacato si inserisce all’interno del procedimento legislativo intervenendo prima dell’entrata in vigore dell’atto normativo⁴³.

Per esempio, una forma di controllo politico è il sindacato “interno” che le stesse Assemblee legislative esercitano. In Francia, fino alla Costituzione della V Repubblica entrata in vigore nel 1958, il controllo costituzionalità con relativo potere di interpretare la Costituzione era affidato di fatto al Parlamento: il Comitato apposito doveva verificare la conformità della legge, non ancora perfezionata, al testo costituzionale e, in caso di difformità, doveva invitare le Camere a raggiungere un accordo per sanare la violazione oppure, in mancanza di questo, procedere ad una modifica della Costituzione⁴⁴.

In realtà, anche la Costituzione italiana prevede una forma di controllo politico da parte del Presidente della Repubblica: l’art. 74 della Costituzione garantisce al Presidente, in fase di promulgazione di una legge approvata dal Parlamento, il potere di inviare un messaggio motivato alle Camere nel caso in cui ravvisi possibili incostituzionalità o profili di inopportunità rispetto a principi costituzionali e chiedere una nuova

⁴² CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, p. 4.

⁴³ DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, p. 323.

⁴⁴ MORBIDELLI, VOLPI, CERRINA FERONI, *Diritto Costituzionale Comparato*, cit. alla nota 2, pp. 437 ss.

deliberazione. Dato che la legge non è ancora in vigore, questo tipo di controllo è preventivo⁴⁵.

3.2. *Controllo giurisdizionale: “diffuso” e “accentrato”.*

All'interno del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, sono poi individuate due categorie sotto il profilo “soggettivo”: il sistema “diffuso” e il sistema “accentrato”.

Il primo indica un sistema di controllo di matrice statunitense, in cui il sindacato è affidato a tutti gli organi giudiziari dell'ordinamento ed essi lo esercitano in modo incidentale, cioè in occasione di una soluzione di una controversia concreta.

Il secondo, invece, si fa risalire a una ascendenza kelseniana e indica un potere di controllo che è esercitato da un organo giudiziario specializzato e istituito per questo particolare compito.

3.2.1. *Il sistema “diffuso” negli Stati Uniti: origine e caratteristiche.*

Il modello “diffuso” di sindacato di costituzionalità è nato negli Stati Uniti ed è stato poi adottato in altri ordinamenti, come Canada, India, Australia, Argentina, Svezia, Danimarca e Norvegia.

Negli Stati Uniti il potere di dichiarare la legittimità costituzionale o meno di una legge, cioè il c.d. potere di *judicial review*, non è affidato ad una corte apposita, bensì è compito di tutti i giudici: nella risoluzione di reali controversie portate alla loro attenzione (controllo concreto), possono decidere di non applicare una legge statale o federale già entrata in vigore (controllo successivo) poiché ritenuta in violazione del testo costituzionale.

⁴⁵ Come è noto, poi, in Italia è previsto un controllo successivo della costituzionalità delle leggi da parte della Corte costituzionale, che nasce nell'aprile del 1956. La sua creazione è considerata una delle più rilevanti novità nell'ambito della Costituzione italiana del 1947. Infatti, l'istituzione di un controllo di legittimità formale e sostanziale delle leggi e degli atti aventi forza di legge (art. 134 Cost.) non ha un diretto precedente nella storia dell'ordinamento giuridico istituzionale italiano: lo Statuto Albertino del 1848, concesso dal Re Carlo Alberto, prevedeva una “costituzione flessibile”, cioè emendabile senza alcuna procedura rinforzata rispetto alla procedura legislativa prevista per una legge ordinaria.

Come vedremo, questo potere non è dichiarato espressamente dalla Costituzione federale, ma è nato dalla giurisprudenza: è stato dichiarato per la prima volta nella famosa sentenza *Marbury v. Madison* del 1803⁴⁶, in cui il *Chief Justice* John Marshall e gli altri giudici della Corte Suprema sostennero l'incostituzionalità di una legge federale poiché in violazione dell'art. 3 della Costituzione. L'argomentazione utilizzata per raggiungere tale conclusione è divenuta una pietra miliare del diritto costituzionale americano⁴⁷.

Pertanto, il potere dei giudici di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi è stato sancito in via interpretativa: dal momento che la Costituzione è "superiore" rispetto alla legge ordinaria, quando la corte deve applicare una legge che, secondo la sua opinione, viola la Costituzione, i giudici devono interpretare il diritto in un modo che riconosca prevalenza al testo costituzionale e non al testo legislativo incostituzionale⁴⁸.

Il potere di *judicial review* è di carattere "concreto" poiché, da una parte, è il corollario dell'obbligo per il giudice di arrivare alla decisione di un caso portato alla sua attenzione e, dall'altra, diviene strumento funzionale alla soluzione della controversia concreta. In questo modo, secondo Tocqueville, gli americani hanno garantito ai giudici un grande potere politico, ma allo stesso tempo hanno diminuito i pericoli di questo potere poiché li hanno limitati ad attaccare le leggi solo attraverso mezzi giudiziari.

Allo stesso tempo, il potere di non applicare la legge ritenuta incostituzionale con effetto limitato *inter partes*, cioè alle sole parti in quella causa, invece che con efficacia *erga omnes*, consente di non violare formalmente il principio di separazione dei poteri, poiché tecnicamente il giudice non invade il potere legislativo. Tuttavia, nonostante la sentenza abbia natura dichiarativa, la presenza del principio dello *stare decisis*, secondo cui i precedenti giudiziari delle corti superiori sono vincolanti per le corti inferiori e, pertanto, devono essere rispettati in successivi casi analoghi, fa acquisire un'efficacia generale alla sentenza a poco a poco. Infatti, per via del precedente vincolante, la semplice disapplicazione nel caso concreto può trasformarsi in un'espunzione della determinata legge, valida per ogni altro caso futuro: diviene, quindi, un annullamento della legge incostituzionale. Per esempio, se una *circuit court* disapplica una legge federale poiché ritenuta incostituzionale, quella decisione non vincolerà una diversa *circuit court*, che

⁴⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803.

⁴⁷ MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, 6° ed., Torino, 2018, p. 3.

⁴⁸ CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit. alla nota 42, pp. 67 ss.

potrà raggiungere una conclusione opposta rispetto alla costituzionalità della stessa legge; questo conflitto, probabilmente, raggiungerà la Corte Suprema, al vertice della gerarchia, e la sua decisione vincolerà tutte le corti inferiori. Per cui, l'incertezza è temporanea.

La Corte Suprema non ha la prerogativa esclusiva di sindacare la costituzionalità delle leggi, ma ha il potere di ultima parola. Come vedremo⁴⁹, ha ampia discrezionalità nello scegliere quali casi e quali questioni intende decidere, ma solitamente i casi su cui le corti si siano divise ricevono la sua attenzione.

⁴⁹ Vedi capitolo III, paragrafo 1.

CAPITOLO II

LA STORIA ED EVOLUZIONE

DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

1. *La nascita della Corte Suprema: la Costituzione e il Judiciary Act del 1789.*

Il lavoro svolto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti ha senza dubbio rappresentato una parte sostanziale della storia costituzionale e politica americana¹. Della Corte Suprema come istituzione, della sua origine e sviluppo, della sua evoluzione in organo di governo non vi è stata però una cronaca sistematica. Infatti, le vite dei giudici e i commenti di sentenze miliari sono stati abbondantemente approfonditi, ma per la storia della Corte in quanto tale i riferimenti appaiono nel complesso piuttosto scarsi². Nel 1922, tuttavia, Charles Warren ha pubblicato un resoconto sistematico, scolastico e di facile lettura, della Corte Suprema e del suo lavoro, dalla sua origine nel 1789 fino al 1918³.

Le origini della Corte sono inevitabilmente legate alla struttura del potere giudiziario negli Stati Uniti. Alexander Hamilton, uno dei più noti *Founding Fathers*, scrisse a questo proposito che il principio della separazione dei poteri avrebbe dovuto dare alle corti il potere di “giudicare”, così che potessero funzionare da «corpo intermedio tra il popolo e il legislatore, in modo, tra le altre cose, da mantenere quest’ultimo entro i

¹ CUSHMAN R. E., *History of the Supreme Court in resume*, in *Minnesota Law Review*, 1922-1923, vol. 7, p. 275.

² In particolare, due testi di riferimento: CARSON H. L., *The history of the Supreme Court of the United States with biographies of all the Chief and Associate Justices*, Philadelphia, 1902 e MYERS G., *History of the Supreme Court*, Chicago, 1912. Il primo può essere descritto come un elogio sentimentale, mentre il secondo è scritto da un punto di vista socialista.

³ WARREN C., *The Supreme Court in United State History*, Boston, 1922.

limiti assegnati»⁴. Non tutti erano d'accordo con questa visione. Infatti, nel momento in cui la Costituzione cominciò ad essere operativa, la società americana era già impegnata in un vasto dibattito circa il ruolo che le corti avrebbero dovuto avere nel nuovo assetto costituzionale. Quando, il 4 marzo 1789, il nuovo governo istituito dalla Costituzione cominciò ad operare, molti elementi del nuovo sistema erano ancora incerti⁵, ma il maggiore di questi era lo scopo che avrebbe dovuto avere il potere giudiziario federale e i dettagli pratici di come tale potere avrebbe dovuto funzionare.

L'articolo 3 della Costituzione stabilisce la Corte Suprema⁶, ma gli autori della Costituzione non avevano raggiunto un accordo su diversi punti fondamentali. Per esempio, nel testo non è specificato se e quante corti federali inferiori istituire⁷, quali tipi di casi le corti federali dovrebbero esaminare, quale relazione la Corte Suprema dovrebbe avere con le corti statali o quanti giudici devono sedere nella Corte Suprema. Perciò, i *drafters* lasciarono al Congresso il compito di risolvere tali questioni, ma rispettando i limiti posti dall'articolo 3⁸.

Nell'aprile 1789, il Primo Congresso si riunì a New York. I membri subito iniziarono a discutere di una legge (*bill*) per stabilire le corti federali, poiché era chiara agli osservatori contemporanei l'importanza di un *judiciary bill*, ma anche la difficoltà di raggiungere un accordo al riguardo. Una Commissione di dieci membri lavorò ad una prima versione di un testo di legge, che fu poi inviata ad avvocati e giuristi in tutto il Paese, con la richiesta di far pervenire commenti e suggerimenti. Ne risultò un testo di compromesso per bilanciare i diversi interessi coinvolti, in particolare la volontà dei

⁴ HAMILTON A., *The Federalist No. 78*, in SHAPIRO I. (a cura di), *The Federalist*, New Haven, 2009, p. 392. Questo è uno dei tanti commentari che furono stampati in giornali e venduti come opuscoli mentre aveva luogo il dibattito sulla ratificazione della Costituzione americana. Hamilton lo pubblicò nel 1788 sotto lo pseudonimo "Publius" e il pezzo era parte di una "Collezione di saggi, scritti a favore della nuova Costituzione".

⁵ Come descritto da GIENAPP J., *The second creation: fixing the American Constitution in the Founding Era*, Boston, 2018, p. 154: «La Costituzione nacque senza molti dei suoi attributi definiti; questi hanno dovuto essere forniti attraverso atti di immaginazione».

⁶ Art. 3, sezione prima, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Del potere giudiziario degli Stati Uniti saranno investite una Corte Suprema e le Corti inferiori che di tempo in tempo il congresso potrà istituire e disciplinare. [...]».

⁷ La decisione degli autori della Costituzione di lasciare la questione delle corti federali inferiori al Congresso è stata chiamata dai commentatori moderni "*the Madisonian Compromise*".

⁸ Art. 3, sezione seconda, Costituzione degli Stati Uniti d'America, a proposito della giurisdizione: «[...] In tutti i casi riguardanti ambasciatori, altri rappresentanti pubblici o consoli, e quelli in cui uno Stato sia parte, la Corte suprema ha giurisdizione originaria. In tutti gli altri casi prima menzionati, la Corte suprema ha giurisdizione d'appello, sia in diritto sia in fatto, con le eccezioni e secondo le regole che il Congresso stabilirà. [...]».

Federalists di creare un apparato giudiziario federale forte contro il desiderio degli *Anti-Federalists* di mantenere l'autonomia degli Stati⁹. Dopo numerose revisioni e vari emendamenti, il *bill* fu approvato dal Senato e dalla Camera. Infine, il Presidente George Washington firmò il primo *Judiciary Act* il 24 settembre 1789¹⁰.

Il *Judiciary Act* era molto più di una semplice riaffermazione dell'articolo 3 della Costituzione. Infatti, le sue disposizioni furono intensamente dibattute e perfino i suoi sostenitori avevano espresso qualche riserva. Per esempio, James Madison descrisse la legge come «la migliore possibile al momento», sottolineando che comunque «potrebbe non soddisfare nessuno dei membri della Camera in tutte le sue parti»¹¹.

Il *Judiciary Act* del 1789 stabiliva una Corte Suprema composta da sei giudici: un *Chief Justice* e cinque *associate Justices*. Inoltre, collocava la Corte al vertice della gerarchia delle corti, sia statali sia federali, del Paese. Definiva la giurisdizione della Corte, quella originaria così come quella d'appello. Infine, la sezione 25 dell'*Act* era vista come particolarmente delicata poiché poneva la Corte Suprema nella posizione di controllare le decisioni dei giudici delle corti statali; infatti, quest'ultima garantiva alla Corte il potere di revisionare certe decisioni delle più alte corti statali¹².

I proponenti dell'*Act*, però, sostenevano che un “robusto” sistema di corti federali inferiori con il potere di decidere casi riguardanti la legge federale avrebbe garantito un sistema di protezione dei diritti e delle garanzie costituzionali più efficiente rispetto ad un affidamento alle sole corti statali¹³. Di conseguenza, il *Judiciary Act* del 1789 si occupò anche di creare un sistema di corti federali inferiori, suddivise in due categorie: *district courts* e *circuit courts*. Entrambi i tipi di corti erano prevalentemente tribunali di prima istanza, la cui giurisdizione dipendeva dalla natura della causa, dalla cittadinanza delle parti e dalla somma in controversia. Le *circuit courts* avevano anche una limitata giurisdizione d'appello. Ognuno dei tre *circuits* (*eastern*, *middle* e *southern*) era composto da un giudice distrettuale e due giudici della Corte Suprema, a cui l'*Act*

⁹ A questo proposito, LACROIX A. L., *The ideological origins of American federalism*, Boston, 2011, pp. 182-185.

¹⁰ *An Act to Establish the Judicial Courts of the United States*, capitolo 20, 1 Stat. 73, 1789.

¹¹ LACROIX, *The ideological origins of American federalism*, cit. alla nota 9, pp. 186.

¹² PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Final Report*, 2021, p. 37.

¹³ Argomenti simili a favore dell'espansione della giurisdizione federale continuarono anche durante il XIX secolo.

imponere di tenere udienze in ogni distretto del *circuit* due volte all'anno (c.d. *circuit riding*).

Quest'ultimo era uno dei tratti più controversi dei primi cento anni di esistenza del sistema giudiziario statunitense. Il sistema del *circuit riding* legava la Corte Suprema ai *circuits*, in termini sia numerici sia geografici. La decisione di prevedere sei giudici nella composizione della Corte Suprema permetteva una divisione uniforme tra i tre *circuits*. L'imposizione di questo obbligo comportava un sostanziale carico di viaggio ma, nonostante qualche rimostranza da parte dei giudici¹⁴, faceva in modo che questi lasciassero la capitale e conoscessero le periferie del Paese, dove entravano in contatto con un vasto numero di avvocati. Inoltre, in queste occasioni, i giudici della Corte Suprema dovevano decidere i casi come giudici di prima istanza e questo li obbligava a confrontarsi con “*issues of fact*”, con le giurie, con le procedure e con le prove.

La Corte Suprema cominciò ad operare quattro mesi dopo l'approvazione del *Judiciary Act*. Alla sessione iniziale del 2 febbraio 1790 erano presenti solo tre *associate Justices*, oltre al *Chief Justice* John Jay.

Il lavoro della Corte iniziò mentre la discussione sul *Judiciary Act* continuava. Infatti, entro un anno dalla prima sessione della Corte, la riforma dell'apparato giudiziario federale era al centro del dibattito pubblico a causa dell'insoddisfazione riguardo la ripartizione di potere tra le corti distrettuali e le *circuit courts* e tra le corti federali e le corti statali. Nel 1790, Edmund Randolph, Procuratore Generale del Presidente Washington, in un *report* al Congresso raccomandò una ristrutturazione delle corti federali¹⁵. Alcune delle modifiche suggerite riguardavano la fine del sistema di *circuit riding* e l'espansione della giurisdizione delle corti federali inferiori¹⁶. Il progetto di Randolph non guadagnò sufficiente supporto, ma la riforma delle corti federali era un argomento costante del dibattito politico nei primi anni della Nazione.

¹⁴ In una lettera del 1791 il giudice James Iredell scrisse alla moglie Hannah di una «casa da mascalzoni dove ebbi la sfortuna di essere obbligato ad andare sabato sera».

¹⁵ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 12, p. 38.

¹⁶ Secondo il *Judiciary Act* del 1789, cit. alla nota 10, la giurisdizione delle corti federali inferiori comprendeva principalmente casi di ammiragliato e casi riguardanti crimini federali minori.

2. La Corte Suprema nel Early National Period.

Durante gli anni '90 del 1700, il Congresso continuò a discutere sulla riforma della giustizia federale e le critiche maggiori si concentravano sugli obblighi del *circuit riding*. Nel 1799, il Presidente John Adams approfittò del messaggio annuale al Congresso per portare l'attenzione dei membri sulla necessità di iniziare «una revisione e modifica del sistema giudiziario» per «dare giusto effetto alla amministrazione civile del Governo e assicurare una giusta esecuzione delle leggi»¹⁷.

Dopo un incontro avvenuto tra alcuni membri di una Commissione della Camera dei Rappresentanti e alcuni giudici a cui erano stati chiesti suggerimenti per una riforma, nel marzo 1800 il deputato Robert Goodloe Harper del Sud Carolina presentò la bozza di un testo di legge con sostanziali riforme della giustizia federale. La legge espandeva la giurisdizione delle corti federali inferiori, comprendendo tutti i casi riguardanti la legge federale, aumentava il numero dei distretti e dei *circuits* e poneva termine agli obblighi di *circuit riding*¹⁸. Inoltre, il *bill* riduceva il numero dei giudici della Corte Suprema da sei a cinque nel momento in cui ci fosse stato un posto vacante¹⁹. Dopo alcune modifiche, la legge ottenne l'approvazione di Camera e Senato e fu firmata dal Presidente Adams nel 1801²⁰.

Quattro giorni dopo l'approvazione del *Judiciary Act* del 1801, la Camera risolse la disputa nata intorno alle elezioni presidenziali del 1800 eleggendo Jefferson alla trentaseiesima votazione. Nonostante le riforme della giustizia federale fossero state dibattute per decenni, le elezioni del 1800 accrebbero la polarizzazione politica e, di conseguenza, la politicizzazione della giustizia.

Infatti, quando Jefferson e i Repubblicani presero controllo della presidenza e del Congresso, nel 1801, si mossero rapidamente per vanificare le riforme dei Federalisti. L'8 marzo 1802 il *Judiciary Act* del 1801 era già stato sostituito dal *Judiciary Act* del 1802²¹. Quest'ultimo reintrodusse il sistema di *circuit riding*, limitò nuovamente la

¹⁷ ADAMS J., *Third Annual Message*, 3 dicembre 1799.

¹⁸ *Harper Judiciary Bill*, 1800.

¹⁹ Probabilmente, l'obiettivo era di impedire ad un futuro Presidente di modellare la Corte.

²⁰ *An Act to Provide for the More Convenient Organization of the Courts of the United States*, capitolo 4, 2 Stat. 89, 1801.

²¹ *An Act to Repeal Certain Acts Respecting the Organization of the Courts of the United States; and for Other Purposes*, capitolo 8, 2 Stat. 132, 1802.

giurisdizione delle corti federali inferiori e revocò la riduzione pianificata del numero di giudici della Corte Suprema, ma mantenendo l'aumento del numero di *circuits*. Di conseguenza, dopo il 1802, il numero dei *circuits* coincideva con il numero di giudici della Corte.

Il *Judiciary Act* del 1802 accese ulteriormente il dibattito sulle corti federali, poiché tutte le parti accusavano le altre di sfruttare l'apparato giudiziario per interessi politici²². Inoltre, la sostanza e la struttura del potere giudiziario federale erano fortemente contestate in tale periodo storico.

Uno dei più importanti lasciti della presidenza Adams è stata la nomina di John Marshall come *Chief Justice*, nel gennaio 1801. Durante i suoi 34 anni di mandato, la Corte diventò più forte come istituzione, rivendicò il potere di interpretare la Costituzione e affermò la visione degli Stati Uniti come un'unione rispetto ad una confederazione.

Nel 1803, il giudice Marshall fu l'autore di due opinioni fondamentali su due questioni chiave di diritto costituzionale: *Marbury v. Madison*²³ e *Stuart v. Laird*²⁴. In entrambi questi casi la Corte dimostrò una notevole abilità: riuscì ad aggiudicarsi nuovi poteri e, allo stesso tempo, far apparire come se stesse limitando i suoi poteri²⁵.

Marbury v. Madison stabilì principi che sopravvivono fino ad oggi²⁶. In primo luogo, dichiarò il potere di *judicial review*²⁷ delle azioni dell'esecutivo, distinguendo un'area in cui la Corte può intervenire poiché il governo ha degli obblighi nei confronti dei diritti individuali da un'altra area in cui il governo ha discrezione nel decidere come agire e il cui controllo, perciò, è affidato al processo politico. In secondo luogo, stabilì che l'articolo 3 della Costituzione autorizza la massima giurisdizione delle corti federali e il Congresso non può espandere la giurisdizione "originale", ossia di prima istanza,

²² Jefferson accusava i *Federalists* di essersi affidati all'apparato giudiziario per affrontare le sconfitte elettorali, mentre Hamilton avvisava che, se il nuovo *Judiciary Act* fosse stato approvato, l'indipendenza della giustizia sarebbe stata distrutta.

²³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803.

²⁴ *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299, 1803.

²⁵ Entrambi i casi erano di stampo intrinsecamente politico, essendo nati dalle elezioni del 1800, e la loro aggiudicazione era stata ritardata dalla decisione del Congresso di Jefferson di posporre il *term* della Corte Suprema nel 1802.

²⁶ A questo proposito, CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, 6th ed., New York, 2019, pp. 8 ss.

²⁷ Il potere di *judicial review* è il potere della Corte Suprema e delle corti federali di esaminare leggi o azioni dell'esecutivo alla luce della Costituzione e impedirne l'applicazione se giudicate incompatibili con quest'ultima.

della Corte Suprema²⁸. Infine, affermò il potere di *judicial review* di atti legislativi, dichiarando incostituzionale la norma del *Judiciary Act* del 1789²⁹ che, secondo l'interpretazione di Marshall, avrebbe consentito ai giudici di rilasciare “*mandamus*”³⁰ in casi di giurisdizione “originale”, come quello che si presentava davanti alla Corte in quell'occasione. Infatti, Marbury si era rivolto alla Corte Suprema in prima istanza chiedendo un “*writ of mandamus*” nei confronti di un funzionario degli Stati Uniti³¹.

In sintesi, il giudice Marshall sfruttò l'opportunità per affermare, in particolare, due principi che sono il fondamento del diritto costituzionale americano. Se un ramo del governo viola la legge, la Corte Suprema ha il potere di dichiararlo e costringere l'esecutivo o il legislativo ad ottemperare. Inoltre, ciò che la Corte Suprema dichiara interpretando il testo costituzionale è “la Costituzione”. Questi assunti non hanno un riferimento esplicito testuale nella Costituzione, ma la combinazione tra l'articolo 3 della Costituzione, la “*Supremacy Clause*” dell'articolo 6 della Costituzione³², la tradizione anglo-americana e la natura scritta della Costituzione suggerirono ai giudici che il *judicial review* rientrasse tra i poteri della Corte.

²⁸ L'art. 3, sezione seconda, clausola seconda, Costituzione degli Stati Uniti specifica la giurisdizione della Corte Suprema, separandola in “*original jurisdiction*” e “*appellate jurisdiction*”. Solo i casi riguardanti «[...] *Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party* [...]» sono affidati alla Corte in “*original jurisdiction*”. Tutti gli altri casi rientranti nella giurisdizione delle corti federali possono essere giudicati dalla Corte Suprema solo in “*appellate jurisdiction*”. Nonostante il testo dell'art. 3 preveda anche una “*Exception Clause*”, che sembrava permettere al Congresso di trasferire casi di “*appellate jurisdiction*” alla “*original jurisdiction*” e viceversa, Marshall non condivide la lettura della clausola in questo senso. Al riguardo, MAY C. N., IDES A. & GROSSI S., *Examples and Explanations for Constitutional Law: National Power and Federalism*, 8th ed., New York, 2019, pp. 10 ss.

²⁹ *An Act to Establish the Judicial Courts of the United States*, capitolo 20, §13, 1 Stat. 73, 1789: «*The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases hereinafter specially provided for; (...) and shall have power to issue writs of prohibition (...) to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any court appointed, or persons holding office, under the authority of the United States*».

³⁰ Un “*mandamus*” è un ordine rilasciato da una corte o un ufficiale ad una corte inferiore o ad un ufficiale inferiore, richiedendo loro di mettere in atto una particolare attività specificata o di cessare un'attività.

³¹ In realtà, una lettura attenta della norma mette in dubbio il fatto che quest'ultima autorizzasse il potere di “*mandamus*” in casi davanti alla Corte Suprema in prima istanza, poiché lo statuto sembra descrivere la giurisdizione d'appello. Se, però, la Corte avesse interpretato la norma in questo senso, non avrebbe avuto occasione di affermare il suo potere di dichiarare le leggi federali incostituzionali.

³² Art. 6, sezione seconda, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Questa Costituzione, e le leggi degli Stati Uniti che saranno emanate in sua applicazione; e tutti i trattati stipulati o che saranno stipulati sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; e in ciascuno Stato i giudici ne saranno vincolati, senza considerare qualsiasi cosa sia disposta in contrario nella Costituzione o nelle leggi di qualsiasi Stato».

Anche la decisione di *Stuart v. Laird* comportò importanti conseguenze per il ruolo dell'apparato giudiziario nel sistema costituzionale³³. In questo caso, la Corte era tenuta a decidere la costituzionalità del *Judiciary Act* del 1802. La prima questione da risolvere era se fosse possibile per il Congresso abrogare le *circuit courts* create dal *Judiciary Act* del 1801 senza violare l'articolo 3 della Costituzione, che prevede che i giudici mantengano l'ufficio «*during good behaviour*». La domanda riguardava poi la costituzionalità del *circuit riding*. I giudici ritennero il *Judiciary Act* del 1802 costituzionale, spiegando che la riorganizzazione delle corti federali inferiori rientrava nei poteri del Congresso e il sistema del *circuit riding* era stato reso costituzionale dalla consuetudine.

La decisione in *Stuart* obbligò la Corte ad affrontare questioni esistenziali riguardo l'equilibrio tra l'indipendenza del giudiziario e il controllo del Congresso sulle corti. Questa decisione, quindi, può essere considerata perfino più apertamente politica di quella in *Marbury*³⁴.

In ogni caso, come dimostrano queste due decisioni, la Corte Suprema era al centro delle negoziazioni riguardanti sia il diritto sia la politica durante il Diciannovesimo secolo. Attraverso le sue decisioni sostanziali, pur mostrandosi attenta al contesto politico, la Corte stabilì il suo potere e guadagnò autorità sotto la guida del giudice Marshall. Le riforme strutturali, però, continuarono ad essere un costante argomento di discussione. Infatti, nel 1807 il Congresso aumentò a sette il numero dei giudici della Corte e aggiunse un settimo *circuit*³⁵. Perciò, il numero dei giudici e il numero dei *circuits* erano ancora intesi come necessariamente legati. Periodicamente, poi, erano proposte modifiche alla giurisdizione della Corte³⁶.

³³ *Stuart v. Laird*, cit. alla nota 24.

³⁴ Lo stesso *Chief Justice* Marshall era scettico riguardo le basi della decisione. Nella sua lettera indirizzata a Henry Clay del 1823, ironicamente, commenta: «[...] la memorabile distinzione riguardante il mandato dell'ufficio, tra rimuovere il giudice dall'ufficio e rimuovere l'ufficio dal giudice».

³⁵ *Act of February 24, 1807*, capitolo 16, 2 Stat. 420, 1807.

³⁶ Per esempio, alcuni avrebbero volute spogliare la Corte del suo potere ex art. 25 del *Judiciary Act* del 1789, cit. alla nota 10, di giudicare in appello in casi nati nelle corti statali. A questo proposito, WIECEK M., *Murdock v. Memphis: section 25 of the 1789 Judiciary Act and judicial federalism*, in MARCUS M. (a cura di), *Origins of the Federal Judiciary*, 1st ed., Oxford, 1992, pp. 225-229.

3. La Jacksonian Era.

I decenni prima della guerra furono ancora caratterizzati da discussioni sulla struttura dell'apparato giudiziario federale, sull'equilibrio tra il controllo politico della Corte e l'indipendenza giudiziaria e sull'orientamento della Corte nei confronti di alcune questioni politiche, come commercio, migrazione e schiavitù.

L'elezione di Andrew Jackson a Presidente nel 1828 e la relativa ascesa del Partito Democratico fu vista dai contemporanei come "una specie di rivoluzione" simile a quella che aveva portato alla carica Jefferson nel 1800. I due mandati di Jackson come Presidente, dal 1829 al 1837, portarono ad un forte esecutivo che reclamò ampi poteri, alla nascita dei partiti politici moderni e al radicamento del "frazionismo". Il nazionalismo "Jacksoniano" era volto a «mantenere la supremazia bianca ed espandere l'impero bianco, estirpare le tribù Indiane e supportare ed estendere la schiavitù»³⁷.

Questi tratti ebbero importanti conseguenze per la giustizia federale in tre diverse aree: il ruolo della Corte Suprema e la sua relazione con la politica contemporanea, la struttura delle corti federali e in particolare il *circuit riding* e, infine, il relativo problema della dimensione della Corte. Durante questo periodo, la Corte era impegnata in importanti questioni relative alla separazione dei poteri, cioè la relazione con il Presidente e con il Congresso, e al federalismo, cioè la relazione tra la Corte e gli Stati.

Prima di tutto, la Corte continuò ad essere vista dai contemporanei come un'istituzione necessariamente coinvolta nella politica. Prima della morte del giudice Marshall nel 1835, la Corte decise alcuni casi di alto profilo che sembrarono essere attenti atti di resistenza alle politiche repubblicane di Jefferson. In *McCulloch v. Maryland*³⁸ e *Osborn v. Bank of the United States*,³⁹ la Corte giudicò costituzionale la Seconda Banca degli Stati Uniti, proteggendola dagli attacchi di diversi Stati e dall'allora candidato Jackson. Il *Chief Justice* Marshall pubblicò una serie di saggi sotto pseudonimo in cui difendeva questa decisione contro gli argomenti di chi sosteneva che la Banca rappresentava un eccesso di potere del Congresso e un'invasione della sovranità statale⁴⁰.

³⁷ WALKER HOWE D., *What hath God wrought: the transformation of America, 1815-1848*, Oxford, 2007, p. 280.

³⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 1819.

³⁹ *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738, 1824.

⁴⁰ Vedi GUNTHER G. (a cura di), *John Marshall's defense of McCulloch v. Maryland*, Stanford, 1969.

Inoltre, durante la presidenza di Jackson, la Corte di Marshall decise dei casi sollevati dalla Nazione dei Cherokee, un popolo nativo del Nord America, in cui la tribù rivendicava la sua giurisdizione e proprietà della terra contro lo Stato della Georgia. Jackson aveva condotto la sua campagna elettorale per la presidenza promettendo la “rimozione Indiana” e, nel 1830, un Congresso diviso aveva approvato l’*Indian Removal Act*⁴¹. Nel 1831, in *Cherokee Nation v. Georgia*, la Corte non raggiunse una decisione poiché sostenne di non avere giurisdizione⁴². Nel 1832, però, la Corte decise che lo Stato della Georgia non aveva il potere di estendere le sue leggi penali alla Nazione dei Cherokee⁴³. In ogni caso, l’autorità della Corte nell’obbligare lo Stato a rispettare la decisione era limitata dalle procedure previste dal *Judiciary Act* del 1789.

Dopo la morte del giudice Marshall nel 1835, il Presidente Jackson nominò come suo successore Roger Brooke Taney, già Procuratore Generale e Ministro del Tesoro di Jackson.

I contemporanei avevano notato l’interazione della politica con la struttura delle corti federali e la dimensione della Corte Suprema. L’espansione territoriale era un importante fattore a questo riguardo. Nel 1837, l’Unione comprendeva ventisei Stati, nove dei quali erano stati ammessi dopo l’aggiunta del *circuit* più recente nel 1807. Da quel momento, il numero dei *circuits* e dei giudici era rimasto a sette. Ma gli abitanti dei sei Stati più recentemente aggiunti iniziarono a chiedere di venire incorporati nei *circuits*, in modo da avere anche il proprio territorio visitato da un giudice della Corte impegnato nel *circuit-riding*⁴⁴. Un pensiero diffuso e crescente voleva che la Corte rappresentasse i territori della nazione. Allo stesso tempo, alcuni osservatori sostenevano che, nonostante tutti i problemi, il sistema di *circuit riding* rappresentasse un valore poiché assicurava che i giudici fossero esposti ai dibattiti e ai problemi della periferia e gli abitanti delle periferie si sentissero connessi al centro. Un’altra visione, invece, sosteneva che la dimensione della Corte fosse già eccessiva e che non apparisse necessario assecondare la domanda di bilanciamento in base al territorio.

⁴¹ *An act to provide for an exchange of land with the Indians residing in any of the state or territories, and for their removal west of the river Mississippi*, capitolo 148, 4 Stat. 411, 1830.

⁴² *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1, 1831.

⁴³ *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515, 1832.

⁴⁴ Vedi NETTELS C., *The Mississippi Valley and the Federal Judiciary, 1807-1837*, in *The Mississippi Valley Historical Review*, vol. 12, n. 2, 1925, pp. 202 ss.

Mentre il dibattito sulla struttura della giustizia federale proseguiva, la composizione della Corte stava cambiando, in parte a causa di decessi e pensionamenti tra i giudici e in parte a causa della politica. Durante il primo mandato, il Presidente Jackson nominò due giudici della Corte. Durante il secondo mandato, ebbe la possibilità di nominarne altri cinque, che provenivano da Stati schiavisti. Il Presidente Jackson «fece più nomine della Corte Suprema che ogni altro presidente tra Washington e Taft»⁴⁵. Questo fu possibile perché il 3 marzo 1837, l'ultimo giorno di mandato di Jackson, il Congresso, che era controllato dal Partito Democratico, approvò un nuovo *Judiciary Act*⁴⁶. Quest'ultimo creò due nuovi *circuits* e, di conseguenza, aumentò la dimensione della Corte a nove giudici per la prima volta nella storia della nazione. La legge fu effettiva immediatamente, consentendo al Presidente uscente di nominare due giudici: John Catron, i cui obblighi di *circuit riding* avrebbero coperto il nuovo ottavo *circuit*, e William Smith, per il nono *circuit*. Quando il successore di Jackson, il Presidente Martin Van Buren, già Vicepresidente e Ministro degli Esteri di Jackson, iniziò il suo mandato il 4 marzo 1837, il Senato confermò entrambe le nomine dei giudici. Smith, però, rifiutò l'incarico; quindi, Van Buren nominò John McKinley.

Dopo decenni di discussioni sull'espansione della Corte, sul *circuit riding* e sulla rappresentazione dell'Ovest, il Congresso riformò la giustizia federale nel 1837 poiché era possibile farlo in un modo che consolidasse il controllo del Partito Democratico. Infatti, le due Camere trovarono un accordo a seguito dell'elezione di Van Buren, cioè la prospettiva di altri quattro anni di dominio democratico, e delle nomine di Jackson del 1835 e 1836. Descrivendo l'impatto di Jackson sulla Corte, una rivista contemporanea lo caratterizzò come la fine di un'era e l'inizio di una nuova⁴⁷.

4. I cambiamenti della Guerra Civile e della Ricostruzione.

La Guerra Civile e la Ricostruzione diedero il via ad una serie di trasformazioni costituzionali che furono accompagnate da cambiamenti fondamentali nelle operazioni della giustizia federale. Al centro di questa "seconda fondazione" c'erano il Tredicesimo,

⁴⁵ WALKER HOWE, *What hath God wrought*, cit. alla nota 37, p. 441.

⁴⁶ *Act of March 3, 1837*, capitolo 34, 5 Stat. 176, 1837. Anche conosciuto come *Eighth and Ninth Circuits Act*.

⁴⁷ *The Supreme Court of the United States*, in *U.S. Mag. & Democratic Review*, vol. 1, 1838, p. 143.

Quattordicesimo e Quindicesimo Emendamento alla Costituzione⁴⁸: il Tredicesimo Emendamento abolì la schiavitù⁴⁹; il Quattordicesimo Emendamento costituzionalizzò i principi di cittadinanza per nascita e uguaglianza di fronte alla legge⁵⁰; il Quindicesimo Emendamento garantì il diritto di voto alla popolazione nera⁵¹. Ogni Emendamento della Ricostruzione diede al Congresso il potere di applicare questi diritti. Nell'ambito del potere giudiziario, l'orientamento prevalente desiderava delle corti federali più "forti" dotate di una giurisdizione più ampia. A partire dal 1870, però, una serie di decisioni della Corte Suprema limitò il potenziale "rivoluzionario" della Ricostruzione.

Prima della guerra, nel 1857, la Corte subì forti critiche per la sua decisione in *Dred Scott v. Sandford*, in cui il *Chief Justice* Taney scrisse per la Corte che «quella classe di persone» i cui «antenati erano negri di razza africana, e importati in questo Paese e venduti e posseduti come schiavi non erano inclusi, e non erano intesi come da includere, nella parola "cittadini" nella Costituzione, e non possono quindi reclamare nessun diritto e privilegio che quello strumento offre e assicura ai cittadini degli Stati Uniti»⁵².

Il leader politico degli abolizionisti, Frederick Douglass, criticò duramente la decisione in una serie di discorsi pubblici⁵³. L'allora candidato al Senato Abraham Lincoln, nel 1858, descrisse la decisione come "sbagliata" per motivi di diritto, avvisando che avrebbe portato alla diffusione della schiavitù nera⁵⁴. Nel suo primo discorso

⁴⁸ A questo proposito, FONER E., *The Second Founding: how the Civil War and Reconstruction remade the Constitution*, New York, 2019.

⁴⁹ Emendamento XIII, sezione 1, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Né la schiavitù né il servizio non volontario, eccetto che come punizione per un crimine per cui la parte sarà stata riconosciuta colpevole nelle forme dovute, potranno esistere negli Stati Uniti o in qualsiasi luogo sottoposto alla loro giurisdizione».

⁵⁰ Emendamento XIV, sezione 1, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge ("*due process of law*")»; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi».

⁵¹ Emendamento XV, sezione 1, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Il diritto di voto dei cittadini degli Stati Uniti non potrà essere negato o limitato dagli Stati Uniti o da qualsiasi Stato in ragione della razza, del colore o della precedente condizione di schiavitù».

⁵² *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 1856.

⁵³ Vedi DOUGLASS F., *The Dred Scott decision*, in *Two Speeches by Frederick Douglass*, New York, 1857.

⁵⁴ LINCOLN A., *Speech at Springfield, Ill. (June 26, 1857)*, in BASLER R.P. (a cura di), *Collected Works of Abraham Lincoln*, vol. 2, New Brunswick, 1953, pp. 401 ss.

inaugurale nel 1861, Lincoln continuò la sua critica alla Corte, suggerendo che un tale eccesso della Corte metteva in pericolo la democrazia⁵⁵.

A seguito della secessione degli undici Stati che andarono a formare la Confederazione tra dicembre 1860 e maggio 1861, il Congresso controllato dai Repubblicani iniziò a riconfigurare la giustizia federale come “un alleato contro il Sud”⁵⁶. Molti contemporanei speravano che ciò avrebbe anche riscattato la Corte dalla macchia della decisione in *Dred Scott*.

L’inizio della Guerra Civile fu testimone di una serie di riforme delle *circuit courts*. Nel suo primo messaggio al Congresso nel 1861, il Presidente Lincoln osservò che il Paese aveva ormai superato l’attuale sistema giudiziario e pose l’attenzione su una revisione del sistema dei *circuits*. Infatti, le *circuit courts* di otto Stati ammessi negli ultimi due decenni non erano mai stati visitati da un giudice della Corte Suprema. Nonostante ciò, Lincoln non suggerì di espandere la dimensione della Corte, bensì chiese al Congresso di separare la Corte dai *circuits*, decidendo un numero “conveniente” di giudici per la Corte e poi stabilendo un numero “conveniente” di *circuits*; conseguentemente, i doveri di *circuit-riding* sarebbero stati gestiti con una qualche combinazione da definire.

Il Congresso approvò alcune delle riforme raccomandate da Lincoln. Nel 1862 e 1863, a seguito dell’esodo dei Democratici del Sud dal governo federale, il Congresso riorganizzò i *circuits* in modo da limitare l’influenza del Sud: da cinque *circuits* composti interamente da Stati schiavisti, si passò a solo tre. Il numero totale di *circuits* diventò dieci e una decima “sedia” fu aggiunta alla Corte. Come nel Diciottesimo secolo, quando la Corte era composta da sei giudici, il legislatore non sembrava preoccupato da un numero pari di giudici. Inoltre, i giudici responsabili dei *circuits* Ottavo, Nono e Decimo erano ora provenienti da Stati del Nord⁵⁷.

Nel 1866, dopo la fine della guerra, il Congresso riformò nuovamente i *circuits* e la Corte Suprema, ancora con l’obiettivo di limitare l’influenza dell’ex Confederazione e degli altri Stati schiavisti. Questa riforma ridusse il numero dei *circuits* a nove e ordinò

⁵⁵ LINCOLN A., *First Inaugural Address (Mar. 4, 1861)*, in BASLER R.P. (a cura di), *Collected Works of Abraham Lincoln*, vol. 4, New Brunswick, 1953, pp. 262 ss.

⁵⁶ CROWE J., *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of institutional development*, 1st ed., Princeton, 2012, p. 133.

⁵⁷ *Act of July 15, 1862*, capitolo 178, 12 Stat. 576, 1862 (per l’Ottavo e Nono *circuits*); *Act of March 3, 1863*, capitolo 100, 12 Stat. 794, 1863 (per il Decimo *circuit*).

una graduale riduzione dei giudici della Corte Suprema da dieci a sette⁵⁸. In questo modo, i Repubblicani volevano impedire al Presidente Andrew Johnson, avversario della Ricostruzione, di nominare nuovi giudici per riempire eventuali posti vacanti.

Il potere giudiziario degli Stati Uniti fu trasformato ancora più profondamente in questo periodo da alcune leggi che espansero la giurisdizione delle corti federali. «In nessun altro periodo della storia della nostra Nazione le corti federali, inferiori e Suprema, hanno mai avuto una così grande espansione della loro giurisdizione come quella degli anni della Ricostruzione»⁵⁹. Le riforme più importanti furono in tre aree: la “*removal jurisdiction*”, che consentiva a determinati casi introdotti nelle corti statali di essere portati nelle corti federali⁶⁰; l’“*habeas corpus power*”, che permetteva alle corti federali di emettere atti per conto dei prigionieri detenuti dalle autorità statali in violazione di leggi federali⁶¹; infine, la giurisdizione di “*federal question*” o “*arising under*”, cioè il potere delle corti di rendere un giudizio valido in base al carattere del caso⁶².

Questa crescita nella giurisdizione fu accompagnata da una legislazione sostanziale del Congresso che creò nuovi diritti federali e *causes of action*, molti dei quali erano diretti a proteggere i diritti degli afroamericani. Ne risultò che le corti federali inferiori «divennero il primo e potente metodo per vendicare ogni diritto dato dalla Costituzione, le leggi e i trattati degli Stati Uniti»⁶³.

Nonostante l’espansione della giurisdizione federale da parte del Congresso, la Corte emise una serie di decisioni che limitarono notevolmente i risultati della legislazione dei “*civil rights*” e degli Emendamenti della Ricostruzione. Negli *Slaughter-House Cases*, la Corte interpretò la “*Privileges or Immunities Clause*” del Quattordicesimo Emendamento⁶⁴ in modo restrittivo, stabilendo che quest’ultima riguardava solo alcuni diritti di cittadinanza che non includevano le protezioni economiche reclamate dai querelanti⁶⁵. La Corte confermò questa interpretazione tre anni dopo, in *United States v. Cruikshank*, un caso che era nato dal massacro di Colfax in

⁵⁸ *Act of July 23, 1866*, capitolo 210, 14 Stat. 209, 1866.

⁵⁹ WIECEK W. M., *The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1875*, in *The American Journal of Legal History*, vol. 13, n. 4, 1969, p. 333.

⁶⁰ *Jurisdiction and Removal Act of 1875*, capitolo 137, 18 Stat. 470.

⁶¹ *Habeas Corpus Act of 1867*, capitolo 28, 14 Stat. 385.

⁶² *Jurisdiction and Removal Act of 1875*, capitolo 137, 18 Stat. 470.

⁶³ *Steffel v. Thompson*, 415 U.S. 452, 1974, citando FRANKFURTER F. & LANDIS J. M., *The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system*, Boston, 1928, p. 65.

⁶⁴ Emendamento XIV, cit. alla nota 50.

⁶⁵ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 1873.

Louisiana, in cui un gruppo di vigilanti bianchi aveva ucciso tra 60 e 150 afroamericani oltre a 3 uomini bianchi⁶⁶. In questa occasione, la Corte annullò le condanne dei vigilanti, affermando che il *Bill of Rights* proteggeva i cittadini solo dalla deprivatione di diritti da parte del governo federale, non da parte degli Stati o di soggetti privati⁶⁷.

Negli anni seguenti la legislazione della Ricostruzione e gli Emendamenti alla Costituzione furono spesso portati all'attenzione delle corti. «L'apertura di ogni *term* della Corte, a partire dal 1876, causava una crescente ansia riguardante possibili decisioni nei *civil rights cases*»⁶⁸.

Il *Civil Rights Act* del 1875 fu visto da molti contemporanei come la legge più vasta della legislazione della Ricostruzione⁶⁹. L'obiettivo di questa legge era «proteggere tutti i cittadini nei loro diritti civili e legali» e garantì a tutti i cittadini, senza distinzione di colore, accesso a tutti gli alloggi pubblici, incluse le scuole pubbliche, le chiese, i teatri e i trasporti, così come il servizio da giurato. Nel 1883, nei *Civil Rights Cases*, la Corte dichiarò incostituzionali importanti norme della legge, dichiarando che né il Tredicesimo né il Quattordicesimo Emendamento permettevano al governo federale di vietare comportamenti discriminatori ai privati⁷⁰. Molti studiosi ritengono i *Civil Rights Cases* il culmine di un orientamento della Corte, lungo dieci anni, verso un'interpretazione restrittiva delle leggi della Ricostruzione e degli Emendamenti.

5. La Progressive Era: riforme strutturali e critiche alla Corte Suprema.

5.1. La riorganizzazione delle corti federali.

A seguito delle riforme strutturali dell'Era della Ricostruzione, le corti federali e, in particolare, la Corte Suprema erano molto oberate di lavoro. Un piccolo aiuto arrivò dal Congresso nel 1869, quando fu creata una *circuit judgeship* per ognuno dei nove *circuits*⁷¹. Inoltre, i doveri di *circuit-riding* furono ridotti. Ma ciò non era abbastanza per

⁶⁶ *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 1876. Vedi, in generale, KEITH L., *The Colfax Massacre: the untold story of black power, white terror, and the death of Reconstruction*, Oxford, 2008.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ FRANKLIN J. H., *The enforcement of the Civil Rights Act of 1875*, in *Prologue*, vol. 6, 1974, p. 234.

⁶⁹ *Civil Rights Act*, capitolo 114, 18 Stat. 335, 1875.

⁷⁰ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 1883.

⁷¹ *Act of April 10, 1869*, capitolo 22, 16 Stat. 44, 1869.

arginare la quantità di cause nelle corti federali. Infatti, il numero di casi davanti alle corti distrettuali e alle *circuit courts* aumentò da 29 mila nel 1873 a 54 mila nel 1890⁷². Nonostante ciò, nello stesso periodo, il numero di giudici delle corti federali inferiori aumentò solo minimamente, da 62 nel 1873 a 69 nel 1890⁷³.

Inoltre, l'esplosione di casi nelle corti federali significò inevitabilmente un aumento di carico di lavoro anche per la Corte Suprema. A questo riguardo, il registro della Corte passò dal caso numero 310 nel 1860 al caso numero 1816 nel 1890, di cui 623 casi erano stati aggiunti solo nel 1890⁷⁴.

L'insoddisfazione relativa al funzionamento e all'organizzazione delle corti federali spianò la strada a numerose proposte di riforma. Tra queste, vi era l'idea di creare un livello intermedio di corti d'appello: era un'innovazione che era stata discussa per decenni, ma non aveva mai guadagnato abbastanza supporto. Altre proposte includevano espandere la Corte fino a diciotto giudici, metà dei quali avrebbero operato come "Corte d'Appello Nazionale". Un'altra proposta ancora avrebbe suddiviso la Corte in tre "commissioni", ognuna delle quali specializzata in diversi settori della giurisdizione, mentre la Corte nella sua interezza si sarebbe occupata solo di casi con domande di costituzionalità.

Infine, nel 1891, il Congresso approvò il *Circuit Court of Appeals Act*, conosciuto come *Evarts Act* in onore del suo principale ideatore⁷⁵. Questa riforma cambiò profondamente il sistema giudiziario federale e formò la cornice del sistema contemporaneo⁷⁶. Per la prima volta dal 1802, i giudici non erano più sottoposti agli obblighi di *circuit riding*. Inoltre, la riforma creò le corti d'appello intermedie, così da spostare il carico di lavoro dalla Corte Suprema a queste nuove corti; così facendo, le corti distrettuali federali divennero il principale sistema di prima istanza. Il carico di lavoro della Corte fu diminuito anche dalla limitazione che subì il diritto di appello automatico e dalla previsione di rendere finali le decisioni delle corti di appello in diverse categorie di casi. In questo nuovo sistema, le corti di appello potevano "certificare"

⁷² FRANKFURTER & LANDIS, *The business of the Supreme Court*, cit. alla nota 63, p. 86.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Act of March 3, 1891*, capitolo 517, 26 Stat. 826, 1891. William Evarts, proveniente da New York, era un membro della Commissione Giustizia al Senato.

⁷⁶ FALLON JR. R. H., MANNING J. F. ET AL., *The Federal Courts and the Federal System*, 7th ed., Goleta, 2015, p. 29.

questioni da sottoporre alla Corte Suprema oppure la Corte Suprema concedere una revisione attraverso “*certiorari*”; mentre per i casi delle corti statali il meccanismo di revisione rimase il “*writ of error*”.

Dai 623 casi portati davanti alla Corte nel 1890, si passò a 379 nel 1891 e a 275 nel 1892. Tre decenni dopo, il futuro giudice della Corte Suprema Felix Frankfurter descrisse l’*Evarts Act* come un rimedio decisivo⁷⁷.

5.2. La critica dei Progressisti.

La fine della Ricostruzione reindirizzò le energie dei Repubblicani dai diritti civili per gli afroamericani verso nuove forme di nazionalismo, che davano priorità allo sviluppo economico, ai diritti di proprietà e agli interessi di impresa su larga scala⁷⁸. Le critiche rivolte alla Corte, in particolare da parte del movimento progressista e del relativo Partito Progressista, accusavano le corti federali di favorire gli interessi economici, in parte a causa della frequenza di trasferimenti tramite “*removal*” da corti statali a federali richiesti da parte di aziende chiamate a giudizio e in parte a causa dell’applicazione di un corpo di leggi sostanziali conosciute come “*general federal common law*”⁷⁹.

Secondo queste critiche, la Corte stava utilizzando il suo potere di *judicial review* più spesso e secondo preferenze politiche conservatrici. Al centro dell’attenzione vi era la frequenza di dichiarazioni di incostituzionalità di legislazione e di regolamenti, in particolare quelli a protezione dei lavoratori e dei consumatori. Infatti, tra il 1864 e il 1895, la Corte invalidò in media tre leggi all’anno, in forte contrasto con il periodo pre-Guerra Civile quando la media era di meno di una all’anno⁸⁰.

Negli anni 90 del 1800, tra alcuni si iniziò a diffondere una “furia muta” rivolta alle corti federali⁸¹. Questa rabbia divenne una questione determinante nelle elezioni

⁷⁷ FRANKFURTER & LANDIS, *The business of the Supreme Court*, cit. alla nota 63, p. 102.

⁷⁸ Vedi FONER E., *Reconstruction: America’s unfinished Revolution, 1863-1877*, 1st ed., New York, 1988, pp. 517 ss.

⁷⁹ Al riguardo, PURCELL JR. E. A., *Litigation and inequality: federal diversity jurisdiction in industrial America, 1870-1958*, New York, 1992.

⁸⁰ GILLMAN H., *How political parties can use the courts to advance their agendas: federal courts in the United States, 1875-1891*, in *American Political Science Review*, vol. 96, 2002, p. 512.

⁸¹ L’espressione “furia muta” deriva da ROSS W. G., *A muted fury: Populists, Progressives, and Labor Unions confront the courts, 1890-1937*, Princeton, 1994. In particolare, tre decisioni della Corte nel 1895 sollevarono parecchie critiche: *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1, 1895 (che stabilì che il potere commerciale federale non comprendeva il manifatturiero); *Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Co.*,

presidenziali del 1912. Il Presidente Theodore Roosevelt rientrò nell'agone politico con un duro attacco verso le corti, concentrandosi in particolare sulla recente decisione della Corte Suprema in *Lochner v. New York*⁸². Secondo Roosevelt, la Corte aveva «teso al massimo (e, a [sua] opinione, violato) la Costituzione in modo da sostenere una filosofia *do-nothing* che ha fallito ovunque quando applicata alle reali condizioni della vita moderna»⁸³. Lanciando la sua campagna elettorale per le presidenziali del 1912, Roosevelt propose che le decisioni di incostituzionalità di una legge da parte dei giudici statali fossero sottoposte a votazione dei cittadini⁸⁴. Secondo Roosevelt, «quando un giudice decide una questione di costituzionalità, quando decide cosa il popolo può o non può fare, il popolo dovrebbe avere il diritto di revocare quella decisione se ritiene che sia sbagliata»⁸⁵. La proposta si concentrava sulle decisioni delle corti statali e Roosevelt negò la volontà di applicare la nozione anche alle corti federali; nonostante le dichiarazioni pubbliche, però, Roosevelt confidò al giornalista progressista Herbert Croly la sua convinzione che, in ultimo, il popolo avrebbe ottenuto anche il potere di interpretare la Costituzione federale⁸⁶.

Questa iniziativa di Roosevelt diventò l'argomento dominante delle elezioni del 1912, in cui egli era il candidato dei Progressisti contro il Repubblicano William Howard Taft, il Democratico Woodrow Wilson e il socialista Eugene V. Debs⁸⁷. La competizione si concluse con la vittoria del Presidente Wilson, che non supportò l'idea di Roosevelt.

Nonostante il fallimento della campagna presidenziale di Roosevelt, un gruppo di Senatori continuò a portare avanti la critica progressista alla Corte. Guidati da Robert La Follette del Wisconsin, William Borah dall'Idaho, George Norris dal Nebraska e Robert Owen dall'Oklahoma, questo gruppo di legislatori sosteneva che le corti federali, specialmente la Corte Suprema, stavano impedendo un percorso di riforme che secondo

157 U.S. 429, 1895 (che invalidò l'imposta federale sul reddito); *In re Debs*, 158 U.S. 564, 1895 (che dichiarò costituzionale un'ingiunzione contro lo sciopero dei lavoratori delle ferrovie).

⁸² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905 (che dichiarò incostituzionale una legge di New York che regolava l'orario lavorativo dei panettieri, sostenendo che violasse la "Due Process Clause" del Quattordicesimo Emendamento).

⁸³ ROOSEVELT T., *Judges and progress*, in *Outlook Magazine*, 6 gennaio 1912, pp. 40 ss.

⁸⁴ ROSS, *A muted fury*, cit. alla nota 81, pp. 130 ss.

⁸⁵ ROOSEVELT T., *A Charter of Democracy: Address before the Ohio Constitutional Convention*, in *Theodore Roosevelt Collection*, 1912.

⁸⁶ ROSS, *A muted fury*, cit. alla nota 81, p. 144.

⁸⁷ CHACE J., *1912: Wilson, Roosevelt, Taft & Debs. The election that changed the country*, 1st ed., New York, 2004, pp. 105 ss.

i Senatori erano necessarie per rimediare ai problemi sociali ed economici causati dall'industrializzazione⁸⁸. Di conseguenza, i progressisti iniziarono a ricercare metodi per limitare il potere giudiziario, giudicato accondiscendente con gli interessi delle corporazioni e ostile con il movimento dei lavoratori. Le loro proposte comprendevano il voto dei cittadini sulle decisioni dei giudici e requisiti di maggioranza assoluta nel sistema del voto.

Nel 1912, il Senatore Owen propose di dare al Congresso il potere di rimuovere i giudici federali dall'ufficio con la maggioranza dei voti di entrambe le Camere. Nel 1918, cercò di scrivere, in un progetto di legge, una disposizione che proteggesse la legge stessa dal *judicial review*. Qualche anno dopo, il Senatore La Follette propose un emendamento alla Costituzione che avrebbe permesso al Congresso di oltrepassare la Corte approvando nuovamente le leggi precedentemente dichiarate incostituzionali dalla Corte. Il Senatore Borah sostenne una legge nel 1923 che avrebbe richiesto il voto di almeno sette giudici della Corte per dichiarare incostituzionale una legge⁸⁹. Nonostante nessuna di queste proposte ebbe successo, la loro numerosità e la serietà con cui furono discusse, sia all'interno sia all'esterno del Congresso, dimostrarono la forza e il sostegno che avevano le critiche progressiste.

5.3. *La crescente polemica sulle nomine.*

Nello stesso periodo, il procedimento con cui i giudici della Corte erano nominati diventò sempre più pubblico e controverso. La prima nomina significativamente contestata, e la prima volta che il Senato tenne un'udienza di conferma della nomina, fu per la scelta di Louis D. Brandeis da parte del Presidente Wilson nel 1916⁹⁰. Brandeis, oltre ad essere uno dei consulenti legali di Wilson, era un famoso progressista conosciuto come "l'avvocato del popolo" grazie ai suoi attacchi di successo e di alto profilo contro gli interessi delle corporazioni⁹¹.

⁸⁸ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 12, p. 52.

⁸⁹ SENATE HISTORICAL OFFICE, *Senate Progressives vs. the Federal Courts*, in *U.S. Senate: Senate Stories*, 2021.

⁹⁰ *A History of Supreme Court Confirmation Hearings*, in NPR, 12 luglio 2009.

⁹¹ UROFSKY M. I., *Brandeis, Louis Dembitz*, in HALL K. L. (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2nd ed., 2005, p. 98.

La sua nomina trovò forte opposizione da parte di molti esponenti dell'*establishment* legale ed economico: tra gli altri, il già Presidente Taft, il Presidente di Harvard Lowell, il già Procuratore Generale Wickersham e il già Ministro degli Esteri e della Guerra (e, a quel tempo, Presidente dell'Associazione Nazionale degli Avvocati) Root. Il Presidente Wilson difese la sua nomina, sostenendo che l'opposizione derivava dal fatto che Brandeis «non sarebbe stato servizievole nei loro confronti e nella promozione dei loro interessi»⁹². Inoltre, Brandeis era contestato poiché era la prima persona ebrea ad essere nominata giudice della Corte Suprema⁹³. Dopo quattro mesi di dibattito, il Senato a controllo Democratico seguì le indicazioni di partito e confermò Brandeis nel giugno del 1916.

Quattordici anni dopo, un'altra nomina controversa per ragioni molto diverse non fu confermata dal Senato. Nel 1930, il Presidente Hoover nominò John J. Parker, a quel tempo giudice di corte d'appello federale. Proprio perché era già un giudice federale, molti si aspettavano un processo di conferma regolare. Invece, la sua nomina fallì poiché fu opposta dalle associazioni per i diritti civili, guidate dalla NAACP⁹⁴, e dalle organizzazioni dei lavoratori: Parker aveva emanato una decisione molto dura confermando un'ingiunzione contro la "United Mine Workers", che aveva attirato l'ira del lavoro organizzato; nel frattempo, la NAACP condannò alcune dichiarazioni razziali che Parker aveva rilasciato un decennio prima mentre era candidato a Governatore del Nord Carolina⁹⁵. Due mesi dopo la nomina fatta da Hoover, il Senato la rigettò con un voto di 39 a 41. Fu l'unico rifiuto del Senato nei settantaquattro anni compresi tra il 1894 e il 1968.

⁹² *Letter from President Wilson to U.S. Senate*, 9 maggio 1916.

⁹³ POWE JR. L. A., *The Supreme Court and the American elite, 1789-2008*, 2nd ed., Boston, 2011, p. 180.

⁹⁴ La NAACP, sigla di National Association for the Advancement of Colored People, è una delle prime e più influenti associazioni per i diritti civili negli Stati Uniti.

⁹⁵ Nel 1920, Parker aveva affermato: «La partecipazione dei neri in politica è una fonte di male e pericolo per entrambe le razze e non è desiderata dall'uomo saggio di entrambe le razze o dal Partito Repubblicano del Nord Carolina». Vedi *Senate Rejects Judge John J. Parker for the Supreme Court*, U.S. Senate, 7 maggio 1930.

6. Le sfide esistenziali del 1937.

Le critiche rivolte alla Corte da parte dei Progressisti continuarono a circolare nei primi decenni del Ventesimo secolo. Nel 1936, quando il Paese era nel mezzo della Grande Depressione, queste critiche guadagnarono nuovo campo.

Dopo che il Presidente Franklin D. Roosevelt vinse le elezioni per un secondo mandato con un distacco molto elevato, spostò la sua attenzione sulla Corte Suprema. In una serie di decisioni nel 1935 e nel 1936, la Corte aveva dichiarato incostituzionali alcune leggi chiave del *New Deal* introdotto dall'Amministrazione Roosevelt e supportato dai Democratici nel Congresso⁹⁶. La maggioranza della Corte sembrava essere contro i programmi di Roosevelt e all'orizzonte c'erano diverse leggi di cui la Corte doveva occuparsi nei mesi a venire: tra queste, il *Fair Labor Standards Act*, il *National Labor Relations Act*, il *Social Security Act*⁹⁷.

Nel febbraio 1937, Roosevelt presentò un pacchetto di riforme al Congresso che descrisse come il rimedio per l'intasamento delle corti federali. La proposta autorizzava il Presidente a nominare un nuovo giudice nelle corti federali, compresa la Corte Suprema, per aiutare qualsiasi giudice federale di almeno settanta anni che non si fosse ancora ritirato per la pensione. La dimensione della Corte Suprema sarebbe stata portata a quindici giudici. «Il fatto significativo era che il piano avrebbe permesso al Presidente di nominare sei nuovi giudici della Corte Suprema, per assicurare l'approvazione dei programmi del *New Deal*. Era, come fu chiamato, un piano di “*Court-packing*”»⁹⁸. Nel marzo del 1937, Roosevelt presentò le riforme al popolo americano.

Il piano di Roosevelt suscitò una grande discussione nazionale riguardo la Corte, le sue decisioni e i ruoli del Presidente e della Corte nel sistema costituzionale. Giorno dopo giorno per i successivi sei mesi, «la questione era dibattuta negli incontri cittadini in New England, nei negozi di paese in Nord Carolina (...)», in tutti gli eventi sociali del

⁹⁶ Vedi, per esempio, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 1935 (che annullò il *National Industrial Recovery Act* del 1933) e *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 1936 (che annullò il *Agricultural Adjustment Act* del 1933).

⁹⁷ BREST P. ET AL., *Process of Constitutional decisionmaking: cases and materials*, 7th ed., New York, 2018, p. 602. Vedi anche LEUCHTENBURG W. E., *The origins of Franklin D. Roosevelt's “Court-packing” plan*, in *The Supreme Court Review*, vol. 1966, 1966, pp. 347 ss. e KALMAN L., *The Constitution, the Supreme Court, and the New Deal*, in *American Historical Review*, vol. 110, 2005, pp. 1052 ss.

⁹⁸ MCCLOSKEY R. G., *The American Supreme Court*, 6th ed., Chicago, 2005, p. 113.

Paese; «a Beaumont, in Texas, il pubblico di un film scoppiò in un applauso quando argomenti contrari alla riforma apparvero sullo schermo»⁹⁹.

Mentre il pubblico e i membri del Congresso discutevano i meriti e le debolezze del piano del Presidente, la stessa Corte Suprema assunse un'iniziativa che sorprese molti osservatori. «A poche settimane dall'introduzione della riforma, (...) la Corte Suprema iniziò prudentemente a cambiare il suo corso affermando le misure del *New Deal* che mesi prima sembrava pronta ad invalidare»¹⁰⁰. Il 29 marzo del 1937, la Corte Suprema rilasciò la sua decisione in *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, in cui affermava la costituzionalità di una previsione statale di salario minimo per le donne, che era quasi identica alla previsione che aveva dichiarato incostituzionale solo un anno prima¹⁰¹. Il 12 aprile dello stesso anno, la Corte decise in *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* che il *National Labor Relations Act* era un valido esercizio del potere del Congresso di regolare il commercio interstatale, cioè una visione opposta a quella sostenuta nel 1936 in un caso simile¹⁰². Infine, il 24 maggio, in *Steward Machine Co. v. Davis*, la Corte dichiarò la costituzionalità delle disposizioni sull'indennità di disoccupazione del *Social Security Act* del 1935, nuovamente proponendo una più ampia visione dei poteri congressuali rispetto a casi precedenti¹⁰³. Tutte e tre le decisioni furono prese con un voto favorevole di cinque giudici contro quattro¹⁰⁴. Inoltre, ancora nel maggio del 1937, il giudice Willis Van Devanter, uno dei quattro che si era fortemente opposto alla legislazione del *New Deal*, annunciò la sua pensione.

In ogni caso, nell'estate del 1937, la proposta di Roosevelt giunse al Congresso. Infine, fu rigettata nel luglio 1937. La discussione relativa alla Corte aiutò a mettere insieme una coalizione *bipartisan* di Senatori anti-*New Deal* e, inoltre, portò ad un Partito Democratico fortemente diviso¹⁰⁵. Secondo un membro del gabinetto di Roosevelt durante la discussione sul “*Court-packing*”, Henry Wallace, «l'intero *New Deal* andò in

⁹⁹ LEUCHTENBURG W., *The Supreme Court reborn: the Constitutional Revolution in the age of Roosevelt*, Oxford, 1996, p. 134.

¹⁰⁰ BRINKLEY A., *The end of reform: New Deal liberalism in recession and war*, New York, 1995, p. 19.

¹⁰¹ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 1937.

¹⁰² *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 1937.

¹⁰³ *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548, 1937.

¹⁰⁴ Questo cambiamento di visione della Corte fu chiamato “*switch in time that saved nine*” da alcuni osservatori, come Leuchtenburg, e “*the Constitutional Revolution of 1937*” da altri, come Kalman.

¹⁰⁵ LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn*, cit. alla nota 99, p. 177.

fumo come risultato della battaglia sulla Corte Suprema»¹⁰⁶. Ma questo non era l'unico motivo della diminuzione di supporto per i programmi del Presidente. Tra i motivi vi erano anche la preoccupazione per la dura recessione del 1937-1938 e per gli scioperi a tavolino e l'ansia per le spese di soccorso¹⁰⁷.

Molti osservatori accusarono Roosevelt di abuso di poteri: se il piano avesse avuto successo, la sua approvazione avrebbe «costituito un precedente da cui l'istituto della *judicial review* avrebbe potuto mai riprendersi»¹⁰⁸. Secondo questa visione, Roosevelt fallì su due fronti: il suo piano di espansione della Corte fu rigettato dal voto del Congresso e i suoi sforzi (oltre a quelli del Partito Democratico) nel consolidare le riforme progressiste che erano il cuore del *New Deal* subirono un forte colpo¹⁰⁹. Infatti, il tentativo di “*Court-packing*” divise il Partito Democratico e indebolì il supporto *bipartisan* e della classe media per il *New Deal*; frantumò l'idea di invincibilità attorno al Presidente Roosevelt, ridimensionò la più importante spinta verso una riforma sociale nella storia americana e creò una coalizione di conservatori Democratici del Sud e Repubblicani che bloccò le riforme all'interno del Congresso fino al 1964¹¹⁰.

Altri commentatori, però, sostengono che il piano di fatto ottenne alcuni dei suoi obiettivi. Infatti, la dottrina costituzionale della Corte Suprema subì dei cambiamenti nel 1937, alcuni dei quali furono duraturi. In quella primavera, la Corte cominciò a sostenere la costituzionalità di rilevanti leggi del *New Deal*, nonostante i dubbi sull'eccesso di potere relativamente al potere di regolare il commercio e al potere di tassazione e di spesa. Roosevelt non ebbe successo con il “*Court-packing*”, ma nonostante ciò non dovette rinunciare alla sua agenda del *New Deal* né dovette procedere ad un emendamento costituzionale per limitare il potere della Corte¹¹¹.

Gli osservatori hanno opinioni diverse sulla portata e sulle cause di questi mutamenti dottrinali. I giudici potrebbero aver visto il piano di “*Court-packing*” come una minaccia e, di conseguenza, aver cambiato visione in modo da salvare loro stessi.¹¹²

¹⁰⁶ LEUCHTENBURG W., *Franklin D. Roosevelt and the New Deal, 1932-1940*, 1st ed., New York, 1963, p. 239.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 156.

¹⁰⁸ MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, cit. alla nota 98, p. 113.

¹⁰⁹ LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn*, cit. alla nota 99, p. 156.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 157.

¹¹¹ Vedi CLARK J. P., *Some recent proposals for Constitutional Amendment*, in *Wisconsin Law Review*, vol. 12, 1937, p. 316.

¹¹² Vedi, per esempio, ALSOP J. & CATLEDGE T., *The 168 days*, New York, 1938, pp. 147 che descrive il fenomeno come «*self-salvation by self-reversal*».

Secondo questa visione, il Presidente avrebbe «perso la scaramuccia con la Corte, ma vinse la battaglia».¹¹³ Ma anche cambiamenti gradualisti in specifici approcci dottrinali dei giudici potrebbero spiegare il cambiamento della Corte nel 1937¹¹⁴.

La battaglia sulla Corte bloccò il momento legislativo per una riforma economica e sociale di grande portata, ma questi costi non dovrebbero mettere in secondo piano un grande successo del Presidente in tale sfida: la legittimazione di una rilevante espansione del potere del governo americano¹¹⁵.

Il dibattito pubblico intorno al piano del Presidente Roosevelt impose una forte pressione sulla Corte Suprema nell'inverno e nella primavera del 1937. Infatti, più di venticinque leggi riguardanti la Corte furono introdotte tra gennaio e maggio di quell'anno¹¹⁶.

7. La Corte Suprema nel Dopoguerra.

I dibattiti sul ruolo della Corte Suprema nella vita pubblica americana, sulla sua capacità di proteggere i diritti individuali e sulla relazione tra corti federali e ufficiali statali furono nuovamente protagonisti nei decenni centrali del Ventesimo secolo¹¹⁷.

Dopo la decisione in *Brown v. Board of Education*¹¹⁸, in cui la Corte aveva dichiarato incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole pubbliche all'unanimità, alcuni ufficiali del Sud avevano messo in dubbio l'autorità delle decisioni della Corte Suprema su questioni relative ai diritti civili degli afroamericani, in particolare per quanto riguardava la desegregazione delle scuole. I Parlamenti di alcuni Stati del Sud approvarono risoluzioni di "interposizione", secondo le quali un particolare argomento (tipicamente, l'educazione pubblica) sarebbe rientrato nel controllo esclusivo dello

¹¹³ KALMAN., *The Constitution, the Supreme Court, and the New Deal*, cit. alla nota 97, p. 1056.

¹¹⁴ Vedi, per esempio, CUSHMAN B., *Rethinking the New Deal Court: the structure of a Constitutional Revolution*, 1st ed., Oxford, 1998.

¹¹⁵ LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn*, cit. alla nota 99, p. 161.

¹¹⁶ Vedi GELY R. & SPILLER P. T., *The political economy of Supreme Court constitutional decisions: the case of Roosevelt's Court-packing plan*, in *International Review Law & Economics*, vol. 12, 1992, pp. 58 ss.

¹¹⁷ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 12, p. 57.

¹¹⁸ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954.

Stato¹¹⁹. Nel 1956, diciannove Senatori e settantasette Deputati, tutti provenienti da Stati della ex Confederazione, firmarono un documento intitolato “La Dichiarazione dei Principi Costituzionali”, ma che diventò conosciuto come il “Manifesto del Sud” e che metteva in discussione l’autorità della Corte Suprema¹²⁰. Questi tentativi di fermare l’applicazione delle decisioni della Corte prendevano ispirazione esplicitamente dalle teorie di sovranità statale del Diciottesimo e Diciannovesimo secolo, associate a James Madison e John C. Calhoun, tra gli altri¹²¹.

La reazione contro la decisione in *Brown* stimolò diverse proposte di emendamenti costituzionali. Tra le altre proposte presentate al Congresso, vi erano: un emendamento per rendere il Senato la corte d’appello finale con il potere di ridiscutere le decisioni della Corte Suprema nei casi in cui «questioni relative ai poteri riservati agli Stati, o al popolo, sono direttamente o indirettamente coinvolte e decise, e uno Stato è parte della controversia o è comunque interessato alla questione»¹²²; un emendamento per stabilire limiti di mandato per i giudici federali e per riformare il procedimento di selezione¹²³; una procedura secondo cui se un quarto degli Stati disapprova una decisione della Corte che indebolisce i diritti degli Stati, quella decisione sarebbe resa nulla a meno che tre quarti degli Stati la approvino¹²⁴; una “Corte dell’Unione” composta da giudici delle Corti Supreme statali, con il potere di revisionare le decisioni della Corte Suprema relative ai diritti riservati agli Stati o al popolo dalla Costituzione¹²⁵; un emendamento che avrebbe riservato agli Stati la giurisdizione sul sistema delle scuole pubbliche¹²⁶.

Nessuno degli emendamenti proposti fu approvato, ma essi dimostrano l’ampio raggio delle proposte di riforma della Corte avanzate in tale periodo: dalla critica alle sue decisioni alla critica alle procedure, passando per la critica alla sua stessa autorità.

¹¹⁹ Vedi, per esempio, *Bush v. Orleans Parish Sch. Bd.*, 364 U.S. 500, 1960, che rigettò l’orientamento dello Stato della Louisiana secondo cui alcune leggi statali erano valide poiché rientravano nel campo dell’educazione pubblica, su cui lo Stato aveva controllo esclusivo.

¹²⁰ Al riguardo, DRIVER J., *Supremacies and the Southern Manifesto*, in *Texas Law Review*, vol. 92, 2014, pp. 1053 ss.

¹²¹ In MADISON J., *Virginia Resolutions, Dec. 21, 1798* in MATTERN, STAGG, CROSS & HOLBROOK (a cura di), *The Papers of James Madison*, Charlottesville, 1991, p. 189 il padre fondatore affermava che «in caso di deliberato, palpabile e pericoloso esercizio di altri poteri, non garantiti dal gruppo, gli Stati che ne sono parte hanno il potere, e il dovere, di interpersi per fermare il progresso del male e per mantenere i rispettivi limiti, autorità, diritti e libertà».

¹²² 103 Cong. Rec. S12787, 26 luglio 1957.

¹²³ 103 Cong. Rec. S10863, 3 luglio 1957.

¹²⁴ 107 Cong. Rec. S2154, 16 febbraio 1961.

¹²⁵ 109 Cong. Rec. S2071-72, 11 febbraio 1963.

¹²⁶ 111 Cong. Rec. S15769-70, 7 luglio 1965.

In risposta alla continua e violenta resistenza del Sud verso le decisioni della Corte dirette a smantellare la segregazione razziale, la Corte stessa rivendicò la supremazia del giudiziario, la “*judicial supremacy*”. «L’atto principale della Corte Suprema, nei dieci anni dopo *Brown*, fu difendere il suo nuovo auto-proclamato ruolo di “ultima interprete della Costituzione” in *Cooper v. Aaron*»¹²⁷. Infatti, *Cooper* fu un caso del 1958 in cui la Corte decise che i funzionari statali dell’Arkansas erano obbligati ad obbedire agli ordini delle corti federali relativi alla desegregazione nelle scuole pubbliche¹²⁸. La decisione unanime e scritta da tutti e nove i giudici stabiliva che la “*Supremacy Clause*” contenuta nell’articolo 6 della Costituzione rendeva le decisioni della Corte vincolanti in ogni Stato, prevalendo rispetto ad ogni legge statale contraria. Riprendendo le parole scritte dai giudici nella sentenza, la decisione della Corte in *Brown* non poteva «né essere apertamente e direttamente annullata dai legislatori statali o dagli esecutivi statali o dalle corti statali, né essere indirettamente annullata attraverso schemi evasivi a favore della segregazione».

Durante il mandato da *Chief Justice* di Earl Warren dal 1953 al 1969, la Corte diventò il centro del dibattito pubblico poiché si mostrò disponibile a discutere di importanti questioni pubbliche e diventò, quindi, una sorta di “programmatore dell’agenda” per la politica interna¹²⁹. Secondo alcuni, la Corte di Warren si impose nella protezione dei diritti e delle libertà civili, compresi i diritti degli imputati così come i diritti a un giusto processo. Altri, invece, hanno una visione più scettica della Corte in questo periodo, preoccupati dei rischi che un attivismo giudiziario potrebbe causare quando contrapposto alle politiche adottate dai rappresentanti eletti dai cittadini¹³⁰.

In risposta alle decisioni in sei casi discussi insieme nel novembre 1963 e arrivati a conclusione nel giugno 1964, la Corte subì pesanti critiche. Conosciuti nel loro insieme come “*the Reapportionment Cases*”, i più famosi dei quali furono *Reynolds v. Sims*¹³¹ e *Lucas v. Forty-Fourth General Assembly of Colorado*¹³², le decisioni annullarono la ripartizione di quasi ogni legislatura statale. Invece che distribuire i rappresentanti

¹²⁷ MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, cit. alla nota 98, p. 255.

¹²⁸ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 1958.

¹²⁹ MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, cit. alla nota 98, p. 149.

¹³⁰ In POWE JR. L. A., *The Warren Court and American politics*, Boston, 2000, p. 141 si legge della nascita del movimento “*Impeach Earl Warren*”, che diffondeva volantini in tutto il territorio degli Stati Uniti.

¹³¹ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 1964.

¹³² *Lucas v. Forty-Fourth General Assembly of Colorado*, 377 U.S. 713, 1964.

secondo suddivisioni politiche come per le contee, la Costituzione richiedeva il rispetto del principio “una persona, un voto”, cioè la Camera di ogni legislatura statale doveva essere basata su distretti con uguale popolazione.

A seguito di queste decisioni, la Camera dei Rappresentanti approvò una legge che privava le corti federali della giurisdizione su casi relativi al riparto delle circoscrizioni elettorali. Inoltre, alcuni membri del Congresso guidarono un movimento a favore di un emendamento costituzionale che avrebbe “*overturned*” le decisioni della Corte; lo sforzo, però, fu vano perché non raccolse i due terzi degli Stati che l’articolo 5 della Costituzione richiede per riunire una convenzione (in alternativa al Congresso) che proponga un emendamento: le nuove legislature redistribuite non avevano alcun desiderio di tornare alla distribuzione anteriore alle decisioni della Corte¹³³.

I dibattiti riguardo il ruolo e le potenziali riforme della Corte continuarono nei decenni dopo il ritiro del *Chief Justice* Warren nel 1969.

8. La Corte Suprema oggi.

8.1. La composizione della Corte.

Il Congresso stabilì l’attuale numero dei membri della Corte Suprema nel 1869¹³⁴, nonostante l’istituzione fosse composta da nove giudici già nel 1837¹³⁵, prima di essere poi ridotta a sette giudici nel 1866¹³⁶.

Quando nel 1869 fu assunta la decisione di riportare nuovamente la Corte alla dimensione di nove giudici, il Congresso non si basò su valutazioni di rilievo per il diritto costituzionale: infatti, nessuno nei dibattiti menzionò mai che una Corte più numerosa avesse più probabilità di decidere questioni legali correttamente, né nessuno prese in considerazione l’eventuale imparzialità o diversità che sarebbero potute derivare¹³⁷. La principale ragione dell’aumento era legata a considerazioni di natura politica: dopo la

¹³³ PELTASON J.W., *Reapportionment Cases*, in HALL (a cura di), *Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, cit. alla nota 91, pp. 826 ss.

¹³⁴ *Act to Amend the Judicial System of the United States*, capitolo 22, 16 Stat. 44, 1869.

¹³⁵ *Act of Mar. 3, 1837*, capitolo 34, 5 Stat. 176, 1837.

¹³⁶ *Act of July 23, 1866*, capitolo 210, 14 Stat. 209, 1866.

¹³⁷ HESSICK, F. A. & SAMUEL P. J., *Setting the Size of the Supreme Court*, in *Arizona State Law Journal*, vol. 41, no. 3, 2009, pp. 647 ss.

riduzione a sette giudici per impedire al Presidente Democratico Johnson la possibilità di nuove nomine, il Congresso Repubblicano decise il ritorno a nove giudici dopo l'elezione a Presidente del Repubblicano Grant¹³⁸. In realtà, le decisioni dei partiti giocarono un ruolo rilevante tutte le volte in cui il Congresso modificò la dimensione della Corte: le quattro volte in cui il numero dei giudici fu aumentato, lo stesso partito politico controllava sia il Congresso sia la presidenza.

La risoluzione di un problema relativo al *circuit riding* fu un'altra ragione dell'aumento del 1869. La riduzione della Corte a sette giudici prevista nel 1866 era da raggiungere attraverso l'astensione da nuove nomine nel momento in cui ci fosse stato un posto vacante¹³⁹; allo stesso tempo, però, non era stato modificato il numero di *circuits*, che era rimasto a nove. Questa impostazione pose un problema quando, con la morte del giudice Wayne nel 1867, il numero di giudici scese ad otto, lasciando uno dei *circuits* senza un giudice a presidiarlo.

Nonostante la politica e il *circuit riding* fossero le ragioni principali per la modifica del 1869, ciò non significa che il Congresso abbia scelto la dimensione della Corte senza alcuna considerazione dei benefici istituzionali. Per esempio, una preoccupazione che emerse brevemente durante le discussioni antecedenti l'approvazione fu l'efficienza. Il Senatore Trumbull sostenne che l'aumento avrebbe alleviato la pressione sulla Corte, che era «sovraccarica di lavoro»¹⁴⁰. Ma questo sembrò più un pretesto che una reale ragione: la Corte aveva avuto un accumulo di arretrato intorno alla metà del 1800, ma il Congresso non aveva ritenuto necessario espandere la composizione della Corte¹⁴¹; anzi, la ridusse nel 1866.

Un'altra osservazione istituzionale arrivò dal Senatore Casserly che, criticando un'altra proposta di aumento della Corte a diciotto giudici¹⁴², sostenne che «nove giudici è probabilmente molto vicino al giusto equilibrio tra una corte troppo piccola e una corte

¹³⁸ Secondo ACHTENBERG D., *Immunity under 42 U.S. C. §1983: Interpretive Approach and the Search for the Legislative Will*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 86, n. 284, 1992, p. 549: «La volontà del Congresso di ritornare ad una Corte di nove membri indica che il Congresso credeva che le nomine di Grant sarebbero state più favorevoli agli obiettivi del Congresso rispetto ai membri esistenti della Corte».

¹³⁹ *Act of July 23, 1866*, capitolo 210, 14 Stat. 209, 1866.

¹⁴⁰ Cong. Globe, 41st Cong., 1st Sess. 208, 1869.

¹⁴¹ FRANKFURTER & LANDIS, *The business of the Supreme Court*, cit. alla nota 62, pp. 69 ss.

¹⁴² Il Senatore Williams aveva proposto di espandere la Corte Suprema a diciotto giudici, nove dei quali sarebbero stati a Washington mentre gli altri sarebbero stati occupati nel *circuit-riding*, con un ricambio di tre giudici ogni anno. Vedi Cong. Globe, 41st Cong., 1st Sess. 209, 1869.

troppo grande» e che «in una corte di diciotto giudici il compito della decisione deve risolversi in un mero conteggio di voti, non in una discussione di principi né un bilanciamento di ragioni e analogie»¹⁴³. Le parole del Senatore Casserly, insieme alla considerazione del Senatore Trumbull (vista sopra), furono le eccezioni in un dibattito altrimenti privo di qualsiasi riferimento alla dimensione della Corte in un quadro istituzionale.

In ogni caso, dal 1869 ad oggi, la Corte Suprema è stata composta da nove giudici. Nella tradizione costituzionale americana moderna, modificare la dimensione della Corte per sole ragioni politiche o ideologiche costituirebbe un atto considerato da molti inopportuno¹⁴⁴.

Una volta stabilito il numero dei giudici che compongono la Corte, è altrettanto rilevante la questione della modalità della loro selezione. Qualsiasi processo di nomina dei giudici deve affrontare un compromesso tra, da un lato, assicurare l'indipendenza dell'apparato giudiziario e, dall'altro, permettere il controllo democratico dei giudici. Ogni sistema risolve questo bilanciamento in modi diversi. Per esempio, in molti Stati americani i giudici sono scelti dai cittadini attraverso periodiche elezioni: questo metodo riflette una maggiore attenzione per il controllo democratico rispetto all'indipendenza; allo stesso tempo, in diverse democrazie del mondo i giudici delle corti costituzionali sono nominati per un tempo limitato: questo potrebbe essere visto come un metodo per trovare una via di mezzo tra i due interessi.

In ogni caso, i giudici federali negli Stati Uniti godono di un mandato a vita, che pone, quindi, più enfasi sull'indipendenza del giudiziario rispetto al controllo democratico. Infatti, la sezione 1 dell'articolo 3 della Costituzione degli Stati Uniti stabilisce che «i giudici, sia della Corte suprema sia di quelle inferiori, conserveranno le loro cariche finché manterranno buona condotta, e riceveranno per i loro servizi, a tempi prefissati, un compenso che non potrà esser diminuito durante la loro permanenza in carica». La durata del mandato e la protezione salariale aiutano a impostare un sistema in cui i giudici federali possono contare su una sostanziale indipendenza, una volta confermati. Peraltro, il mandato effettivo dei giudici federali è aumentato mentre

¹⁴³ Cong. Globe, 41st Cong., 1st Sess. 214, 1869.

¹⁴⁴ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.1.

L'aspettativa media di vita degli americani si è allungata: un giudice nominato intorno ai suoi quaranta anni, oggi, potrebbe rimanere nella Corte per mezzo secolo.

Poiché i giudici federali hanno molta indipendenza dopo essere stati designati, la Costituzione specifica modi per assicurare un controllo democratico dell'apparato giudiziario federale prima che i giudici stessi inizino il loro mandato. L'articolo 2 della Costituzione stabilisce che il Presidente può nominare, con il parere e il consenso del Senato, i giudici della Corte Suprema e gli altri funzionari degli Stati Uniti la cui nomina non sia altrimenti disciplinata nel testo della Costituzione¹⁴⁵. Il potere del Presidente di nominare i giudici federali, insieme al potere del Senato di confermare la nomina o negarla, costituiscono un importante modo in cui il ramo politico regola le corti federali.

Infatti, secondo la teoria del "*partisan entrenchment*", si potrebbero spiegare alcuni graduali cambiamenti nel diritto costituzionale attraverso questo metodo di funzionamento del sistema costituzionale americano¹⁴⁶. Il potere del Presidente di nominare i giudici della Corte e gli altri giudici federali significherebbe che il partito politico che controlla la Casa Bianca può nominare giudici federali con orientamenti ideologici simili al partito stesso. Nel tempo, questo processo può comportare cambiamenti sostanziali nel diritto costituzionale. Questo spiega perché i partiti politici, i cittadini interessati e le associazioni sono solitamente molto interessati circa quale Presidente di quale partito deciderà i futuri giudici, in particolare quelli della Corte Suprema.

Dei nove giudici della Corte Suprema, uno di loro è il giudice capo (*Chief Justice*) mentre gli altri otto sono giudici associati (*Associate Justices*). Oltre ad essere presidente della Corte, il *Chief Justice* presiede la Conferenza giudiziaria e, secondo la prassi, ogni anno redige una relazione sull'attività dei tribunali federali che contiene dati statistici e considerazioni generali. Nessun requisito è previsto dalla Costituzione o dalla legge per essere giudice della Corte Suprema, ma nel tempo si sono consolidati alcuni requisiti non scritti. Oltre ad una laurea in legge e ad aver esercitato la professione legale per qualche

¹⁴⁵ Art. 2, sezione seconda, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Egli avrà il potere, con il parere e il consenso del Senato, di stipulare trattati, purché vi concorrano i due terzi dei Senatori presenti; e con il parere e il consenso del Senato nominerà gli Ambasciatori, gli altri Rappresentanti pubblici e i Consoli, i Giudici della Corte Suprema e tutti gli altri funzionari degli Stati Uniti la cui nomina non sia qui altrimenti disciplinata, e che sarà stabilita con legge».

¹⁴⁶ Vedi BALKIN J. M. & LEVINSON S., *Understanding the Constitutional Revolution*, in *Virginia Law Review*, vol. 87, 2001, pp. 1045 ss.

tempo, chi viene scelto per essere giudice della Corte di solito ha anche avuto importanti incarichi pubblici, è stato professore universitario o ha avuto ruoli di responsabilità nel settore privato. Negli ultimi anni, si è sviluppata la tendenza di scegliere chi sta già svolgendo un mandato di giudice in un tribunale federale, o talvolta statale.

A dimostrazione di ciò, tutti gli attuali giudici della Corte Suprema hanno importanti *curricula* alle loro spalle¹⁴⁷. Per esempio, l'attuale *Chief Justice* è John G. Roberts: dopo aver studiato ad Harvard, ha servito come *law clerk* prima in una Corte di appello e poi nella Corte Suprema per l'allora giudice associato William H. Rehnquist e ha ricoperto vari ruoli di rilievo (tra gli altri, assistente speciale del Procuratore Generale, avvocato associato del Presidente Ronald Reagan, avvocato della Casa Bianca); infine, è stato nominato giudice della Corte di appello per il *District of Columbia Circuit*, prima di approdare alla Corte Suprema, nominato dal Presidente George W. Bush nel 2015.

Gli attuali *Associate Justices* sono Clarence Thomas, Samuel A. Alito, Sonia Sotomayor, Elena Kagan, Neil M. Gorsuch, Brett M. Kavanaugh, Amy Coney Barrett e Ketanji Brown Jackson. Di questi otto, i primi due hanno ricevuto la nomina dal Presidente Bush¹⁴⁸, le seguenti due dal Presidente Barack Obama¹⁴⁹, i seguenti tre dal Presidente Donald J. Trump¹⁵⁰ e, infine, l'ultima nomina è stata del Presidente Joseph R. Biden¹⁵¹. Il giudice Thomas, membro della Corte Suprema da oltre trenta anni, è il secondo afroamericano a farne parte; la giudice Brown Jackson, invece, è la prima donna afroamericana a sedere nei banchi della Corte. Prima di essere nominati alla Corte Suprema, il giudice Alito stava svolgendo il suo mandato di giudice della Corte di appello per il *Third Circuit*, la giudice Sotomayor per il *Second Circuit*, il giudice Gorsuch per il *Tenth Circuit*, il giudice Kavanaugh per il *District of Columbia Circuit*, la giudice Coney Barrett per il *Seventh Circuit*, mentre la giudice Kagan era preside della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Harvard e poi *Solicitor General of the United States*. Da questa breve ricostruzione delle biografie, è facile notare la conferma della tendenza

¹⁴⁷ Le biografie dei giudici sono accessibili a: <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>

¹⁴⁸ Il giudice Thomas è stato nominato nel 1991, mentre il giudice Alito ha ricevuto la nomina nel 2006.

¹⁴⁹ La giudice Sotomayor ha iniziato il suo mandato nel 2006, mentre la giudice Kagan è stata nominata nel 2009.

¹⁵⁰ La nomina del giudice Gorsuch risale al 2017, quella del giudice Kavanaugh è del 2018 e quella della giudice Coney Barrett del 2020.

¹⁵¹ La giudice Brown Jackson ha iniziato il suo mandato il 30 giugno 2022.

a nominare come giudici della Corte Suprema persone che stanno già svolgendo un mandato da giudice in una corte inferiore.

8.2. *Le competenze della Corte.*

La Corte Suprema è il tribunale di ultima istanza per tutti i casi e le controversie che nascono dall'interpretazione della Costituzione o dalle leggi degli Stati Uniti. Come arbitro finale della legge, la Corte ha il compito di assicurare al popolo americano il rispetto della promessa di “*equal justice under law*”, come si legge sull'entrata principale del palazzo della Corte stessa.

La Corte Suprema ha una posizione quasi unica nel suo genere, che deriva dal profondo impegno e rispetto del popolo americano nei confronti delle regole di legge e del governo costituzionale. Infatti, gli Stati Uniti hanno dimostrato determinazione nel preservare la loro Costituzione scritta, che è la più antica Costituzione ancora in vigore. Il testo della Costituzione è pensato per fornire un governo nazionale sufficientemente forte e flessibile in modo da andare incontro ai bisogni della nazione ma, allo stesso tempo, sufficientemente limitato per proteggere i diritti dei cittadini; l'obiettivo è un bilanciamento tra la necessità della società di avere un ordine e il diritto alla libertà dell'individuo. Per garantire tale finalità, la Costituzione prevede tre apparati istituzionali indipendenti ed eguali¹⁵².

Il complesso ruolo della Corte Suprema in questo sistema deriva dal suo potere di invalidare le azioni dell'apparato legislativo e dell'apparato esecutivo che, secondo la Corte stessa, sono in conflitto con il dettato costituzionale. Come anticipato sopra¹⁵³, questo è il potere di *judicial review*. Il riconoscimento di questa autorità pone in capo alla Corte alcune responsabilità cruciali, come il mantenimento di una “Costituzione vivente” le cui disposizioni devono essere applicate a sempre più complicate nuove situazioni, ma anche la protezione dei diritti individuali. L'accettazione, però, di questo potere implica anche alcune domande: qualsiasi questione costituzionale può essere portata all'attenzione della Corte? Chi può rivolgersi alla Corte Suprema e in quali circostanze?

¹⁵² KLONOFF R. H., *Introduction to the study of U.S. law*, 2nd ed., St. Paul, 2021, p. 34.

¹⁵³ Vedi capitolo II, paragrafo 2.

Nel Ventesimo secolo, il ruolo del governo cambiò rispetto al secolo precedente. In particolare, durante il periodo del *New Deal*, la regolazione statale e federale si espanse: se prima le questioni costituzionali nascevano da contesti di contenzioso tradizionale (per esempio, casi di diritto penale o violazioni contrattuali), ora il contenzioso riguardava le tutele normative e questi casi potevano riguardare perdite economiche o minacce di perdite economiche, non tradizionali diritti di proprietà o contrattuali¹⁵⁴. Inoltre, i *Civil Rights Cases*¹⁵⁵ della seconda metà del 1900 trasformarono le “*justiciability doctrines*”, cioè le dottrine che definiscono quali casi sono idonei ad una risoluzione giudiziale, della Corte. Di conseguenza, materie che i giudici avevano fino a quel momento tradizionalmente lasciato agli Stati o agli amministratori locali diventarono di interesse dei giudici federali. Infine, le nuove leggi ambientali diedero vita a un nuovo contenzioso riguardante ampi interessi relativi all’ambiente o alla protezione della natura. Tutto ciò portò le corti ad un rinnovamento delle loro visioni su chi può azionare una causa legale, quando e per quale rimedio richiesto.

Era sempre stato chiaro che le corti federali potessero occuparsi di casi in cui la parte privata avesse una personale connessione con una presunta violazione di legge: l’esempio scolastico prevede un’azione governativa che direttamente priva la parte di uno specifico diritto. In epoca moderna e contemporanea, però, le azioni governative spesso hanno un effetto sugli interessi di milioni di persone con diversi gradi di immediatezza: le corti hanno dovuto tracciare una linea di confine tra dispute puramente ideologiche e, al contrario, controversie legali concrete.

In realtà, la linea per tracciare questo confine può essere trovata nelle parole della Costituzione. L’articolo 3, infatti, chiarisce che il potere delle corti federali è il potere «giudiziario», non quello legislativo (che è del Congresso¹⁵⁶) e non quello esecutivo (che è del Presidente¹⁵⁷). Perciò, se le corti vanno oltre la funzione giudiziaria, ne risulta un’invasione nei poteri propri del Congresso e del Presidente. La funzione giudiziaria è definita, ancora dal testo dell’articolo 3, come la competenza della Corte ad occuparsi di

¹⁵⁴ CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit. alla nota 26, p. 44.

¹⁵⁵ *Civil Rights Cases*, cit. alla nota 70.

¹⁵⁶ Art. 1, sezione prima, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «Di tutti i poteri legislativi qui concessi sarà investito un Congresso degli Stati Uniti che consisterà di un Senato e di una Camera dei Rappresentanti».

¹⁵⁷ Art. 2, sezione prima, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «Del potere esecutivo sarà investito un Presidente degli Stati Uniti d’America. [...]».

«casi» e «controversie»¹⁵⁸. Questi termini, che sono essenzialmente sinonimi¹⁵⁹, sembrano includere solo la “*adversarial litigation*”. Il primo *Chief Justice*, John Jay, colse l’occasione di un consiglio richiesto dal Presidente George Washington riguardo l’interpretazione dei trattati con la Francia durante una crisi internazionale per chiarire questo limite, declinando la richiesta¹⁶⁰. Infatti, il compito della Corte consiste nel decidere casi specifici, non nel dare pareri consultivi. Limitare il potere dei giudici in questo modo ha almeno due giustificazioni, che sono complementari: una funzionale e l’altra formale¹⁶¹. L’aspetto funzionale riguarda la preparazione dei giudici, che hanno esperienza nel trattare una controversia reale tra parti avverse ma non hanno una vera e propria pratica nel considerare questioni astratte di sistema. Per quanto riguarda il lato formale, invece, quando i giudici si spingono oltre e considerano questioni astratte, si ha una violazione della separazione dei poteri.

Tuttavia, non è facile individuare cosa renda una causa sufficientemente “*judicial*”. Nei secoli, la Corte ha elaborato una serie di dottrine sulla giurisdizione federale. La prima, la “*political question doctrine*”, esclude le corti federali dal decidere determinati quesiti costituzionali. Le altre tre (“*standing*”, “*ripeness*” e “*mootness*”) escludono determinati casi sulla base dell’identità della parte attrice o del tempo della causa.

Secondo la “*political question doctrine*”, alcune questioni costituzionali non sono di competenza giudiziaria poiché appartengono alle sfere politiche del governo. Già in *Marbury*¹⁶², il giudice Marshall riconobbe che, nei casi in cui il Presidente o un rappresentante dell’esecutivo ha “discrezione legale”, il potere giudiziario non può intervenire. Questa distinzione, in realtà, era già implicita nell’insistenza di Marshall nel

¹⁵⁸ Art. 3, sezione seconda, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «Il potere giudiziario si estenderà a tutte le cause di stretto diritto e di equità, fondate sulla disciplina di questa Costituzione, delle leggi degli Stati Uniti e dei trattati stipulati, o che saranno stipulati sotto la loro autorità; a tutte le cause che riguardano ambasciatori, altri rappresentanti pubblici o consoli; a tutte le cause di ammiragliato e di giurisdizione marittima; alle controversie nelle quali gli Stati Uniti siano una delle parti; alle controversie tra due o più Stati; tra uno Stato e i cittadini di un altro Stato; tra i cittadini di diversi Stati; tra cittadini dello stesso stato che reclamino terre in base a concessioni di altri Stati, e fra uno Stato, e i suoi cittadini, e Stati o cittadini o soggetti stranieri. [...]».

¹⁵⁹ L’unica possibile differenza potrebbe essere che il termine “*controversies*” si riferisca solamente ai casi civili.

¹⁶⁰ La risposta dei giudici alla richiesta del Presidente Washington può essere trovata in JOHNSTON H. P., *Correspondence and Public Papers of John Jay*, New York, 1801.

¹⁶¹ CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit. alla nota 26, p. 45.

¹⁶² *Marbury v. Madison*, cit. alla nota 23.

sottolineare che il ruolo delle corti è stabilire quale è la legge, nel cui ambito rientra una serie di questioni legali ben distinte da quelle politiche.

Il caso da cui nacque la “*political question doctrine*” è *Luther v. Borden*¹⁶³. In breve, a Rhode Island alcuni cittadini si ribellarono dopo che erano stati privati di alcuni diritti secondo lo statuto coloniale originale; così, iniziarono a chiedere una nuova e più democratica costituzione statale. Invece, il governo (organizzato secondo lo statuto coloniale) impose la legge marziale e diede ai militari vari poteri di polizia. La domanda legale nella controversia che ne era sorta era se i militari avessero violato la legge nel momento in cui avevano fatto irruzione in un’abitazione privata. In realtà, la domanda relativa alla possibile violazione si trasformò in parte in una domanda diversa: il governo dello statuto coloniale era ancora legittimamente al potere oppure i ribelli avevano creato un nuovo governo legittimo, privando quello vecchio del potere di imporre la legge marziale? Il Presidente aveva considerato il vecchio governo l’autorità legittima. Ma le vittime dell’irruzione abitativa sostenevano che il vecchio governo, a causa delle caratteristiche antidemocratiche, violasse la garanzia di una «forma repubblicana di governo» prevista dalla “*Guarantee Clause*” della Costituzione¹⁶⁴. Così, la questione diventò capire quale dei due governi era quello legittimo.

La Corte Suprema evitò la domanda, stabilendo che una corte federale non possa determinare quale dei due governi statali concorrenti fosse legalmente autorizzato o se un governo statale sia di natura “repubblicana”. Nel prendere questa decisione, la Corte richiamò anche il linguaggio della Costituzione, che suggerisce che sia il Congresso ad avere l’autorità di decidere quali governi siano “repubblicani”. Questo finì per essere estremamente rilevante dopo la Guerra Civile: diede al Congresso della Ricostruzione il potere di decidere quali Stati del Sud avessero ristabilito governi legittimi e potessero, quindi, inviare nuovamente i loro rappresentanti al Congresso.

La decisione moderna che interpreta la “*political question doctrine*” è *Baker v. Carr*¹⁶⁵. Questo caso riguardava i distretti elettorali in Tennessee. Infatti, i distretti non erano stati modificati dal 1901 cosicché negli anni ’60 erano fortemente disallineati

¹⁶³ *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1, 1849.

¹⁶⁴ Art. 4, sezione quarta, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «Gli Stati Uniti garantiranno a tutti gli Stati di questa Unione la forma repubblicana di governo, e proteggeranno ciascuno di essi da invasioni; e, su richiesta del Legislativo o dell’esecutivo (quando il legislativo non possa essere convocato), anche da ogni violenza interna».

¹⁶⁵ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 1962.

rispetto alla popolazione statale, che si era spostata dalle campagne alle città. La Corte presumeva che qualsiasi contestazione basata sulla “*Guarantee Clause*” fosse preclusa da *Luther*, ma ne accettò una basata sulla “*Equal Protection Clause*”¹⁶⁶. Il giudice William Brennan classificò i precedenti casi ritenuti di “*political question*” in tre categorie: casi di relazioni internazionali, casi relativi alla data ufficiale di inizio e fine delle guerre e casi relativi alla validità procedurale degli emendamenti costituzionali. Ne trasse, poi, una serie di principi guida per l'applicazione della dottrina: in primo luogo, è necessario determinare se la Costituzione assegni la questione ad un altro ramo di governo; secondariamente, valutare se vi siano *standard* utilizzabili dai giudici per decidere la questione; poi, considerare se vi sia il bisogno per il governo di parlare con una singola voce (per esempio, negli affari internazionali); infine, valutare se le corti potrebbero garantire un rimedio effettivo.

In realtà, da *Baker* in poi la Corte ha applicato la “*political question doctrine*”, rinunciando a prendere una decisione nel merito, solo una volta¹⁶⁷. L'unica volta in cui la dottrina ha trovato applicazione è stata in *Nixon v. United States*, che riguardava non il Presidente Richard Nixon, bensì il giudice Walter Nixon.¹⁶⁸ Quest'ultimo era stato messo sotto accusa e rimosso dall'ufficio sulla base di spergiuro davanti ad un *grand jury*; tuttavia, egli riteneva che il Senato avesse utilizzato una procedura incostituzionale. La Corte dichiarò questo come caso di “*political question*” poiché la Costituzione prevede che sia il Senato ad avere il potere esclusivo di processare casi di “*impeachment*”¹⁶⁹.

Di conseguenza, oggi la dottrina è ancora in vita ma ha un'applicazione limitata. Infatti, la Corte, per rispondere alle preoccupazioni circa il ruolo appropriato del giudiziario, utilizza più spesso le dottrine di “*standing*” e “*mootness*”.

¹⁶⁶ Emendamento XIV, cit. alla nota 50.

¹⁶⁷ Per esempio, in *Powell v. McCormick*, 395 U.S. 486, 1969, la Corte Suprema concluse di avere il potere di decidere se la volontà della Camera dei Rappresentati di negare di sedere in Parlamento ad un membro dello stesso sulla base di accuse di cattiva condotta fosse legittima o meno. Secondo la Corte, la Camera poteva considerare solo le qualificazioni richieste dalla Costituzione stessa (per esempio, l'età). Data questa interpretazione, vi erano degli *standards* utilizzabili dai giudici e quindi non trovava applicazione la “*political question doctrine*”. In particolare, la Corte distinse la decisione relativa al negare ad un membro di sedere in Parlamento rispetto alla decisione di espellere un membro; quest'ultima, infatti, potrebbe essere una “*political question*”.

¹⁶⁸ *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 1993.

¹⁶⁹ Art. 1, sezione terza, clausola 6, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Il Senato avrà in via esclusiva il potere di giudicare su tutti i casi di impeachment. Quando di riunisce a tal fine, dovrà prestare giuramento o impegno solenne. Se è sotto accusa il Presidente degli Stati Uniti, presiederà il Giudice in capo della Corte Suprema; e nessuno sarà dichiarato colpevole senza il concorso dei voti dei due terzi dei presenti».

Lo “*standing*” riguarda un ambito molto diverso rispetto alla “*political question doctrine*”: la domanda non è se una questione sia appropriata per una risoluzione giudiziale, ma se una determinata parte ha il potere di intentare la causa. Per rispondere a quest’ultima domanda, negli anni, è stato sviluppato un test in tre parti: la parte deve dimostrare l’esistenza di un danno concreto e che sia legalmente conoscibile, deve riuscire a ricondurlo al convenuto e, infine, il danno deve essere riparabile dalla corte¹⁷⁰. Questo test ricomprende buona parte delle controversie ordinarie, ma oggi molti casi non coinvolgono più solo danni tangibili, con cause chiare e rimedi netti; al contrario, si è ormai diffuso il contenzioso relativo all’invasione della privacy, al danno ambientale, al danno psicologico. Nonostante il test sembri chiaro, in realtà, la sua applicazione richiede una decisione riguardo a quando un danno sia sufficientemente concreto, un giudizio sia di valore sia empirico riguardo alla rintracciabilità del danno al convenuto e una valutazione di appropriatezza e utilità dei rimedi giudiziali. In relazione ai casi moderni di diritti intangibili, queste considerazioni non trovano facili risposte.

La dottrina dello “*standing*” agisce come guardiano di ingresso del tribunale, con grandi implicazioni rispetto all’abilità dei movimenti sociali, associazioni e partiti politici di perseguire i loro scopi attraverso le corti. Tipicamente, i giudici liberali tendono a espandere il concetto, mentre i giudici conservatori sono a favore di una visione restrittiva. Inoltre, restringere lo “*standing*” federale significa spostare più decisioni verso gli Stati, il Congresso e il Presidente, mentre espanderlo garantisce più autorità alle corti federali. Perciò, questa dottrina ha implicazioni anche sulla separazione dei poteri¹⁷¹.

Complementari alla dottrina dello “*standing*”, le dottrine del “*ripeness*” e del “*mootness*” si concentrano sull’ambito temporale. Infatti, “*ripeness*” significa che una parte non ha ancora lo “*standing*” poiché il danno è ancora troppo astratto o remoto, mentre “*mootness*” significa che la parte ha perso il suo “*standing*” poiché il danno è sparito o è diventato irreversibile.

In conclusione, è necessario ricordare che la Corte Suprema non ha solo una giurisdizione di appello, ma ha anche una “*original jurisdiction*”. Come anticipato sopra¹⁷², la questione fu affrontata dal giudice Marshall in *Marbury*. La “*Original*

¹⁷⁰ Vedi, per esempio, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 1992; NICHOL JR. G. R., *Rethinking Standing*, in *California Law Review*, vol. 72, 1984, pp. 68 ss.

¹⁷¹ CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, cit. alla nota 26, pp. 48 ss.

¹⁷² Vedi capitolo II, paragrafo 2.

Jurisdiction Clause” dell’articolo 3 della Costituzione garantisce accesso in prima istanza alla Corte in una determinata serie di casi: quelli riguardanti ambasciatori, altri rappresentanti pubblici o consoli, e quelli in cui uno Stato sia parte¹⁷³. I padri fondatori volevano, quindi, assicurarsi che il Congresso non fosse in grado di espandere questa giurisdizione: i processi devono svolgersi principalmente a livello locale e non in una Corte geograficamente remota¹⁷⁴.

8.3. *Il processo decisionale della Corte.*

Il lavoro della Corte Suprema, oggi, consiste principalmente in tre diverse funzioni¹⁷⁵. La prima riguarda la selezione di quali casi i giudici vogliono decidere. La seconda consiste nella decisione stessa di quei casi, cioè i giudici studiano i documenti che le parti hanno consegnato, ascoltano gli “*oral arguments*” degli avvocati e, infine, prendono la decisione a votazione. La terza funzione consiste nello scrivere la sentenza a supporto della decisione presa dalla maggioranza, a cui spesso si accompagnano opinioni concorrenti ma separate oppure opinioni dissenzienti scritte dai giudici che non si riconoscono, rispettivamente, nella motivazione o nella decisione della maggioranza.

L’autorità di decidere autonomamente quali casi decidere non è sempre stata propria della Corte. Come visto sopra,¹⁷⁶ per un centinaio di anni la Corte Suprema svolgeva inizialmente il ruolo di corte di appello per le corti federali inferiori: se una parte non era soddisfatta della decisione raggiunta in primo grado, aveva il diritto di appello diretto alla Corte. In seguito, mentre la popolazione aumentava e il Congresso conferiva maggiore giurisdizione alle corti federali inferiori, aumentarono anche i casi portati davanti alla Corte Suprema. Nonostante il Congresso, per risolvere il problema, avesse creato le Corti di appello intermedie nel 1891, fu solo nel 1925 che il Congresso approvò

¹⁷³ Articolo 3, sezione seconda, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «[...] In tutti i casi riguardanti ambasciatori, altri rappresentanti pubblici o consoli, e quelli in cui uno Stato sia parte, la Corte suprema ha giurisdizione originaria. In tutti gli altri casi prima menzionati, la Corte suprema ha giurisdizione d’appello, sia in diritto sia in fatto, con le eccezioni e secondo le regole che il Congresso stabilirà. [...]».

¹⁷⁴ PFANDER J. E., *Marbury, original jurisdiction, and the Supreme Court’s supervisory powers*, in *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001, pp. 1515 ss.

¹⁷⁵ KLONOFF, *Introduction to the study of U.S. law*, cit. alla nota 152, pp. 39 ss.

¹⁷⁶ Vedi capitolo II, paragrafi 1-4.

il *Certiorari Act*¹⁷⁷, il quale garantì alla Corte Suprema la discrezione nello scegliere di quali casi occuparsi. A quel tempo, la Corte aveva un arretrato di quasi cinque anni; così, il *Chief Justice* William Howard Taft, ma allo stesso tempo anche Presidente degli Stati Uniti, risolse il problema convincendo il Congresso a dare discrezione alla Corte riguardo quali casi ascoltare.

Di conseguenza, delle migliaia di parti soccombenti ogni anno che chiedono una revisione, la Corte accoglie solo una piccola frazione. Se quest'ultima decide di accogliere una richiesta di appello, il processo è chiamato “*granting a petition for writ of certiorari*”¹⁷⁸. Secondo una regola consuetudinaria, e nonostante negli altri casi operi la regola della maggioranza, la Corte garantisce la revisione con il voto favorevole di quattro giudici, invece che cinque¹⁷⁹. Durante il periodo in cui la Corte opera, cioè dal primo lunedì di ottobre fino a giugno, i nove giudici si trovano in conferenza privata una volta a settimana per procedere alla votazione di quali casi accettare. È compito del *Chief Justice* inviare, prima della conferenza, una lista delle “*petitions for certiorari*” che saranno discusse; tra queste, quelle che non sono discusse in tempo sono automaticamente negate senza alcun voto¹⁸⁰. Peraltro, se garantire o meno un “*certiorari*” è una decisione soggettiva, che il giudice si forma in parte in base all'istinto e in parte in base ad un giudizio legale. In ogni caso, ci sono alcuni fattori che i giudici solitamente prendono in considerazione: per esempio, se il caso in questione è stato deciso diversamente da un altro caso molto simile in un'altra corte federale inferiore o se la decisione della corte inferiore sembra aver applicato in modo incorretto una decisione della Corte Suprema. D'altronde, il compito della Corte consiste nello scegliere, tra i numerosi casi che vengono sottoposti alla sua attenzione, quelli relativi a questioni legali irrisolte di interesse generale.

Dopo che la Corte conclude la sua prima funzione di scelta, deve procedere con la decisione di quegli stessi casi scelti. Diverse settimane prima dell’“*oral argument*”, le parti devono consegnare i fascicoli in modo che siano conformi a specifiche regole della

¹⁷⁷ *An Act to amend the Judicial Code, and to further define the jurisdiction of the circuit courts of appeals and of the Supreme Court, and for other purposes*, 43 Stat. 936, 1925. È anche conosciuto come *Judiciary Act* del 1925.

¹⁷⁸ “*Certiorari*”, dal latino, significa “essere più informato”.

¹⁷⁹ Questo principio è diventato noto come “la regola dei quattro”. Al riguardo, ROBBINS I., *Justice by the numbers: the Supreme Court and the rule of four – or is it five?*, in *Suffolk University Law Review*, vol. 36, 2002, pp. 1 ss.

¹⁸⁰ KLONOFF, *Introduction to the study of U.S. law*, cit. alla nota 152, p. 40.

Corte: quali informazioni devono essere contenute, la grandezza dei fogli, il tipo di stampa, il limite di pagine. Anche il colore delle cartelle contenenti i fascicoli è specifico: il fascicolo dell'appellante deve essere blu, mentre quello dell'appellato deve essere rosso. Inoltre, la Corte spesso riceve anche fascicoli dagli *amici curiae* e questi devono essere di colore verde¹⁸¹. Questa regola sui colori diventa utile nel momento in cui i giudici hanno a che fare con più fascicoli per un determinato caso e possono capire qual è il fascicolo di cui hanno bisogno semplicemente facendo riferimento al colore¹⁸².

I giudici, poi, possono prepararsi per gli “*oral arguments*” in modi diversi, a loro discrezione. Alcuni fanno preparare delle ricerche dai propri *law clerks*, che riassumono e analizzano gli argomenti portati dalle parti. Infatti, ogni giudice della Corte ha almeno tre *law clerks* che lo assistono nelle ricerche, nella scrittura delle sentenze e in altri compiti.¹⁸³

Gli “*oral arguments*” sono l'unica parte pubblica del processo decisionale della Corte Suprema. In questa fase, i nove giudici ascoltano gli avvocati di entrambe le parti e possono fare loro domande. Questo avviene per quattordici settimane ogni anno: due settimane per ogni mese da ottobre ad aprile. Ogni giorno la Corte ascolta gli argomenti di due casi, accordando mezz'ora di tempo ad ogni avvocato. Sia i fascicoli presentati dalle parti sia gli “*oral arguments*” sono importanti, ma la maggior parte degli esperti ritiene che la parte documentale giochi un ruolo maggiore nel raggiungimento del risultato rispetto alla parte orale¹⁸⁴.

Dopodiché, i giudici devono prendere la vera e propria decisione. Per farlo, si incontrano privatamente nella stanza delle conferenze. Il *Chief Justice* inizia la discussione riassumendo i fatti del caso e la decisione della corte inferiore, sottolineando quale sia la legge applicabile secondo la sua opinione e, infine, indicando il suo voto

¹⁸¹ Un *amicus curiae* è una persona o un gruppo di persone che non è parte dell'azione, ma ha un forte interesse nella materia. In questo caso, è possibile richiedere alla Corte il permesso di presentare un documento con l'intento di influenzare la decisione.

¹⁸² KLONOFF, *Introduction to the study of U.S. law*, cit. alla nota 152, p. 41.

¹⁸³ La maggior parte dei *law clerks* della Corte Suprema ha precedentemente servito nello stesso ruolo per un giudice di una corte inferiore. Per uno studente che ha appena completato il suo percorso di studi, essere *law clerk* della Corte Suprema è probabilmente il lavoro più prestigioso. Peraltro, il ruolo non deve essere sottostimato: i *law clerks* spesso scrivono la prima versione delle sentenze e influenzano la Corte nella decisione di quali casi accettare. Al riguardo, vedi BLACK R. & BOYD C., *The role of law clerks in the U.S. Supreme Court's agenda-setting process*, in *American Politics Research*, vol. 40, 2012, pp. 147 ss.

¹⁸⁴ Vedi, per esempio, GINSBURG R. B., *Remarks on appellate advocacy*, in *Supreme Court Law Review*, vol. 50, 1999, pp. 567 ss.

favorevole o contrario rispetto alla decisione della corte inferiore. La discussione poi procede con il più anziano dei giudici associati fino al più giovane. Non vi è un tempo fissato per la discussione di ogni caso, poiché dipende dalla complessità di ognuno.

Nel prendere una decisione, i giudici devono interpretare la Costituzione. Quest'ultima è un documento scritto in termini estremamente ampi, cosicché nei secoli si è sviluppato un grande dibattito tra i giudici e gli studiosi di diritto costituzionale circa il modo in cui la Costituzione dovrebbe essere interpretata: diversi approcci sono stati proposti. Alcuni sostengono che il testo dovrebbe essere interpretato secondo l'intento originario di coloro che lo hanno scritto: questo orientamento spesso richiede una complessa analisi storica degli scritti sia personali sia pubblici dei padri costituenti¹⁸⁵. Un altro approccio prevede di interpretare la Costituzione secondo il significato attribuito a quel tempo alle parole usate: anche in questo caso è richiesta un'analisi storica del linguaggio della società al tempo in cui la Costituzione fu scritta¹⁸⁶. Infine, alcuni studiosi propongono un approccio pragmatico all'interpretazione: il significato o l'intento originale non possono essere l'unico o il principale principio guida, poiché la Costituzione è un documento "vivente" destinato ad evolvere nel tempo in base alle circostanze¹⁸⁷.

Una volta che i giudici hanno preso la decisione a maggioranza, la Corte deve rispondere alla terza funzione: la scrittura della sentenza, a supporto e spiegazione della decisione raggiunta. Inoltre, spesso vi saranno sentenze concorrenti o dissenzienti da parte dei giudici che non si trovano in accordo con il ragionamento della maggioranza.

In ogni caso in cui il *Chief Justice* vota insieme alla maggioranza sarà lui a decidere chi scriverà l'opinione della Corte. Al contrario, se il *Chief Justice* non è tra la maggioranza, il giudice associato più anziano ad aver votato con la maggioranza sceglierà

¹⁸⁵ L'approccio dell'"*original intent*" ha sia sostenitori sia critici. Al riguardo, tra gli altri, GREENE J., *The case for Original Intent*, in *George Washington Law Review*, vol. 80, 2012, pp. 1683 ss.; BENNET R., *Originalist Theories of constitutional interpretation*, in *Cornell Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 355 ss.

¹⁸⁶ Anche in questo caso, si trovano opinioni sia favorevoli sia contrarie. Vedi, per esempio, BORK R., *The tempting of America: the political seduction of the law*, New York, 1990; SCALIA A., *Address before the Attorney General's conference on economic liberties in Washington, D.C. – June 14, 1986*, in *Original Meaning Jurisprudence: a sourcebook*, 1987, pp. 103 ss.

¹⁸⁷ Nuovamente, vi sono sia sostenitori sia detrattori. Tra gli altri, BREYER S., *Active liberty: interpreting our democratic Constitution*, 1st ed., New York, 2005; FARBER D., *Legal pragmatism and the Constitution*, in *Minnesota Law Review*, vol. 72, 1988, pp. 1331 ss.; GUTMANN A. (a cura di), *A matter of interpretation: federal courts and the law*, Princeton, 1997.

a chi assegnare la scrittura¹⁸⁸. Il giudice assegnatario, quindi, scriverà la bozza della sentenza e la farà, poi, circolare tra i giudici, aspettando in particolare la reazione di coloro che avevano votato insieme alla maggioranza. Se un giudice concorda con la bozza e non ha critiche o suggerimenti, allora invierà una lettera chiedendo di aderire all'opinione. Un giudice, però, potrebbe anche inviare una lettera chiedendo qualche modifica prima di aderire: il giudice che ha scritto la bozza, se possibile, andrà incontro a questa richiesta.

Per quanto riguarda, invece, l'eventuale opinione dissenziente, sarà il giudice più anziano ad avere votato con la minoranza ad assegnarne la scrittura. Anche in questo caso, la bozza circolerà tra i giudici allo stesso modo.

A questo punto, il processo decisionale della Corte Suprema è completato.

8.4. *L'impatto delle decisioni della Corte sui diritti individuali.*

Preservare i diritti costituzionali degli individui è probabilmente la funzione più utilizzata per giustificare l'esercizio del *judicial review* da parte della Corte Suprema¹⁸⁹. In questo ambito, per misurare l'impatto che hanno le decisioni della Corte è necessario domandarsi: quali erano le condizioni esistenti prima della decisione stessa? Quante persone erano soggette al regime oggetto della decisione? La decisione della Corte è stata effettivamente eseguita? Quali sono state le conseguenze per gli interessati? A livello soggettivo, le ripercussioni sono state percepite come positive dai beneficiari della decisione? A livello oggettivo (nonostante la linea di demarcazione tra oggettivo e soggettivo sia molto sottile a questo riguardo), gli effetti sono stati intesi dagli altri come un vantaggio per i beneficiari¹⁹⁰?

In realtà, non è semplice analizzare questi dati per diverse ragioni. Prima di tutto, qualsiasi tentativo di misurazione degli effetti sociali di decisioni giudiziarie è un compito estremamente complicato e necessariamente incompleto¹⁹¹. Secondariamente, anche assumendo che una decisione della Corte Suprema a difesa di un diritto individuale

¹⁸⁸ L'assegnazione della scrittura di una sentenza è molto importante per ogni membro della Corte Suprema poiché è quasi l'unica traccia visibile del lavoro di un giudice alla Corte stessa.

¹⁸⁹ Vedi CHOPER J. H., *Judicial Review and the national political process*, 1st ed., Chicago, 1980, pp. 60 ss.

¹⁹⁰ CHOPER J.H., *Consequences of Supreme Court decisions upholding individual constitutional rights*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, 1984, pp. 6 ss.

¹⁹¹ Al riguardo, per esempio, MERTON R., *Social theory and social structure*, 1st ed., New York, 1968; WASBY S., *The impact of the United States Supreme Court*, Homewood, 1970.

risultasse nella sicurezza di quest'ultimo, non vi è assicurazione che tutte le pronunce costituzionali saranno applicate nella pratica. Inoltre, anche presupponendo che gli ordini della Corte siano seguiti, il grado in cui questi sono rilevanti (o positivi) per gli individui interessati varia considerevolmente. Peraltro, anche se le decisioni della Corte di fatto producessero alcuni importanti benefici per alcuni, bisogna considerare che allo stesso tempo potrebbero avere effetti nocivi su altri. Quest'ultima eventualità può essere illustrata dal caso del diritto all'aborto, il cui dibattito è all'ordine del giorno dopo la pronuncia della Corte Suprema in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹⁹², e il cui conflitto di interessi tra la donna incinta e il feto è inerente.

Peraltro, l'esempio di questa recente decisione della Corte riguardo il diritto all'aborto aiuta ad analizzare in concreto l'impatto che ne deriverà sul diritto individuale in questione. *Dobbs*, in realtà, ha guadagnato attenzione dopo la decisione della Corte Suprema in *Whole Woman's Health v. Jackson*¹⁹³. Quest'ultima vicenda giudiziaria nacque in Texas: nel luglio del 2021, *Whole Woman's Health* e altri gruppi di fornitori di assistenza sanitaria riproduttiva cominciarono un'azione nel *United States District Court for the Western District of Texas, Austin Division* contro un giudice, Austin Reeve Jackson¹⁹⁴, un assistente giudiziario, Penny Clarkston¹⁹⁵, un privato cittadino, Mark Lee Dickson¹⁹⁶ e alcuni funzionari statali che avevano il potere di applicare pene collaterali nei confronti dei querelanti in caso di violazione della legge del Texas sull'aborto.

Alla base della controversia, infatti, vi era la ritenuta violazione della giurisprudenza della Corte Suprema sull'aborto da parte della legge texana. Quest'ultima fu introdotta nel marzo del 2021 ed è conosciuta come *Texas Heartbeat Act*¹⁹⁷. In breve, la legge ritiene che lo Stato del Texas non abbia mai abrogato, né espressamente né implicitamente, le leggi statali in vigore prima della decisione della Corte Suprema in *Roe v. Wade*¹⁹⁸, che proibiscono e criminalizzano l'aborto a meno che non sia in pericolo

¹⁹² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228, 2022.

¹⁹³ *Whole Woman's Health v. Jackson*, 142 S. Ct. 522, 2021.

¹⁹⁴ Inteso nel suo ruolo pubblico e per conto di una classe di giudici del Texas nella sua simile situazione.

¹⁹⁵ Anche in questo caso, inteso nel suo ruolo pubblico e per conto di una classe di assistenti giudiziari del Texas nella sua simile situazione.

¹⁹⁶ Dickson aveva espresso il suo intento di intentare causa contro chiunque avesse violato la legge del Texas relativa all'aborto.

¹⁹⁷ 2021 *Tex. Sess. Law. Sev.*, capitolo 62 (S.B. 8) (*Vernon's*); *Tex. Health & Safety Code Ann.* §§171.201-171.212 (2021).

¹⁹⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

la vita della madre. Di conseguenza, ad eccezione del caso in cui un medico ritenga che esista un'emergenza medica che impedisce di conformarsi alle previsioni della legge, un medico non può eseguire o indurre un'interruzione di gravidanza su una donna incinta se il medico stesso rileva un battito del cuore del feto o non ha eseguito il test per rilevarlo. Inoltre, la condotta proibita dalla legge del Texas è ampia: non solo proibisce di eseguire o indurre un aborto, ma anche di aiutare o favorire una tale condotta. In ogni caso, la legge stabilisce esplicitamente che non intende creare o riconoscere un diritto all'aborto nemmeno prima che il battito del feto sia rilevato. Infine, l'applicazione di questa legge è esclusivamente via un'azione privata civile e le potenziali difese della parte convenuta sono abbastanza limitate¹⁹⁹.

Gli argomenti dei querelanti sottolineavano come la legge del Texas stesse tentando di oltrepassare e violare la legge costituzionale, precisamente le decisioni della Corte Suprema in *Roe v. Wade*²⁰⁰ e *Planned Parenthood v. Casey*²⁰¹. La legge del Texas che rendeva illegale l'aborto a meno che non fosse per salvare la vita della madre fu la protagonista della vicenda giudiziaria anche in *Roe*, nel 1973. Proibendo la maggior parte dei casi di aborto, la legge interferiva con quello che la Corte riteneva il diritto fondamentale di una donna di scegliere un aborto; di conseguenza, il Texas doveva dimostrare che questa interferenza fosse necessaria per difendere un interesse statale impellente. Nonostante la Corte si trovò d'accordo nel ritenere che fosse compito dello Stato proteggere due interessi impellenti, la salute della madre e la potenziale vita del feto, la sentenza scritta dal giudice Blackmun stabilì che nessuno dei due interessi fosse impellente all'inizio della gravidanza²⁰². Secondo la suddivisione in tre trimestri, l'interesse dello Stato nel regolare l'interruzione di gravidanza sarebbe diventato maggiore con l'avanzare dei mesi: nel primo trimestre, lo Stato avrebbe potuto solamente prevedere che l'aborto fosse eseguito con dei minimi *standards* professionali; nel secondo trimestre, lo Stato avrebbe potuto prevedere delle limitazioni necessarie ad assicurare una

¹⁹⁹ Tra le altre, è esclusa la difesa basata sull'incostituzionalità della legge e la difesa basata sulla dottrina della *res judicata*.

²⁰⁰ *Roe*, cit. alla nota 198.

²⁰¹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992.

²⁰² Secondo la Corte, l'interesse alla protezione della salute della madre sarebbe diventato impellente solo alla fine del primo trimestre di gravidanza: prima di questo momento, un aborto per la donna sarebbe stato sicuro tanto quanto portare avanti una gravidanza; allo stesso tempo, l'interesse alla potenziale vita del feto non sarebbe diventato impellente fino alla fine del secondo semestre: solo a questo punto il feto sarebbe in grado di sopravvivere al di fuori del ventre materno (il feto sarebbe "viable").

procedura di aborto sicura, ma non avrebbe potuto proibirla; nell'ultimo trimestre, l'interesse dello Stato alla protezione del feto sarebbe diventato impellente e avrebbe, quindi, potuto regolare, e anche vietare, l'aborto, ad eccezione di quando sarebbe stato necessario per salvare la vita della madre.

Negli anni a seguire, i governi statali hanno testato i limiti di questa decisione e la Corte Suprema l'ha applicata e chiarita: alcune leggi regolanti i primi semestri furono giudicate costituzionali, purché non imponessero un "onere indebito" sulla donna (per esempio, il requisito di un consenso scritto). La Corte, però, era nettamente divisa in molti casi: solitamente, la maggioranza utilizzava uno standard basso per determinare se un onere fosse indebito, al contrario della minoranza. Già negli anni '90, sembrava che bastasse un solo voto per revocare la decisione in *Roe*: Rehnquist, White, Scalia e Kennedy si erano espressi in favore del suo superamento o, almeno, di una sua limitazione²⁰³. Quando due giudici favorevoli a *Roe*, Brennan e Marshall, si ritirarono, il Presidente Bush li sostituì con i giudici Souter e Thomas: dato che il Presidente aveva promesso di nominare giudici antiabortisti, ci si aspettava un'evoluzione in questo senso²⁰⁴.

L'opportunità di farlo si presentò con *Planned Parenthood*²⁰⁵. In questo caso, la protagonista fu una legge della Pennsylvania. Lo Stato modificò la sua normativa relativa all'aborto nel 1988 e 1989: tra le disposizioni, ve ne era una che richiedeva ad una donna sposata di informare il marito della sua intenzione di abortire. Con un voto di cinque giudici contro quattro, la Corte dichiarò incostituzionale la norma. Però, ritenne conformi le altre parti della legge.²⁰⁶ In ogni caso, la Corte sorprendentemente non revocò la decisione in *Roe*: l'esito fu principalmente dovuto ai giudici O' Connor, Kennedy e Souter, che nella loro opinione sostennero una posizione mediana tra il completo superamento di *Roe* e la sua intatta preservazione²⁰⁷. Secondo questi ultimi, il principio dello *stare decisis* avrebbe impedito di abbandonare totalmente *Roe* e la sua decisione

²⁰³ Vedi *Webster v. Reproductive Health Servs.*, 492 U.S. 490, 1989; *Thornburgh v. Am. Coll. of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747, 1986.

²⁰⁴ GROSSI S., *Roe v. Wade under attack: choosing procedural doctrines over fundamental constitutional rights*, in *ConLawNow*, vol. 13, 2022, p. 57.

²⁰⁵ *Planned Parenthood*, cit. alla nota 201.

²⁰⁶ Altre disposizioni della legge della Pennsylvania richiedevano un consenso informato e un'attesa di 24 ore prima della procedura di interruzione di gravidanza e il consenso di uno dei genitori se l'aborto era richiesto da una minorenne.

²⁰⁷ GROSSI S., *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 204, pp. 58 ss.

essenziale, che era il riconoscimento ad una donna del «diritto di scegliere un aborto prima della “*viability*” e di ottenerlo senza un’indebita interferenza dallo Stato, e il diritto di scegliere un aborto anche dopo la “*viability*” dove necessario per proteggere la sua salute o la sua vita»²⁰⁸. Però, i tre giudici rifiutarono la suddivisione nei tre trimestri poiché sottovalutava l’interesse dello Stato alla potenziale vita del feto: quest’ultimo non sarebbe diventato impellente solo dopo la “*viability*”, ma sarebbe stato presente durante l’intera gravidanza²⁰⁹. D’altra parte, i giudici mantennero la linea di demarcazione segnata dalla “*viability*”: prima che il feto sia in grado di sopravvivere al di fuori del ventre materno, la madre avrebbe ancora un diritto fondamentale a scegliere l’aborto; dopodiché, lo Stato potrebbe proibirlo, ad eccezione di quando necessario per proteggere la salute o la vita della madre. Infine, la sentenza propose un nuovo test per determinare se l’onere imposto da una legge fosse indebito: una legge sarebbe incostituzionale se il suo «scopo ed effetto fosse di porre un ostacolo sostanziale nel percorso di una donna che cerca un aborto prima della “*viability*” del feto»²¹⁰.

La Corte Suprema, successivamente, riformulò il test relativo all’onere indebito in *Whole Woman's Health v. Hellersted*²¹¹: una limitazione dell’aborto sarebbe stata invalida, poiché avrebbe imposto un onere indebito, se avesse posto un ostacolo sostanziale alla donna e il governo non avesse potuto provare che quella legge producesse qualche beneficio di salute reale²¹². Se il governo fosse riuscito a dimostrare questo, non avrebbe dovuto provare che la legge stesse prevedendo l’alternativa meno gravosa. Allo stesso tempo, se una regolazione dell’aborto non imponesse un ostacolo sostanziale, la parte non statale dovrebbe dimostrare una mancanza di basi razionali a supporto della legge: lo *standard* per prevalere sullo Stato è molto alto.

²⁰⁸ *Planned Parenthood*, cit. alla nota 201.

²⁰⁹ Questo aumento dell’interesse nella vita potenziale del feto diede allo Stato una base più solida per regolare l’aborto durante il primo e secondo trimestre. Inoltre, a questo punto non vi era più motivo di distinzione tra i due trimestri poiché ora lo Stato avrebbe potuto limitare l’aborto sin dall’inizio della gravidanza.

²¹⁰ Per quanto riguarda l’elemento dello scopo, una legge imporrebbe un onere indebito se questo «è calcolato per (...) ostacolare» la libertà di scelta della donna; questo elemento non è violato se lo scopo dello Stato è «convincere la donna a preferire il parto all’aborto». Per quanto riguarda l’elemento dell’effetto, il governo può adottare misure che interferiscono con la capacità della donna di abortire fintanto che non impediscano o «vietino di prendere la decisione finale di interrompere la gravidanza prima della “*viability*”»; quindi, «il fatto che una legge (...) abbia l’effetto incidentale di rendere più difficile o costoso un aborto non può essere abbastanza per invalidarla». *Planned Parenthood*, cit. alla nota 201.

²¹¹ *Whole Woman's Health v. Hellersted*, 136 U.S. 2292, 2016.

²¹² GROSSI S., *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 204, p. 62.

Nonostante la Corte Suprema non avesse mai specificato cosa fosse un “ostacolo sostanziale”, nella nuova controversia texana del 2021 i querelanti sostennero che un divieto totale dell’aborto prima della “*viability*” lo sarebbe stato²¹³. Infatti, le possibilità di praticare un aborto in Texas sarebbero essenzialmente nulle. Di conseguenza, molte donne texane avrebbero sofferto un danno irreparabile, poiché sarebbero state forzate o a portare avanti una gravidanza o a cercare fondi economici per ottenere una gravidanza fuori dallo Stato o a procurarsi un aborto senza accurate informazioni mediche. Inoltre, la legge causerebbe anche danni irreparabili alle cliniche che offrono l’aborto, che sarebbero costrette o a chiudere o a eseguire aborti in violazione della legge e affrontare, poi, le cause legali.

Lasciando da parte l’analisi dettagliata delle osservazioni procedurali su cui si fonda la decisione finale, che consentì alla legge del Texas di rimanere in vigore, non è difficile notare l’impatto di una decisione di questo tipo. Infatti, questa avrà importanti conseguenze non solo sul diritto costituzionale fondamentale in questione, ma anche sulle dottrine di “*standing*”, “*sovereign immunity*”, *stare decisis* e “*preemption*”. Queste dottrine, se non applicate propriamente, però, minacciano il sistema costituzionale poiché possono essere utilizzate per invalidare diritti costituzionali²¹⁴.

In questo senso, la Corte può essere vista come un’«agenzia di controllo»²¹⁵ in senso sia positivo sia negativo: quando la Corte Suprema interviene, ad esempio, per dichiarare che il noto principio “*separate but equal*” per creare strutture riservate alle minoranze razziali viola la Costituzione²¹⁶, si può ricavare che il controllo sia appropriato poiché la materia è di interesse nazionale e, quindi, richiede un intervento giudiziario in assenza di un intervento del Congresso; quando, però, la Corte utilizza la procedura e le dottrine procedurali come ostacolo ad un intervento definibile come necessario poiché i diritti interessati sono condivisi da tutti i cittadini, allora la missione della Corte fallisce.

A seguito della decisione nella vicenda texana, la Corte Suprema ha poi, com’è noto, destato clamore con la recente pronuncia in *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*²¹⁷. Dopo la fuga di notizie del maggio 2022, la decisione del 24 giugno

²¹³ *Complaint, Whole Woman's Health v. Jackson*, No. 21-cv-616 (W.D. Tex. 13 luglio 2021).

²¹⁴ GROSSI S., *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 204, p. 91.

²¹⁵ L’espressione è stata utilizzata da LERNER M., *The Supreme Court and American Capitalism*, in *Yale Law Journal*, vol. 42, 1933, pp. 696-697.

²¹⁶ *Brown v. Board of Education*, cit. alla nota 118.

²¹⁷ *Dobbs*, cit. alla nota 192.

seguito ha confermato la revoca di *Roe*. Il caso era nato in Mississippi, quando nel 2018 lo Stato aveva approvato una legge conosciuta come *Gestional Age Act*, che proibisce ogni aborto, con pochissime eccezioni, dopo la quindicesima settimana di gravidanza. L'unica struttura autorizzata per l'aborto in Mississippi, *Jackson Women's Health Organization*, e uno dei suoi dottori tentarono una causa in un distretto federale e chiesero un ordine temporaneo restrittivo emergenziale. La corte distrettuale concesse l'ordine restrittivo e, in seguito, dopo la fase di “*discovery*”, proibì allo Stato di applicare la legge poiché il Mississippi non era stato in grado di dimostrare che un feto sarebbe “*viable*” dopo quindici settimane: quindi, vi sarebbe stato un contrasto con i precedenti della Corte Suprema, che impedivano di vietare l'aborto prima della “*viability*”. La Corte di appello confermò la decisione. Giunti alla Corte Suprema, questa conclude, in un'opinione scritta dal giudice Alito, che la Costituzione non garantisce il diritto all'aborto: *Roe* e *Planned Parenthood* sono revocate. Secondo la maggioranza, la Costituzione non menziona il diritto in questione, che non è nemmeno «profondamente radicato nella storia della nazione, né una componente essenziale della “libertà ordinata”».

Da questa vicenda, è impossibile non rilevare l'impatto imponente della Corte Suprema nell'ambito dei diritti individuali: dopo aver garantito il diritto all'aborto per decenni, la Corte ha infine deciso di revocarlo. Questo cambiamento è avvenuto nei decenni, ma è stato intensificato durante l'amministrazione del Presidente Trump ed è culminato nel 2020 con la nomina della giudice Barrett²¹⁸. Infatti, oltre ai giudici Alito e Thomas, la maggioranza ha compreso tutte e tre le nomine del Presidente Trump. Al contrario, i giudici Breyer, Sotomayor e Kagan hanno fortemente criticato la decisione della maggioranza nella loro opinione dissenziente. In quest'ultima, sono sottolineati gli effetti che questa decisione potrà avere in futuro su diversi diritti individuali fondamentali: infatti, il diritto che *Roe* e *Planned Parenthood* avevano riconosciuto è stato utilizzato come base, negli anni, per il riconoscimento di altre libertà relative all'integrità fisica, alle relazioni familiari e alla procreazione²¹⁹. Perciò, con questa

²¹⁸ Per un approfondimento, vedi BOYER C., *The Supreme Court and Politics in the Trump Era*, in *Elon Law Review*, vol. 12, 2020, pp. 215 ss.

²¹⁹ In modo evidente, per esempio, il diritto all'aborto è collegato al diritto di acquisto e utilizzo di strumenti contraccettivi. Negli anni, però, ha portato anche al riconoscimento del diritto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

sentenza, la maggioranza non solo consente agli Stati di vietare l'aborto dal concepimento in poi, ma mette in pericolo anche ogni altro diritto fondamentale collegato che dovesse essere portato all'attenzione della Corte.

8.4.1. *Le opinioni dissenzienti.*

Come già più volte citato in precedenza, spesso le decisioni della Corte Suprema sono accompagnate da “*dissenting opinions*”. Infatti, quando la Corte è impegnata su casi difficili e divisivi, uno o più giudici potrebbero sentire la necessità di distaccarsi dalla visione della maggioranza. Peraltro, diverse opinioni dissenzienti sono state, in seguito, la base di decisioni fondamentali della Corte²²⁰.

Tipicamente, quando una decisione della Corte è annunciata, solo l'opinione della maggioranza è riassunta; le opinioni separate, sia concorrenti sia dissenzienti, sono menzionate ma non descritte²²¹. Perciò, un'opinione dissenziente presentata oralmente guadagna immediata attenzione: significa che, secondo i suoi autori, la decisione della Corte non solo è sbagliata, ma gravemente fuorviata.

In ogni caso, la pratica di rivelare all'esterno il dissenso di alcuni giudici non è universale. Nella tradizione di *civil law*, le corti pubblicano una decisione collegiale e scritta con uno stile impersonale: l'autore non è né nominato né altrimenti identificabile. Perciò, se ci fossero dei giudici in disaccordo, questa informazione non sarebbe divulgata. Questo sistema è seguito, tra le altre, anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che siede a Lussemburgo. Invece, la tradizione britannica di *common law* si trova al polo opposto: non vi erano opinioni della corte, bensì ogni giudice componeva la propria decisione e queste, considerate tutte insieme, rivelavano la decisione della corte. Alcuni cambiamenti nella pratica inglese e in alcuni tribunali europei hanno avvicinato questi due sistemi divergenti: per esempio, la Corte Europea dei Diritti Umani, che siede a Strasburgo, pubblica anche le opinioni dissenzienti firmate dagli autori.

²²⁰ Per esempio, il dissenso del giudice *Harlan in Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896 influenzò la decisione in *Brown v. Board of Education*, cit. alla nota 118; il dissenso del giudice Blackmun in *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986 fu il fattore chiave per la decisione 17 anni dopo in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003. Per una discussione sulla storia delle opinioni dissenzienti, vedi MCGLYNN GAFFNEY JR. E., *The Importance of Dissent and the Imperative of Judicial Civility*, in *Valparaiso University Law Review*, vol. 28, 1994, pp. 583 ss.

²²¹ GINSBURG R. B., *The role of dissenting opinions*, in *The 20th Annual Leo and Berry Eizenstat Memorial Lecture*, 2007.

Il sistema americano si trova a metà tra i due sistemi. Inizialmente, anche la Corte Suprema, come da tradizione britannica, rilasciava opinioni in cui ogni giudice parlava per se stesso. Ma il *Chief Justice* Marshall riteneva questa pratica non efficiente²²²: al suo posto, Marshall stabilì la pratica di annunciare le decisioni in una singola opinione, generalmente scritta da lui stesso, per l'intera Corte²²³. Decisioni che parlano per l'intera Corte rimangono la consuetudine oggi. Ma, a differenza dei sistemi di *civil law*, ogni membro della Corte ha la possibilità di manifestare la sua *opinion*.

Nei sistemi di *civil law*, la pratica delle decisioni impersonali è pensata per favorire la percezione della legge come stabile e sicura da parte del pubblico. Invece, la tradizione americana salvaguarda maggiormente l'indipendenza del singolo giudice e dà rilevanza alla trasparenza del processo decisionale. Allo stesso tempo, però, non vi sono dubbi che la Corte Suprema acquisisce maggiore deferenza e garantisce una guida più chiara quando parla con una sola voce²²⁴.

Tuttavia, vi sono diversi impatti che supportano l'utilità delle opinioni dissenzienti. Prima di tutto, queste hanno un impatto interno: una "*dissenting opinion*" di alto livello porterà l'autore dell'opinione della maggioranza a rivedere e chiarire la bozza iniziale; in rare occasioni, un dissenso molto persuasivo può attirare i voti necessari a diventare l'opinione della Corte. Secondariamente, vi è anche un impatto esterno. Infatti, secondo il *Chief Justice* Hughes: «Un dissenso in una corte di ultima istanza è un appello (...) all'intelligenza di un giorno futuro, quando una decisione successiva potrebbe correggere l'errore in cui la Corte è caduta secondo il giudice dissenziente»²²⁵. In questo senso, anche il giudice Scalia: «Quando la storia dimostra che una decisione della Corte fu uno sbaglio orrendo, è confortante (...) guardare indietro e realizzare che almeno qualcuno dei giudici vide il pericolo chiaramente e diede voce (...) alla sua preoccupazione»²²⁶. Il dissenso, però, può essere anche di altro genere: potrebbe avere l'obiettivo di attrarre l'attenzione immediata del pubblico e dare impulso ad un cambiamento legislativo.

²²² Il giudice Marshall servì come *Chief Justice* dal 1801 al 1835.

²²³ GINSBURG, *The role of dissenting opinions*, cit. alla nota 221.

²²⁴ Secondo la giudice Ginsburg, un giudice che stia riflettendo sulla possibilità di scrivere un'opinione separata dovrebbe chiedersi: "questa opinione dissenziente o concorrente è davvero necessaria?"

²²⁵ BARTH A., *Prophets with honor: great dissents and great dissenters in the Supreme Court*, 1st ed., New York, 1974.

²²⁶ SCALIA A., *Dissents*, in *OAH Magazine of History*, vol. 13, no. 1, 1998, pp. 18 ss.

In quest'ultima categoria potrebbe ricadere la “*dissenting opinion*” dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan alla decisione in *Dobbs*. È innegabile che abbiano attirato l’attenzione del pubblico, addirittura a livello mondiale; per quanto riguarda il cambiamento legislativo, invece, è ancora presto per determinarlo.

CAPITOLO III

IL PROCESSO DECISIONALE

DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

1. *Il ruolo della discrezione.*

1.1. *La concessione della discrezionalità alla Corte Suprema.*

Come anticipato in precedenza¹, per oltre cento anni la Corte Suprema non ha avuto alcun potere di scegliere quali casi decidere. Infatti, così come il Congresso decideva quali «casi e controversie» della lista contenuta nell'articolo 3 della Costituzione sarebbero stati decisi dalle corti federali inferiori, era sempre il Congresso a decidere quali «casi e controversie» doveva decidere la Corte Suprema in giurisdizione di appello.

Formalmente, la Costituzione garantisce alla Corte la giurisdizione su tutti i «casi e controversie» elencati nella sezione seconda dell'articolo 3 e li distribuisce tra giurisdizione originale e d'appello. Come già sappiamo², il Congresso non ha il potere di aggiungere ipotesi alla giurisdizione originale, ma quella di appello è soggetta al potere congressuale di regolazione e di previsione di eccezioni. Gli atti del Congresso di specificazione della giurisdizione della Corte Suprema, con un'implicita esclusione della casistica non specificata, sono stati intesi, per lungo tempo, come un esercizio di questo potere. In breve, finché il Congresso non tentava di espandere la giurisdizione della Corte Suprema a «casi e controversie» non elencati nell'articolo 3 o di aggiungere ipotesi di giurisdizione originale, la Corte era tenuta a decidere i casi rientranti nella sua

¹ Vedi capitolo II, paragrafo 8.2.

² Vedi capitolo II, paragrafo 2.

giurisdizione definita dal Congresso e non le era permesso decidere casi al di fuori di essa³.

Allo stesso tempo, è vero che le corti federali, inclusa la Corte Suprema, avevano il potere, secondo il *Judiciary Act* del 1789, di emanare tutti i “*writs*” che potevano essere «necessari o appropriati in aiuto delle rispettive giurisdizioni e conformi agli usi e principi di diritto»⁴. Il “*writ of certiorari*” era uno di questi. Sebbene in Inghilterra l'atto di *certiorari* fosse stato utilizzato dal re per affermare il controllo giurisdizionale su altri tribunali, i tribunali federali ai sensi del *Judiciary Act* del 1789 non erano autorizzati a utilizzare il *certiorari* per far valere la giurisdizione in un caso, ma piuttosto come processo ausiliario, per sopperire ad imperfezioni nel fascicolo di un caso già davanti alla corte. Tali *certiorari* non conferivano, quindi, alla Corte Suprema un controllo discrezionale sulla propria giurisdizione⁵.

Nonostante le limitazioni sulla giurisdizione di appello della Corte fossero significative, il numero di casi che la Corte era obbligata a decidere crebbe drasticamente dopo la Guerra Civile. Il risultato non fu solo un aumento dei casi decisi ad ogni *term*, ma soprattutto una crescita dell'arretrato. Nel 1888, la Corte era indietro di più di tre anni nel suo carico di lavoro⁶.

Come già visto sopra⁷, il Congresso rispose nel 1891 con la creazione delle Corti di appello, dando alla Corte Suprema giurisdizione obbligatoria su molte delle loro decisioni, ma dichiarando le altre “finali”⁸. Per queste ultime, la Corte Suprema aveva comunque giurisdizione obbligatoria se la corte inferiore avesse certificato una questione di legge davanti alla Corte o se la Corte avesse accolto un “*writ of certiorari*” per portare la decisione davanti a quest'ultima. Secondo questa riforma del 1891, anche conosciuta come *Evarts Act*, il *certiorari* era concepito come una sorta di provvedimento di riserva

³ HARTNETT E. A., *Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' bill*, in *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, p. 1649.

⁴ *Judiciary Act of 1789*, capitolo 20, 1 Stat. 73.

⁵ In PFANDER J. E., *Jurisdiction Stripping and the Supreme Court's Power to Supervise Inferior Tribunals*, in *Texas Law Review*, vol. 78, 2000, pp. 1433 ss., l'autore sottolinea che il Congresso si astenne dal conferire qualsiasi tipo di potere indipendente nel rilasciare “*writs of certiorari*” ai sensi del *Judiciary Act* del 1789.

⁶ HARTNETT, *Questioning certiorari*, cit. alla nota 3, p. 1650.

⁷ Vedi capitolo II, paragrafo 5.1.

⁸ *Act of March 3, 1891*, capitolo 517, 26 Stat. 826, 1891.

qualora le Corti d'appello si dimostrassero sorprendentemente negligenti nel decidere casi o nel rilasciare certificati⁹.

Solo qualche decennio dopo, però, la Corte Suprema riuscì a guadagnare un grande potere discrezionale.

1.1.1. *La proposta di Taft per un'assoluta e arbitraria discrezione.*

Nel 1914, dopo aver perso la campagna per la rielezione presidenziale, William Howard Taft aveva proposto di limitare la giurisdizione di appello obbligatoria della Corte Suprema alle sole «questioni di costruzione costituzionale»¹⁰. In tutti gli altri casi, secondo Taft, le parti litiganti avrebbero dovuto avere un'«opportunità di richiedere un “*writ of certiorari*” per portare ogni caso da una corte inferiore alla Corte Suprema, cosicché quest'ultima potesse esercitare un'assoluta e arbitraria discrezione»¹¹. Quando nel 1921 Taft diventò *Chief Justice*, iniziò a lavorare in questa direzione.

Taft ricevette la nomina dal Presidente Harding¹². Non appena i giudici si riunirono a Washington, il neo-*Chief Justice* costituì una commissione formata dai giudici Day, Van Devanter e McReynolds con l'incarico di lavorare ad una legge per riformare la giurisdizione della Corte Suprema. Quando nel novembre del 1921 ricevette la copia di una proposta del Senatore Cummins che avrebbe modificato la giurisdizione della Corte nell'ambito delle decisioni delle corti statali, gli inviò una lettera informandolo che i giudici stessi stavano lavorando a una legge da presentare alla Commissione Giustizia del Senato¹³.

La Corte lavorò a quella che Taft chiamava “il nostro *bill*” tra gennaio e febbraio. Quando la proposta fu pronta, Taft la inviò al Senatore Cummins per l'introduzione al Congresso e tenne un discorso davanti alla *New York County Lawyer's Association* esaltando i meriti della proposta¹⁴.

⁹ CURTIS B. R., *Jurisdiction, Practice, and Peculiar Jurisprudence of the Courts of the United States*, 2nd ed., Boston, 1896, pp 67 ss.

¹⁰ TAFT W. H., *The Attacks on the Courts and Legal Procedure*, in *Kentucky Law Journal*, vol. 5, 1916, p. 18.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Il Presidente Warren G. Harding era stato eletto da una nazione stanca della Guerra Mondiale e ansiosa di sperimentare quello che il Presidente chiamava “*normalcy*”.

¹³ Vedi *Letter from William H. Taft to Albert B. Cummins (Nov. 25, 1921)*, in *William H. Taft Papers*, Library of Congress.

¹⁴ *Taft Backs Bills to Speed Trials*, in *N.Y. Times*, 19 febbraio 1922 (che riporta il discorso).

Nel marzo 1922, lo stesso Taft si presentò alla Commissione Giustizia della Camera, in rappresentanza della Corte Suprema, per presentare la legge. In quella occasione dichiarò che la commissione incaricata della proposta era già stata costituita prima della sua nomina come *Chief Justice*¹⁵ e che aveva lavorato alla preparazione della legge per due o tre mesi. Nel tentare di convincere il Congresso ad espandere la discrezione della Corte, Taft presentò anche la sua idea di «base appropriata per determinare la classe di casi che dovrebbero essere revisionati dalla Corte Suprema»: «nessuna parte litigante ha titolo a più di due possibilità, cioè il procedimento originale e un appello, e le corti intermedie di revisione sono previste per questo scopo. Quando un caso va oltre, non è primariamente per proteggere i diritti delle parti. La funzione della Corte Suprema è stabilizzare i principi di diritto per il beneficio della popolazione del Paese [...]. È per preservare l'uniformità di una decisione tra le Corti di appello intermedie»¹⁶. Infatti, sottolineò: «ogni volta che una richiesta di *certiorari* presenta una domanda su cui una Corte di appello differisce da un'altra, allora lasciamo che il caso entri nella nostra Corte»¹⁷. Successivamente, Taft espose i metodi per limitare la giurisdizione della Corte Suprema: rigettò l'idea di dividere la Corte in parti, di imporre costi alti alle parti o di inserire un requisito di somma minima in controversia e sottolineò quanto fosse difficile trovare un metodo generale per includere tutti i casi importanti; perciò, invece che addentrarsi in questo compito difficile, propose di lasciare che fosse la Corte a decidere cosa fosse importante e cosa non lo fosse¹⁸. Infine, Taft enfatizzò un altro obiettivo della legge: «dichiarare succintamente la giurisdizione della Corte in un unico statuto, dove può essere trovata da qualsiasi avvocato e da ogni giudice»¹⁹.

In breve, nella proposta di Taft del 1922, nessuna parte litigante avrebbe avuto il diritto ad una revisione della Corte Suprema di una decisione resa da una Corte di appello.

¹⁵ Vedi *Jurisdiction of Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court: Hearing Before the House Comm. on the Judiciary*, 67th Cong. 30, 1922 ("1922 Hearings"). In realtà, nonostante la dichiarazione di Taft, sembra improbabile che il precedente *Chief Justice White* avesse creato la commissione. Infatti, il giudice Van Devanter (che era membro della Corte durante il mandato di White), in *Letter from Willis Van Devanter to William H. Taft (May 11, 1927)*, in *William H. Taft Papers*, presso *Library of Congress*, scrisse: «Nessuna commissione relativa alla legislazione fu creata durante il mandato del *Chief Justice White*. Egli era fortemente contrario a qualsiasi azione in questo senso da parte della Corte o addirittura da parte dei suoi membri».

¹⁶ Vedi *1922 Hearings*, cit. alla nota 15.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

Il *Chief Justice*, però, sottolineò che la Corte Suprema non sarebbe stata da sola nel decidere cosa fosse importante: spiegò che in tutti i casi in cui la Corte avrebbe potuto confermare un *certiorari*, una Corte di appello avrebbe potuto certificare di per sé la questione alla Corte Suprema; in questo modo, si sarebbe posto il problema della revisione anche nella discrezione delle Corti di appello²⁰.

Diverse settimane dopo la comparsa di Taft davanti alla Commissione Giustizia della Camera, il giudice Benjamin I. Salinger dell'Iowa testimoniò davanti alla stessa Commissione contro l'eliminazione della revisione obbligatoria delle decisioni da parte delle corti statali di negazione di "*federal constitutional claims*"²¹. Nella sua opinione, questa previsione della legge non sarebbe stata rivolta solo ai casi in cui la questione federale fosse stata dubbia o pretestuosa. Infine, promise di portare la materia all'attenzione dell'American Bar Association (ABA)²².

Al riguardo, il più recente suggerimento da parte dell'ABA era dalla sua Commissione sulla giurisprudenza e le riforme di legge, guidata da Everett Wheeler e di cui faceva parte Henry Waters Taft²³. Qualche settimana prima che William Howard Taft fosse nominato *Chief Justice*, la Commissione notò che il carico di lavoro della Corte Suprema avrebbe potuto essere sollevato limitando materialmente il diritto di appello alla stessa oppure aumentando il numero dei giudici a dodici²⁴. Nonostante la Commissione Giustizia della Camera non stesse cercando una risoluzione dell'ABA sul punto, la stessa era chiaramente a favore della seconda ipotesi, poiché avrebbe permesso alla Corte di essere in sessione quasi continuamente con una rotazione dei giudici e, quindi, «disfarsi di una maggior quantità di affari senza impattare sull'uniformità della decisione»²⁵.

Nell'aprile 1922, Henry Taft scrisse al fratello per descrivergli il *report* della Commissione ABA dell'anno prima e per chiedere una sua opinione al riguardo²⁶. *Chief Justice* Taft rispose immediatamente che i giudici erano tutti fortemente contrari all'aumento della dimensione della Corte; inoltre, aggiunse di tenere in considerazione la

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² L'*American Bar Association* è un'associazione forense nata nel 1878.

²³ Henry era il fratello minore di William Howard Taft.

²⁴ EVERETT P. WHEELER ET AL., *Report of the Committee on Jurisprudence and Law Reform*, in *Report A.B.A.*, vol. 46, 1921, p. 391.

²⁵ *Ibidem*. La Commissione Giustizia, inoltre, notò che un sistema simile a quello proposto dall'ABA era stato per anni in effetto nello Stato di New York con risultati positivi.

²⁶ *Letter from Henry W. Taft to William H. Taft (Apr. 6, 1922)*, in *William H. Taft Papers*, presso *Library of Congress*.

pericolosità del creare un precedente di questo tipo per una futura Amministrazione Democratica²⁷.

Nonostante il *Solicitor General* James Beck fosse originariamente favorevole alla proposta della Commissione ABA, il giudice Taft riuscì a convincerlo a supportare, al contrario, la proposta della Corte²⁸. Beck testimoniò a favore della legge e colse l'occasione per cercare di dissipare convinzioni sbagliate su come venissero gestite le richieste di *certiorari*²⁹: «fatemi correggere (...) l'impressione molto prevalente tra gli avvocati, che le richieste di *certiorari* siano trattate in modo superficiale, cioè che siano suddivise tra i nove giudici e in tal modo l'onere di occuparsene non sia così grande (...). Il fatto è proprio il contrario, poiché i nove giudici, ciascuno di loro, sono responsabili sulla loro coscienza di un attento studio di ogni domanda di *certiorari*; poi votano in consultazione e, a quanto ho capito, se quattro dei nove giudici sono favorevoli all'accoglimento della domanda, anche se non sono la maggioranza, (...) l'appello è consentito e tutti e nove i giudici lo devono ascoltare»³⁰. Secondo Beck, la Corte doveva essere liberata dai casi banali anche perché il carico di lavoro la aveva già portata a ridurre il tempo per gli “*oral arguments*” da due ore per parte ad una sola ora per parte. Infine, affermò che qualcuno avrebbe dovuto determinare quali casi fossero di importanza pubblica e «la Corte lo può fare meglio di una legge»³¹.

In aprile, Taft fece visita alla Camera personalmente per convincere diversi deputati³². Nonostante tutti gli sforzi, la proposta di legge non fu nemmeno riportata dal Comitato al Congresso³³.

Qualche settimana dopo, in un discorso davanti alla Virginia Bar Association, il Senatore Thomas Walsh criticò fortemente la proposta della Corte: secondo la sua opinione, il termine “importanza” come *standard* sarebbe stato molto elastico e la procedura di *certiorari* avrebbe lasciato la Corte con discrezione illimitata, così da non

²⁷ Letter from William H. Taft to Henry W. Taft (Apr. 6, 1922), in *William H. Taft Papers*, presso *Library of Congress*.

²⁸ MURPHY W. F., *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, 1964, p. 139.

²⁹ Vedi *1922 Hearings*, cit. alla nota 15.

³⁰ A proposito della votazione, vedi capitolo III, paragrafo 1.2.

³¹ Vedi *1922 Hearings*, cit. alla nota 15.

³² MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, cit. alla nota 28, p. 140.

³³ *Ibidem*, p. 141.

essere «incline ad ascoltare casi intricati relativi a leggi con cui i giudici non fossero già familiari»³⁴.

Notando l'evidente poco interesse alla Camera e l'ostilità al Senato, Taft si rivolse all'ABA³⁵. Nell'agosto del 1922, parlò in occasione dell'incontro annuale in supporto alla legge, sottolineando che i membri della Corte erano ansiosi di evitare una congestione come quella dei decenni prima del 1891³⁶. Taft vedeva il suo lavoro con l'ABA come uno dei compiti più importanti: in quanto già Presidente dell'ABA, egli ebbe più successo con l'associazione che con il Congresso³⁷. Infatti, dopo che l'anno precedente la Commissione sulla giurisprudenza e le riforme di legge dell'ABA aveva proposto di aumentare il numero di giudici, nel *report* del 1922, al contrario, affermava di concordare con la proposta della Corte e si proponeva di promuovere azioni per favorirne l'approvazione³⁸. Peraltro, questo *report* fu presentato da Henry W. Taft: nel suo discorso affermò che le considerazioni della Commissione la avevano portata a sostenere raccomandazioni in linea con quanto spiegato dal *Chief Justice*³⁹.

Dopo aver guadagnato il supporto del Presidente Coolidge nel dicembre del 1923⁴⁰, una subcommissione della Commissione Giustizia del Senato programmò alcune audizioni per febbraio 1924. Valutando che fosse meglio non provocare alcuni vecchi avversari, Taft scelse di non testimoniare e, al suo posto, apparirono i giudici Van Devanter, McReynolds e Sutherland⁴¹. I due maggiori argomenti portati a sostegno della legge erano lo specchio di quello che sosteneva Taft: il bisogno di una codificazione delle varie leggi e il bisogno ancora maggiore di rendere possibile per la Corte di liberarsi delle richieste «insignificanti»⁴². Il giudice Van Devanter negò la volontà dei giudici di inserirsi

³⁴ 62 Cong. Rec. 8547, 1922 (dichiarazioni del Sen. Walsh).

³⁵ FRANKFURTER F. & LANDIS J. M., *The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system*, Boston, 1928, p. 273.

³⁶ TAFT W. H., *Possible and Needed Reforms in the Administration of Justice in the Federal Courts*, in *Report A.B.A.*, vol. 47, 1922, p. 254.

³⁷ MASON A. T., *William Howard Taft: Chief Justice*, New York, 1965, p. 129.

³⁸ EVERETT P. WHEELER ET AL., *Report of the Standing Committee on Jurisprudence and Law Reform*, in *Report A.B.A.*, vol. 47, 1922, p. 362.

³⁹ *Transactions of the Forty-Fifth Annual Meeting of the American Bar Association*, in *Report A.B.A.*, vol. 47, 1922, pp. 60 ss. (commenti di Henry W. Taft).

⁴⁰ *First Annual Message of President Calvin Coolidge (Dec. 6, 1923)*, in ISRAEL F. L. (a cura di), *The State of the Union Messages of the Presidents, 1790-1966*, vol. 3, 1966, pp. 2642 ss.

⁴¹ MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, cit. alla nota 28, p. 142.

⁴² *Ibidem*, p. 143.

nel campo del legislatore e spiegò che i giudici si erano occupati della questione poiché gli era stato chiesto da alcuni membri delle Commissioni Giustizia di Camera e Senato⁴³.

Alla conclusione delle testimonianze, il *report* della Commissione del Senato era favorevole alla legge e chiedeva ai Senatori di leggere direttamente le affermazioni dei giudici. Inoltre, spiegava che l'obiettivo dell'eliminazione della giurisdizione obbligatoria era far sì che solo questioni «di grave preoccupazione pubblica o di seria incertezza per via di un conflitto tra le decisioni» arrivassero davanti alla Corte Suprema⁴⁴.

Dopo il *report* della Commissione Giustizia del Senato, ma prima che la Commissione Giustizia della Camera prendesse in considerazione la proposta, ormai conosciuta come “*Judges' Bill*”, la sessione del Congresso si aggiornò, con la previsione che la seconda sessione iniziasse dopo le elezioni di novembre. Il potere giudiziario federale fu uno degli argomenti più dibattuti nelle elezioni del 1924, che furono infine nuovamente vinte dal Repubblicano Calvin Coolidge.

Poco dopo le elezioni, Taft persuase ancora una volta il Presidente Coolidge a supportare la legge nel suo discorso sullo stato dell'Unione al Congresso, in cui chiese ai membri di quest'ultimo di considerare la proposta dei giudici favorevolmente⁴⁵. Il mese dopo si tennero le audizioni davanti alla Commissione Giustizia della Camera, guidate ancora dal giudice Van Devanter: in questa occasione, i giudici posero enfasi sulle statistiche che mostravano che più di due terzi dei casi di giurisdizione obbligatoria della Corte risultavano in conferme della decisione delle corti inferiori⁴⁶. Qualche settimana dopo, la Commissione rilasciò un *report* raccomandando l'approvazione del “*Judges' Bill*”⁴⁷. Dopo alcuni suggerimenti di emendamenti, la relazione descriveva la legge come una proposta preparata dai giudici della Corte Suprema «non come volontari, ma in risposta ad un'appropriata richiesta»⁴⁸. Inoltre, faceva proprie la maggior parte delle considerazioni dei giudici.

⁴³ *Procedure in Federal Courts: Hearings on S. 2060 and S. 2061 Before the Subcomm. of the Senate Comm. on the Judiciary*, 68th Cong. 1, 1924.

⁴⁴ *Appellate Jurisdiction of the Federal Courts*, S. Rep. No. 68-362, 1924.

⁴⁵ *Second Annual Message of President Calvin Coolidge (Dec. 3, 1924)*, in ISRAEL F. L. (a cura di), *The State of the Union Messages*, cit. alla nota 40.

⁴⁶ *Jurisdiction of Circuit Courts of Appeals and of the Supreme Court of the United States: Hearings on H.R. 8206 Before the House Comm. on the Judiciary*, 68th Cong. 6, 1924.

⁴⁷ H.R. Rep. No. 68-1075, 1925.

⁴⁸ *Ibidem*.

1.1.2. *Il Certiorari Act del 1925.*

Il Senato cominciò il dibattito della legge alla fine di gennaio 1925. Il Senatore Cummins spiegò che il primo obiettivo della legge era, in realtà, raccogliere in un unico statuto tutta la legge relativa alla giurisdizione di appello della Corte Suprema e delle Corti di appello; in secondo luogo, la legge avrebbe ristretto la giurisdizione di appello della Corte Suprema⁴⁹.

Allo stesso tempo, la legge fu presa in considerazione anche presso la Camera dei Rappresentanti: in questo contesto, fu approvata quasi senza discussione⁵⁰. Alcuni hanno commentato la vicenda descrivendo la Camera come un «organo non informato e indifferente, manifestando nessuna coscienza del fatto che stesse approvando una legge relativa a grandi cambiamenti nel sistema di “*litigation*” federale»⁵¹. Peraltro, questa era stata la strategia dei rappresentanti dell’ABA: convincendo i membri del Congresso che la legge fosse altamente tecnica, li avrebbero persuasi ad approvarla poiché il miglior modo per studiare e capire la legge stessa era adottarla e guardarne le operazioni⁵².

Il giorno dopo l’approvazione della legge da parte della Camera, la discussione riprese al Senato e si concluse con la votazione favorevole al “*Judges’ Bill*”, seppur con qualche emendamento. Anche in questo caso, il Senato non diede prova della sua tradizione intellettuale nel considerare la più importante modifica del giudiziario da decenni: nonostante molti membri fossero avvocati con anni di esperienza, pochi si esposero; disposti a lasciare la responsabilità ad altri, i Senatori «si rifecero al prestigio della Corte Suprema e del suo *Chief Justice*, la cui energica esposizione contribuì ampiamente a realizzare la proposta della Corte»⁵³.

Quando il testo di legge tornò alla Camera, quest’ultima approvò gli emendamenti proposti dal Senato. A questo punto, gli sforzi di Taft nell’organizzare i giudici, nel convincere l’ABA ed il Congresso e nel “manovrare” il Presidente avevano ripagato: probabilmente, non vi fu mai un caso di una legge così importante approvata dal

⁴⁹ 66 Cong. Rec. 2752, 1925.

⁵⁰ MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, cit. alla nota 28, p. 145.

⁵¹ FRANKFURTER & LANDIS, *The business of the Supreme Court*, cit. alla nota 35.

⁵² *Letter from Thomas W. Shelton to William H. Taft (Dec. 19, 1924)*, in *William H. Taft Papers*, presso *Library of Congress*.

⁵³ FRANKFURTER & LANDIS, *The business of the Supreme Court*, cit. alla nota 35, p. 280.

Congresso così facilmente e velocemente⁵⁴. La legge fu firmata dal Presidente Coolidge il 13 febbraio 1925⁵⁵.

Nel supportare la proposta, i giudici avevano spesso ripetuto che era necessario il potere discrezionale per evitare appelli pretestuosi. Non avevano, però, mai spiegato perché non erano sufficienti i poteri già previsti, ad esempio la possibilità di confermare sommariamente la decisione della corte inferiore. Il giudice Van Devanter si limitò ad affermare che la Corte, nel decidere le richieste di *certiorari*, avrebbe utilizzato «principi riconosciuti», ma non spiegò mai quali fossero i principi⁵⁶. Infatti, raggiunto l'obiettivo dell'approvazione della legge, la Corte cercò di estendere la discrezione guadagnata reclamando il potere di rilasciare “*writs of certiorari*” limitati, sottoponendo i ricorsi apparentemente obbligatori ad una revisione discrezionale ed eliminando nella pratica il potere certificativo delle Corti di appello⁵⁷.

In primo luogo, poco dopo la trasformazione in legge del “*Judges’ Bill*”, la Corte si arrogò l'autorità di scegliere di decidere solo una particolare questione in un caso, ignorando le altre domande (“*limited grant of certiorari*”). Questa pratica è diventata così acriticamente accettata che, secondo le attuali regole della Corte, nessuna richiesta di *certiorari* porta all'attenzione della Corte tutte le domande: «solo le domande presentate nella petizione saranno considerate dalla Corte»⁵⁸. Ad un primo sguardo, questa potrebbe sembrare un'ordinaria regola di decadenza (le questioni non sollevate si intendono rinunciate), ma non lo è: la Corte ha spiegato che questa regola non è solo nell'interesse della controparte che non deve rispondere alle questioni non sollevate, ma anche nell'interesse della Corte che impone alle parti di concentrarsi sulle domande che la Corte stessa ha ritenuto importanti⁵⁹. Per esempio, la Corte ha reso chiaro che è raramente interessata alle domande relative a corti inferiori che non applicano correttamente una legge propriamente enunciata o a domande presentate in termini di correzioni di errori. Se, nonostante ciò, una parte presenta una domanda di questo genere (o ogni altro tipo di

⁵⁴ Come riportato in HARTNETT, *Questioning certiorari*, cit. alla nota 3, p. 1703, il *Chief Justice* Taft scrisse in una lettera al figlio che un membro del Congresso, Sumners, gli riferì di non ricordarsi di altri casi simili.

⁵⁵ *Act of Feb. 13, 1925*, capitolo 229, 43 Stat. 936, 1925.

⁵⁶ *Hearings on S. 2060 and S. 2061 Before the Subcomm. of the Senate Comm.*, cit. alla nota 43.

⁵⁷ Forse la Corte avrebbe trovato altri modi per aumentare il controllo discrezionale sulla sua giurisdizione, ma il “*Judges’ Bill*” diede una forte base per la sua espansione poiché rese la discrezione all'ordine del giorno.

⁵⁸ *Supreme Court Rule* 14(1)(a).

⁵⁹ HARTNETT, *Questioning certiorari*, cit. alla nota 3, pp. 1706 ss.

domanda che la Corte non vuole considerare) insieme ad una domanda a cui, invece, la Corte è interessata, i giudici possono limitare l'accoglimento del *certiorari* alla sola domanda che vogliono decidere. In altre parole, la Corte non accoglie *certiorari* relativamente a casi, ma relativamente a particolari domande. Alla luce del suo esplicito disinteresse riguardo domande di semplici correzioni di errori, il risultato può essere una decisione che, nonostante sia corretta relativamente alla questione su cui il *certiorari* è stato accolto, è tuttavia erronea poiché basata su un errore che la Corte rifiuta di prendere in considerazione.

Mentre reclamava il potere di “*limited writ of certiorari*”, la Corte preparò il terreno anche per estendere la sua discrezione a casi rientranti nella sua giurisdizione obbligatoria. Infatti, la Corte adottò una nuova regola, richiedendo il deposito di una dichiarazione giurisdizionale entro trenta giorni dalla registrazione del ricorso⁶⁰. Solamente nel *term* del 1929, questa regola fu usata per respingere trentasei appelli⁶¹. È importante notare che la regola non fu usata per ricomprendere materie solamente giurisdizionali nel senso convenzionale del termine (cioè, l'autorità di appello della Corte); nonostante il testo non lo stabilisse, un avvocato era tenuto a dimostrare che la domanda presentata fosse sostanziale o, almeno, a persuadere la Corte che la questione non fosse pretestuosa e non fosse già decisa da precedenti sentenze⁶². Dato che ragionevolmente ci possono essere differenze di opinione relativamente alla solidità di una questione presentata, questo assoggettava casi di giurisdizione obbligatoria a considerazioni discrezionali della Corte. Infatti, già nel 1945, un cancelliere della Corte scrisse che le dichiarazioni giurisdizionali e le richieste di *certiorari* erano, nella pratica, sullo stesso piano⁶³. Col tempo, diventò comune concludere che la distinzione tra giurisdizione discrezionale e obbligatoria era stata erosa e che la giurisdizione formalmente obbligatoria era ormai discrezionale nei fatti⁶⁴. Questo, chiaramente, aumentò ulteriormente il potere del giudiziario. Infine, il Congresso, invece che obiettare

⁶⁰ *Supreme Court Rule 12*, 275 U.S. 603-04, 1928.

⁶¹ FRANKFURTER F. & LANDIS J. M., *The Business of the Supreme Court at October Term, 1929*, in *Harvard Law Review*, vol. 44, 1930, p. 12.

⁶² *Ibidem*. Peraltro, la promulgazione di questa regola dimostra che la Corte Suprema non aveva bisogno di una giurisdizione di *certiorari* per smaltire rapidamente appelli frivoli.

⁶³ WILEY H. B., *Jurisdictional Statements on Appeals to U.S. Supreme Court*, in *A.B.A. Journal*, vol. 31, 1945, p. 239.

⁶⁴ Vedi *Report of the study group on the caseload of the Supreme Court*, in *F. R. D.*, vol. 57, 1972, pp. 595 ss.; CASPER G. & POSNER R., *The Workload of the Supreme Court*, Chicago, 1976, p. 1.

il non rispetto delle regole da parte della Corte, modificò la legge per conformarla alla pratica⁶⁵.

La Corte Suprema, però, andò anche oltre. Nonostante nelle audizioni nelle Commissioni fu ripetutamente notato che la Corte non avrebbe controllato da sola la sua giurisdizione, bensì avrebbe condiviso questo potere con le Corti di appello attraverso l'uso della “*certification*”, non appena la Corte aumentò la sua autorità nel controllo dell'agenda diminuì anche il ruolo promesso alle corti inferiori⁶⁶. L'ostilità nei confronti del processo di “*certification*” era già rilevabile nel 1930 e continuò fino al punto in cui le Corti di appello erano riluttanti a farne uso⁶⁷. Una delle ragioni di questa ostilità, apparentemente, era la preoccupazione della Corte che l'uso del processo di certificazione frustrasse la funzione della Corte stessa come corpo di determinazione delle politiche, restringendo il tempo disponibile per la giurisdizione discrezionale. Nel 1957, la Corte arrivò a concludere che la “*certification*” non avrebbe dovuto essere usata per gestire conflitti tra diversi collegi di giudici nella stessa Corte di appello, poiché è compito di quest'ultima risolvere le sue difficoltà interne⁶⁸. Come risultato di questa evoluzione, tra il 1946 e il 1985 la Corte accettò solo quattro certificazioni: a questo punto, la “*certification*” è nella pratica “lettera morta”⁶⁹.

Infine, la Corte ha fatto in modo di massimizzare il suo potere di fissare la propria agenda anche in altri modi. Per esempio, ha rifiutato di decidere casi rientranti nella sua giurisdizione originale: una volta, addirittura una controversia tra Stati in cui la giurisdizione sarebbe stata esclusiva⁷⁰. Altre volte, la Corte accetta la richiesta di *certiorari* e poi riformula la questione presentata.

In breve, in ogni occasione, la Corte Suprema ha fatto in modo di massimizzare la sua indipendenza istituzionale rispetto al Congresso, alle parti litiganti e alle altre corti. Al momento, nessuno ritiene che la Corte debba obbligatoriamente decidere alcuno dei casi che le sono presentati, a meno che i giudici stessi non lo considerino necessario.

⁶⁵ *Act of June 27, 1988*, 102 Stat. 662, 1988 (che, virtualmente, elimina tutta la giurisdizione obbligatoria della Corte Suprema).

⁶⁶ HARTNETT, *Questioning certiorari*, cit. alla nota 3, p. 1710.

⁶⁷ Al riguardo, MOORE J. W. & VESTAL A. D., *Present and Potential Role of Certification in Federal Appellate Procedure*, in *Virginia Law Review*, vol. 35, 1949, pp. 25 ss. nota che nel decennio tra il 1927 e il 1936 le certificazioni rilasciate dalle Corti di appello furono settantadue, mentre calarono a venti nel decennio tra il 1937 e il 1946.

⁶⁸ *Wisniewski v. United States*, 353 U.S. 901, 1957.

⁶⁹ HARTNETT, *Questioning certiorari*, cit. alla nota 3, p. 1712.

⁷⁰ *Louisiana v. Mississippi*, 488 U.S. 990, 1988.

1.2. La selezione dei casi.

La Corte Suprema ha sostanzialmente completo controllo sulla sua agenda. Di conseguenza, è interessante analizzare come la Corte esercita tale controllo⁷¹.

Per ogni controversia pienamente discussa e pienamente decisa dalla Corte Suprema i giudici votano almeno tre volte. Il primo voto è quello per decidere se ascoltare il caso⁷²: i giudici votano per accogliere o negare una richiesta di “*writ of certiorari*”; se la accolgono, il caso è programmato per gli “*oral arguments*”. Dopo questi ultimi, i giudici si incontrano in conferenza per il secondo voto: a questo punto, devono decidere se affermare o annullare la decisione della corte inferiore⁷³. Successivamente, con il terzo voto, che avviene durante il corso della scrittura delle varie opinioni (quella della maggioranza, quella dissenziente, quella concorrente), i giudici decideranno se effettivamente la decisione della corte inferiore sarà confermata o annullata; questo può essere accertato leggendo le opinioni stesse⁷⁴.

In realtà, gli avvocati (o le parti litiganti “*pro se*”) fanno la loro richiesta alla Corte Suprema senza conoscere appieno le regole secondo cui la Corte deciderà. Infatti, la Corte Suprema opera secondo due categorie di regole: quelle che sono pubblicate e quelle che non lo sono. Le prime specificano la procedura della Corte e guidano gli avvocati o le parti nella loro richiesta di revisione⁷⁵. Le seconde, non pubblicate, governano il processo decisionale interno della Corte: sono usate per determinare quali casi accettare e come gestire il fascicolo⁷⁶. L’esistenza di queste regole e il modo in cui funzionano può essere dedotto solo da un’analisi delle opinioni dissenzienti e dalle statistiche su come i giudici hanno votato in determinati casi⁷⁷.

⁷¹ A questo proposito, vedi KROL J. F. & BRENNER S., *Strategies in Certiorari Voting on the United States Supreme Court: A Reevaluation*, in *The Western Political Quarterly*, 1990, vol. 43, no. 2, 1990, pp. 335 ss.

⁷² Questo voto è chiamato “*the vote to hear the case*”.

⁷³ Questo voto è chiamato “*the original vote on the merits*”.

⁷⁴ Quest’ultimo voto è chiamato “*the final vote on the merits*”.

⁷⁵ Per esempio, queste regole includono: *Supreme Court Rule 10* (che riassume la procedura di certiorari), *Supreme Court Rule 19* (che governa le “questioni certificate”), *Supreme Court Rule 20* (che spiega la procedura per petizioni straordinarie). Le regole della Corte Suprema sono pubblicate online: [http:// www.supremecourtus.gov/ctrules/ctrules.html](http://www.supremecourtus.gov/ctrules/ctrules.html).

⁷⁶ Per un’analisi delle regole interne alla Corte Suprema, vedi REVESZ R. L. & KARLAN P. S., *Nonmajority Rules and the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 136, 1988, pp. 1067 ss.

⁷⁷ ROBBINS I. P., *Justices by the numbers: the Supreme Court and the Rule of Four – or is it Five?*, in *Suffolk University Law Review*, vol. 36, 2002, p. 2.

Nel febbraio del 2000 emersero alcune informazioni relative a regole non pubblicate della Corte Suprema in un caso concernente l'area grigia tra la “*Rule of Four*”⁷⁸ e la “*Rule of Five*”⁷⁹ della Corte. Infatti, *In re Tarver* rappresentò un'opportunità per decifrare un'importante procedura interna della Corte Suprema e, inoltre, evidenziò domande persistenti riguardo le regole interne della Corte⁸⁰. Partendo da questo caso, diversi osservatori hanno discusso la storia delle regole non pubblicate della Corte e analizzato come l'ambiguità e inconsistenza della loro applicazione lasci gli avvocati confusi.

Quando una parte decide di chiedere alla Corte Suprema una revisione della decisione, è necessario seguire attentamente le procedure prescritte, che spesso raggiungono un livello di specificità elevato; la Corte segue queste regole, che sono pubblicate e a cui gli avvocati devono aderire, con attenzione. Al contrario, per quanto riguarda le regole interne della Corte, è stato scritto molto meno e si sa molto meno.

La “*Rule of Four*” non ha un'origine chiara. Fu menzionata pubblicamente per la prima volta durante le audizioni per il “*Judges' Bill*”: il giudice Van Devanter informò la Commissione Giustizia della Camera dell'esistenza della regola per assicurare il Congresso rispetto al fatto che un aumento della discrezione della Corte non avrebbe portato ad un metodo arbitrario di respingimento dei casi⁸¹. Questa regola dà autorità alla minoranza, che ha il potere di decidere di revisionare un caso anche se la maggioranza della Corte non lo ritiene necessario: quando quattro giudici votano a favore dell'accettazione di un caso, tutti e nove i giudici sono tenuti ad ascoltare il caso nel merito. Tra il 1789 e il 1890, per esempio, le richieste di *certiorari* accolte con solo quattro voti favorevoli sono state tra il venticinque e il trenta per cento dei casi accettati⁸². Permettendo a quattro giudici di controllare quali casi accettare, la Corte riconosce il

⁷⁸ La “*Rule of Four*” si applica in situazioni in cui i voti di quattro giudici sono sufficienti. Per esempio, per accogliere un *certiorari* o per tenere una causa, in attesa dell'esito di un'altra causa, dinanzi alla Corte.

⁷⁹ La “*Rule of Five*” si applica in situazioni in cui è necessario il voto di cinque giudici. Per esempio, per decidere una causa nel merito.

⁸⁰ *In re Tarver*, 528 U.S. 1152, 2000.

⁸¹ *Hearings on H.R. 8206 Before the House Comm. on the Judiciary*, cit. alla nota 46. Nello spiegare la motivazione della regola, il Giudice Van Devanter disse: «Procediamo secondo la teoria che se quattro giudici su nove credono che il caso sia uno di quelli da ascoltare e decidere, allora la richiesta dovrebbe essere accolta».

⁸² STEVENS J. P., *The Lifespan of a Judge-Made Rule*, in *New York University Law Review*, vol. 58, 1983, pp. 1 ss.

valore del giudizio di una minoranza sostanziale dei suoi membri e concede loro l'opportunità di far riconoscere anche agli altri il valore del caso⁸³.

La “*Rule of Four*” è una caratteristica fissa della procedura della Corte Suprema, ma la sua applicazione in alcuni tipi di casi è stata fonte di discussione e disaccordo anche tra i giudici stessi⁸⁴. Inoltre, non è chiaro in quali altre situazioni, oltre a quelle rivelate, la Corte utilizzi questa regola. In ogni caso, la “*Rule of Four*” è utilizzata per mantenere una causa, in attesa dell'esito di un'altra causa, dinanzi alla Corte: se quattro giudici votano per tenere un caso o più di un caso in attesa, mentre una questione o più questioni sollevate in un altro caso vengono risolte, allora quei casi non saranno respinti; di conseguenza, la Corte rimanderà la decisione rispetto all'accoglimento o meno della revisione⁸⁵. La Corte Suprema, inoltre, utilizza la “*Rule of Four*” per decidere se accogliere o rigettare le questioni certificate dalle corti inferiori⁸⁶, così come per gli appelli su cui la Corte ha giurisdizione obbligatoria⁸⁷. La decisione di rigettare un appello, a differenza delle altre, è una decisione sul merito, che richiederebbe il voto della maggioranza dei giudici.

La “*Rule of Four*” applicata al *certiorari*, comunque, non ha impedito alla Corte Suprema di diminuire considerevolmente il numero dei casi selezionati per essere decisi. Il *Chief Justice* Rehnquist notò che nel 1972 la Corte ascoltò circa 150 casi; nel 2001, questo numero era già sceso a 80. Successivamente, durante i dieci anni di mandato come *Chief Justice* di John G. Roberts, il numero dei casi continuò a diminuire. Per esempio, nel 2018 la Corte emise 66 sentenze e nel 2019 solo 53⁸⁸. I commentatori si sono interrogati sul perché la Corte ascolti così pochi casi e perché questo numero sia diminuito in modo significativo negli ultimi anni: alcuni hanno concluso che sia in parte dovuto a

⁸³ Inoltre, secondo il giudice Douglas, il Congresso non avrebbe consentito alla Corte un così ampio controllo discrezionale senza la “*Rule of Four*”, che agisce come «salvaguardia di controllo della minoranza sull'accesso alla Corte». Vedi BLUMSTEIN J. F., *The Supreme Court's Jurisdiction-Reform Proposals, Discretionary Review, and Writ Dismissals*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 26, 1973, p. 919.

⁸⁴ ROBBINS, *Justices by the numbers*, cit. alla nota 77, p. 13.

⁸⁵ La decisione di mantenere un caso in attesa della risoluzione di un altro non è una decisione sul merito, ma sulla possibilità che le questioni sollevate siano di interesse per la Corte Suprema.

⁸⁶ STERN R. L. ET AL., *Supreme Court practice*, 9th ed., Arlington, 1993, p. 451.

⁸⁷ L'applicazione della “*Rule of Four*” relativamente agli appelli non fu resa pubblica fino al 1959. In *Ohio ex rel. Eaton v. Price*, 360 U.S. 246, 1959, il giudice Brennan indicò che la regola si applicava agli appelli così come alle richieste di *certiorari*.

⁸⁸ Vedi *SCOTUSblog Stat Pack Archive*, <https://www.scotusblog.com/reference/stat-pack/>.

una frattura ideologica all'interno della Corte, oltre che all'eliminazione della maggior parte dei casi di giurisdizione obbligatoria⁸⁹.

Tuttavia, i giudici trovano una guida alle considerazioni da tenere presente nel decidere se accogliere una richiesta di *certiorari* nella Regola 10 delle “*Supreme Court Rules*” pubblicate⁹⁰. Il testo stabilisce che la richiesta sarà accolta solo per ragioni impellenti ed elenca alcuni fattori che i giudici possono prendere in considerazione: «una Corte d'appello degli Stati Uniti ha emesso una decisione in contrasto con la decisione di un'altra Corte d'appello degli Stati Uniti sulla stessa importante questione; [una Corte d'appello] ha deciso un'importante questione federale in un modo che contrasta con una decisione di un tribunale statale di ultima istanza; o [una Corte di appello] si è allontanata a tal punto dall'accettato e consueto corso del procedimento giudiziario, o ha sanzionato tale allontanamento da parte di un tribunale di grado inferiore, da richiedere l'esercizio del potere di controllo di questa Corte; un tribunale statale di ultima istanza ha deciso un'importante questione federale in un modo che contrasta con la decisione di un altro tribunale statale di ultima istanza o di una Corte d'appello degli Stati Uniti; un tribunale statale o una Corte d'appello degli Stati Uniti ha deciso un'importante questione di diritto federale che non è stata, ma dovrebbe essere, risolta da questa Corte, o ha deciso un'importante questione federale in un modo che è in conflitto con le pertinenti decisioni di questa Corte»⁹¹. L'elenco non è esaustivo, perciò i giudici possono considerare anche qualsiasi altro fattore. Inoltre, la regola chiarisce che una richiesta di *certiorari* è «raramente accolta quando l'errore asserito consiste in accertamenti fattuali errati o nell'applicazione errata di una norma di diritto correttamente dichiarata»⁹².

1.3. *Mettere in dubbio il sistema di certiorari.*

Nonostante l'autorità della Corte Suprema di scegliere i casi (e le questioni) che desidera considerare sia ormai acquisita, vi sono ancora preoccupazioni significative a cui rispondere. Come conciliare la tradizionale motivazione per il potere di *judicial*

⁸⁹ OWENS R. & SIMON D., *Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket*, in *William & Mary Law Review*, vol. 53, 2012, pp. 1219 ss.

⁹⁰ Le regole possono essere consultate online: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>.

⁹¹ *Supreme Court Rule* 10(a)-(c).

⁹² *Ibidem*.

review con questo altro potere? Come può un tribunale affermare di agire in conformità con la legge invece che con la propria volontà se dispone di tale autorità? Tale potere è coerente con lo stato di diritto? Può essere giustificato l'uso di tale potere a titolo amministrativo piuttosto che giudiziario?

Già quattro decenni fa, fu rilevata una profonda tensione tra il meccanismo di *certiorari* e la classica giustificazione per il potere di *judicial review*⁹³. Infatti, secondo questa, il *judicial review* è il sottoprodotto dell'obbligo della Corte di decidere un caso; ma la pratica del *certiorari* mina completamente questa logica.

Sorprendentemente, nel sostenere il “*Judges’ Bill*”, i giudici non hanno mai tentato di spiegarne l'applicazione in casi che presentavano questioni costituzionali discutibili. Invece, l'unico uso previsto nei casi costituzionali era come un modo per trattare rapidamente con casi pretestuosi, poco rilevanti o chiaramente disciplinati da precedenti. Taft si espresse fiducioso che in nessun caso «una questione costituzionale di reale merito o dubbio sfuggirebbe alla nostra revisione con il metodo dei *certiorari*», spiegando che le restrizioni erano semplicemente «per escludere questioni costituzionali che non hanno davvero peso o sono state completamente decise nei casi precedenti e che sono state proiettati nella causa solo al fine di garantire il ritardo o un riesame di questioni la cui decisione è già diventata legge costante»⁹⁴. In questo modo, i giudici non hanno mai avuto a che fare con la conciliazione tra *certiorari* e controllo giurisdizionale. Anzi, forse la tensione tra *certiorari* e la classica giustificazione del *judicial review* aiuta a spiegare perché solo nel 1953 la Corte avrebbe definitivamente ritenuto che un diniego di *certiorari* non fosse una pronuncia nel merito di un'impugnazione costituzionale⁹⁵.

Una Corte che può semplicemente rifiutarsi di esaminare un caso non potrebbe più affermare in modo credibile che doveva deciderlo. Ad una domanda sul perché abbiano esercitato il potere di dichiarare incostituzionale un atto del Congresso, i giudici della Corte Suprema non potrebbero più rispondere: “perché dovevamo”. Invece, dovrebbero dire: “perché abbiamo scelto di farlo”. Allo stesso tempo, però, è vero che i tribunali inferiori possono continuare a rispondere: “perché dovevamo”. Curiosamente,

⁹³ Vedi BICKEL A. M., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1st ed., New York, 1962, p. 127.

⁹⁴ 66 Cong. Rec. 2922, 1925.

⁹⁵ Vedi *Brown v. Hallen*, 344 U.S. 443, 1953.

quindi, il *certiorari* mette in discussione l'esercizio del *judicial review* da parte della Corte Suprema, ma non da parte delle corti inferiori⁹⁶.

Questa difficoltà è particolarmente elevata se si considera che nella prassi attuale, la Corte accetta le richieste di *certiorari* in modo limitato: non solo sceglie quali casi decidere, ma sceglie anche a quali domande rispondere. I suoi giudici non possono più dire di dover decidere il caso; anche all'interno di un caso, non possono nemmeno dire di dover decidere una determinata questione.

L'incapacità della Corte di affermare in modo credibile di dover decidere una causa mette in luce un'altra profonda tensione tra *certiorari* e concezioni classiche del potere giudiziario, che va oltre i casi relativi a questioni di costituzionalità⁹⁷. La magistratura, come ha spiegato Hamilton, è il ramo meno pericoloso perché possiede solo il giudizio, non la forza o la volontà⁹⁸. Ma, nonostante questa descrizione continui ad essere ripetuta da molti, è difficilmente accurata per una Corte che ha il potere di decidere la sua agenda: sebbene la magistratura sia ancora priva di una propria forza militare, il “*Judges’ Bill*” ha fornito alla Corte Suprema uno strumento importante con cui esercitare la volontà, dato che la capacità di definire la propria agenda è al centro dell'esercizio della volontà⁹⁹. In breve, la Corte non sarebbe più un'istituzione passiva “senza forza né volontà”, bensì sarebbe in grado di decidere la sua agenda sostanziale¹⁰⁰. Infatti, «gran parte del potere della Corte si basa sulla sua capacità di selezionare alcune questioni per la decisione evitandone altre»¹⁰¹. La sua capacità di definire la propria agenda le ha permesso di «liberarsi dall'immagine di vecchia data di arbitro neutrale e interprete della *policy*» ed emergere «come un partecipante attivo nel fare la *policy*»¹⁰².

Forse l'illustrazione migliore di come il *certiorari* operi frequentemente nell'area della volontà e non del diritto è la pratica comune del “diniego difensivo”: un giudice

⁹⁶ HARTNETT, *Questioning certiorari*, cit. alla nota 3, p. 1717.

⁹⁷ Non tutti i casi della Corte Suprema, ovviamente, riguardano questioni di costituzionalità, sebbene negli ultimi anni circa la metà sia di questo tipo. Vedi KREIMER S. F., *Exploring the dark matter of judicial review: a constitutional census of the 1990s*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 5, 1997, p. 434.

⁹⁸ HAMILTON A., *The Federalist No. 78*, in SHAPIRO I. (a cura di), *The Federalist*, New Haven, 2009.

⁹⁹ FARBER D. A. & FRICKEY P. P., *Law and Public Choice*, Chicago, 1991, p. 40.

¹⁰⁰ PROVINE D. M., *Case selection in the United States Supreme Court*, Chicago, 1980, p. 2; O'BRIEN D. M., *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 4th ed., New York, 1996, p. 247.

¹⁰¹ PALMER J., *An Econometric Analysis of the U.S. Supreme Court's Certiorari Decisions*, in *Pub. Choice*, vol. 39, 1982, p. 387.

¹⁰² PACELLE JR. R. L., *The Transformation of the Supreme Court's Agenda: From the New Deal to the Reagan Administration*, 1st ed., New York, 1991, p. 15.

vota per negare il *certiorari* non per la non importanza della questione, ma per la disapprovazione del risultato che la Corte raggiungerebbe nel merito.

Nonostante ciò, buona parte della dottrina continua a ritenere che lo stato di diritto richieda che i giudici siano limitati in modo significativo dalla comprensione originale di un testo, dall'esistenza di regole che guidano il processo decisionale, dall'obbligo di elaborare motivi per una decisione e dai requisiti di base della giustizia sostanziale¹⁰³. Nel campo del *certiorari*, però, la legge prevede pochi limiti sull'azione giudiziaria. Infatti, poco dopo che il “*Judges’ Bill*” fu approvato, la Corte promulgò una nuova regola al riguardo, che stabilisce non solo un'ampia serie di *standards* da seguire per la decisione di garantire o meno un *certiorari*, ma anche che quegli *standards* non sono vincolanti¹⁰⁴. In sostanza, la Corte ha definito cosa sia sufficiente per un *certiorari* in modo tautologico: quello che rende un caso abbastanza importante da ricevere un *certiorari*, è la valutazione di tale rilevanza da parte dei giudici.

Peraltro, tale sistema non vincolante impone alcuni costi sulla Corte, in particolare incoraggiando un gran numero di richieste di *certiorari*. Tuttavia, se la Corte volesse ridurre il numero di richieste depositate, il metodo più efficace sarebbe la formulazione e la pubblicazione di linee guida dettagliate in merito ai criteri di concessione e negazione della revisione¹⁰⁵. Ma da Taft in poi, i giudici hanno fermamente rifiutato di adottare regole che potrebbero restringere la loro discrezione.

La questione potrebbe essere risolta se fosse prevista una “*principled discretion*” in materia di giurisdizione¹⁰⁶. La discrezionalità di principi richiederebbe «che i criteri tratti dalla pertinente concessione di giurisdizione legislativa o costituzionale o dalla tradizione all'interno della quale la concessione è nata guidino le scelte da compiere nel corso della definizione e dell'esercizio di tale giurisdizione»¹⁰⁷. Inoltre, richiede che tali criteri siano «capaci di essere articolati e applicati apertamente dai tribunali, valutati dai critici del lavoro dei tribunali, e riesaminati dal potere legislativo»¹⁰⁸. Tale discrezionalità

¹⁰³ Vedi, per esempio, FALLON JR. R. H., “*The Rule of Law*” as a Concept in Constitutional Discourse, in *Columbia Law Review*, vol. 97, 1997, pp. 10 ss.

¹⁰⁴ *Supreme Court Rule* 10.

¹⁰⁵ CASPER & POSNER, *The Workload of the Supreme Court*, cit. alla nota 64, p. 116.

¹⁰⁶ SHAPIRO D. L., *Jurisdiction and Discretion*, in *New York University Law Review*, vol. 60, 1985, pp. 578 ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

di principi sarebbe compatibile con il potere di *judicial review* poiché richiederebbe un obbligo di decisione motivata e articolata.

Tuttavia, l'unica questione che viene decisa su una richiesta di *certiorari* è quale tribunale avrà l'ultima parola in un caso. In questa prospettiva, la magistratura nel suo insieme deve decidere il caso e, così facendo, esercitare il giudizio in conformità con lo stato di diritto invece che con la volontà. Così inteso, il potere della Corte Suprema di scegliere quali cause decidere e quali affidare al giudizio finale di altri tribunali è visto come una specie di potere amministrativo e non come potere giudicante.

Però, vi è una difficoltà fondamentale nel considerare il *certiorari* come un potere amministrativo: la Corte Suprema ha giurisdizione sui *certiorari* relativi sia ai tribunali statali sia ai tribunali federali inferiori. Tuttavia, è difficile trovare una base per rivendicare il potere amministrativo sui tribunali statali. Come la Corte stessa ha spiegato¹⁰⁹, l'autorità di controllo è solo sui tribunali federali, ma «è fuori discussione che non deteniamo un potere di supervisione sui tribunali dei diversi Stati». Pertanto, nell'amministrare la sua giurisdizione di *certiorari* sui tribunali federali inferiori, l'attività della Corte Suprema potrebbe essere intesa come un allocare le cause tra i membri della magistratura federale che insieme esercitano il potere giudiziario degli Stati Uniti. Invece, quando esercita la giurisdizione di *certiorari* sulle corti statali, sta determinando se il potere giudiziario degli Stati Uniti debba essere “chiamato in gioco”. In ogni caso, anche se limitato ai tribunali federali inferiori (o supponendo che le obiezioni per l'esercizio dell'autorità amministrativa sui tribunali statali siano superate), rimane un'altra difficoltà significativa nel considerare il *certiorari* un potere amministrativo: la fiducia in una tale gestione apolitica da parte dei giudici è stata profondamente messa alla prova¹¹⁰.

1.4. *L'importanza del certiorari.*

Nonostante tutte le ombre che si possono trovare intorno alla pratica del *certiorari*, è indubbio che quest'ultima mantenga una sua importanza. Infatti, il potere di selezionare i casi rende più semplice per la Corte Suprema cambiare la sua interpretazione della Costituzione. Il potere di rifiutare di decidere un caso consente alla Corte di aspettare il

¹⁰⁹ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 2000.

¹¹⁰ POST R., *Judicial Management and Judicial Disinterest: The Achievements and Perils of Chief Justice William Howard Taft*, in *Journal of Supreme Court History*, 1998, p. 61.

momento adatto ed evitare temporaneamente le implicazioni di una decisione nel merito inizialmente impopolare¹¹¹. Inoltre, permette alla Corte di intervenire in modo selettivo, senza doversi impegnare a dare indirizzi in nuove aree portate alla sua attenzione. Di conseguenza, la procedura del *certiorari* ha avuto un ruolo importante nel dare forma alla legge costituzionale sostanziale.

Un buon esempio potrebbe essere la “*incorporation doctrine*”¹¹². La Corte Suprema lanciò l’idea che alcune delle protezioni del *Bill of Rights* fossero “incorporate” nella “*Due Process Clause*” del Quattordicesimo Emendamento¹¹³ per la prima volta nel 1925, quattro mesi dopo l’approvazione del “*Judges’ Bill*”¹¹⁴. Forse questa fu una pura coincidenza e la libertà di parola del Primo Emendamento sarebbe stata applicata nei confronti degli Stati indipendentemente dal controllo discrezionale sulla propria agenda dato alla Corte. Ma la Corte Suprema avrebbe “incorporato” il Quarto, Quinto, Sesto e Ottavo Emendamento se fosse poi stata obbligata a revisionare ogni decisione delle corti statali che avesse confermato, per esempio, una condanna penale basandosi su uno di questi emendamenti? E se così fosse, sarebbe stata possibile l’elaborazione di requisiti dottrinali così elaborati se avesse poi dovuto applicarli in ogni caso¹¹⁵?

A livello generale, la discrezione assoluta della Corte Suprema nel controllare il suo lavoro, scegliendo non solo quali casi ascoltare ma anche quali delle questioni presentate decidere, sembra aver contribuito a una visione della Corte più come un’istituzione che risolve questioni controverse che come un organo di decisione dei casi. Infatti, i casi sono tendenzialmente visti come “mezzi” per decidere le questioni stesse¹¹⁶. Una delle dichiarazioni più chiare riguardo cosa dovrebbe essere di interesse della Corte nel decidere questioni controverse invece che controversie “vive” proviene dal *Chief*

¹¹¹ PROVINE, *Case selection in the United States Supreme Court*, cit. alla nota 100, p. 66.

¹¹² La dottrina dell’incorporazione è una dottrina costituzionale attraverso la quale i primi dieci emendamenti della Costituzione degli Stati Uniti (noti come *Bill of Rights*) sono resi applicabili agli Stati attraverso la clausola del “*Due Process*” del Quattordicesimo Emendamento.

¹¹³ Emendamento XIV, sezione prima, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «[...] Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge [*due process of law*]; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l’eguale protezione delle leggi».

¹¹⁴ Il caso di riferimento è *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 1925 (che assume che la libertà di parola del Primo Emendamento sia incorporata nel “*due process*”).

¹¹⁵ HARTNETT, *Questioning certiorari*, cit. alla nota 3, p. 1732.

¹¹⁶ Per esempio, alla *Judicial Conference of the Second Judicial Circuit of the United States*, in *F. R. D.*, vol. 160, 1994, p. 375, il giudice Clarence Thomas dichiarò: «Quello che cerchiamo di fare è scegliere quei casi che sono il miglior veicolo per decidere una questione importante e ricorrente».

Justice Rehnquist. In *Honig v. Doe*, egli sostenne che la Corte dovrebbe semplicemente esentare se stessa dalla “*mootnes doctrine*”¹¹⁷ una volta che abbia deciso di accogliere la richiesta di *certiorari*¹¹⁸. La maggioranza della Corte non ha mai esplicitamente adottato questo orientamento, ma si è avvicinata molto. Per esempio, in un caso del 2000, la Corte ha concluso che il caso non fosse “*moot*” nonostante lo stabilimento di ballo che stava mettendo in discussione la validità di un’ordinanza locale fosse stato chiuso, il suo palazzo fosse stato venduto e il suo proprietario settantaduenne non avesse più alcun interesse od intenzione di portare avanti l’attività¹¹⁹.

Non stupisce che coloro che credono che la Corte Suprema dovrebbe essere il punto di riferimento della morale nazionale e la vedono come lo strumento principale per emendare la Costituzione guardino con favore al suo potere di impostazione dell’agenda. Questo fu evidente nella reazione alla proposta, nel 1972, di una Corte d’appello nazionale¹²⁰. Per esempio, Eugene Gressman sostenne che «l’arbitrarietà informata è il cuore della giurisdizione di *certiorari*; i giudici dovrebbero essere motivati ad accogliere o negare la revisione solamente dalle loro nozioni individuali e soggettive su cosa è importante o appropriato per una revisione della Corte»¹²¹. Inoltre, il *Chief Justice Warren* affermò che, se la proposta fosse stata approvata, la capacità della Corte Suprema di mantenere la Costituzione un documento “vivo” sarebbe stata inevitabilmente messa in pericolo¹²². Secondo Warren, l’obiettivo del “*Judges’ Bill*” era permettere alla Corte non solo di guadagnare il controllo sul programma di lavoro, ma anche di stabilire quali fossero le priorità nazionali su materie costituzionali e legali¹²³. Questi *standards* non potrebbero essere racchiusi in nessuna regola o linea guida che sia significativa per un gruppo di giudici esterni, poiché quello che rilevarebbe sarebbero le considerazioni, interessi e filosofie dei giudici della Corte Suprema.

Infine, alcuni affermano che solo la Corte Suprema stessa può determinare in modo appropriato quali casi dovrebbe ascoltare per svolgere la sua funzione unica¹²⁴. Ma

¹¹⁷ Vedi capitolo II, paragrafo 8.2.

¹¹⁸ *Honig v. Doe*, 484 U.S. 305, 1988.

¹¹⁹ *City of Erie v. Pap’s A.M.*, 529 U.S. 277, 2000.

¹²⁰ Vedi *Report of the study group*, cit. alla nota 64.

¹²¹ GRESSMAN E., *The National Court of Appeals: A Dissent*, in *A.B.A. Journal*, vol. 59, 1973, p. 255.

¹²² *Retired Chief Justice Warren Attacks, Chief Justice Burger Defends Freund Study Group’s Composition and Proposal*, in *A.B.A. Journal*, vol. 59, 1973, p. 727.

¹²³ *Ibidem*, p. 728.

¹²⁴ Per esempio, PUSEY M. J., *Judiciary Act of 1925: The “Judges’ Bill” After Half a Century*, in *California Supreme Court Historical Society Yearbook*, vol. 73, 1976, p. 76. Nella sua visione, il “*Judges’*

quando il giudice Arthur Goldberg affermò che il potere di decidere le controversie presuppone il potere di determinare quali controversie decidere¹²⁵, Paul Freund replicò: «Da dove viene questo affermato principio? Non, sicuramente, dalla Costituzione».¹²⁶

2. La dottrina dello *stare decisis*.

2.1. La cornice fornita da Casey.

Così come in altre aree del diritto, una decisione della Corte Suprema riguardo il significato della Costituzione può basarsi sulla dottrina dello *stare decisis*. Infatti, per rispetto del “precedente”, un giudice della Corte potrebbe interpretare la Costituzione in accordo con un caso precedente anche se quel giudice, in realtà, sarebbe incline a ricostruire il significato del testo costituzionale in modo differente. Lo sviluppo del “*case law*” ha portato alla creazione dei precedenti e al sistema di *stare decisis* in modo da assicurare certezza, giustizia e consistenza nel sistema.

Per esempio, in *Pennsylvania v. Union Gas*¹²⁷, il giudice Scalia invocò lo *stare decisis* per sostenere la conclusione secondo cui la Corte non avrebbe “*overruled*” *Hans v. Louisiana*¹²⁸, un caso che aveva dato un’ampia lettura all’immunità degli Stati, ai sensi dell’Undicesimo Emendamento¹²⁹, dall’essere citati in giudizio nelle corti federali. Secondo Scalia, «la mera venerazione di una risposta che è stata consistentemente rispettata per oltre un secolo, e la difficoltà di cambiare o addirittura identificare chiaramente la legge poi intervenuta basata su quella risposta, depone fortemente contro un cambiamento»¹³⁰.

Bill” «va verso l’elevazione dei tribunali al loro legittimo posto come ramo separato e quasi indipendente del governo».

¹²⁵ GOLDBERG A., *The Case Against a National Court of Appeals*, in *Washington Post*, 6 gennaio 1973.

¹²⁶ FREUND P. A., *Why We Need the National Court of Appeals*, in *A.B.A. Journal*, vol. 59, 1973, p. 251.

¹²⁷ *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1, 1989.

¹²⁸ *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1, 1980.

¹²⁹ Emendamento XI, Costituzione degli Stati Uniti d’America: Il potere giudiziario degli Stati Uniti non si potrà considerare esteso a qualsiasi processo, di diritto comune o *equity*, iniziato o proseguito contro uno degli Stati Uniti da cittadini di un altro Stato ovvero da cittadini o sudditi di un qualsiasi Stato straniero.

¹³⁰ *Hans v. Louisiana*, cit. alla nota 128.

Allo stesso modo, l'aderenza ad un precedente può essere anche la base per estendere una decisione costituzionale del passato. Per esempio, in *Powell v. McCormack*, la Corte Suprema decise che la Camera dei Rappresentanti non può escludere un membro se non per le qualificazioni relative all'età, alla cittadinanza e alla residenza richieste dall'articolo 1, sezione seconda della Costituzione¹³¹. Ventisei anni dopo, la Corte si basò su questa decisione per concludere che gli Stati, allo stesso modo, non possono imporre ulteriori qualificazioni per chi si candida al Congresso¹³².

La riluttanza a superare i precedenti sembra aver portato diversi giudici a non “*overrule*” *Roe v. Wade*¹³³ nel 1992. Come già esposto in precedenza¹³⁴, in *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte Suprema riaffermò la decisione presa in *Roe* relativamente al diritto di una donna di interrompere anticipatamente una gravidanza¹³⁵. La conclusione di *Casey* fu il prodotto di una Corte divisa: quattro giudici (Rehnquist, White, Scalia e Thomas) votarono per un completo “*overruling*” di *Roe* con conseguente validità di tutte le norme portate all'attenzione della Corte; il giudice Blackmun, invece, aderì alla decisione in *Roe* interamente e sostenne l'invalidità di tutte le restrizioni imposte dalla legge della Pennsylvania; anche il giudice Stevens avvallò *Roe* e votò a favore dell'annullamento della maggior parte delle previsioni della legge¹³⁶. Perciò, la Corte era divisa in quattro contro due e il risultato finale dipese dai giudici O'Connor, Kennedy e Souter: nella loro sentenza “comune” sostennero una posizione intermedia tra il completo “*overruling*” di *Roe* e la preservazione di quella decisione intatta.

Nella loro opinione, i tre giudici spiegano che il principio dello *stare decisis* gli impediva di superare *Roe* interamente. Il voto del giudice Kennedy, in particolare, fu sorprendente poiché solo qualche anno prima aveva condiviso l'idea del giudice Rehnquist secondo cui *Roe* avrebbe dovuto essere “*overruled*”¹³⁷.

Al contrario, la Corte in *Casey* riaffermò *Roe* e offrì una valida analisi della dottrina dello *stare decisis*, partendo dal presupposto che «il concetto stesso di Stato di

¹³¹ *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 1969.

¹³² *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779, 1995 (che annullava un emendamento costituzionale dell'Arkansas che escludeva un candidato al Congresso se avesse servito per tre mandati alla Camera o per due mandati al Senato).

¹³³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

¹³⁴ Vedi capitolo II, sezione 8.4.

¹³⁵ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992.

¹³⁶ GROSSI S., *Roe v. Wade under attack: choosing procedural doctrines over fundamental constitutional rights*, in *ConLawNow*, vol. 13, 2022, p. 58.

¹³⁷ Vedi *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989.

diritto alla base della nostra stessa Costituzione richiede continuità nel tempo e quindi il rispetto del precedente è, per definizione, indispensabile»¹³⁸. Nonostante ciò, è a volte necessario superare un precedente per assicurare che il sistema costituzionale continui a servire gli interessi dei cittadini. Perciò, il problema non è di per sé l'occasionale ma necessario superamento del precedente, bensì la mancanza di chiarezza riguardo le fonti e i metodi utilizzati per raggiungere quel risultato. Proprio in *Casey*, nel rispondere alla domanda se *Roe* avesse dovuto essere “*overruled*” o meno, la Corte spiegò che l'obbligo di seguire il precedente nasce dalla necessità e una necessità contraria ne segna il limite esterno: nessun sistema giudiziario potrebbe svolgere il suo lavoro se esaminasse ogni questione da capo in ogni caso che la solleva, perciò il precedente diventa necessario; d'altra parte, si farebbe sentire una diversa necessità se una precedente decisione venisse vista così chiaramente come un errore che la sua applicazione sarebbe condannata¹³⁹. Secondo i tre giudici, «è opinione comune che la regola dello *stare decisis* non sia un “comando inesorabile”, e certamente non lo è in ogni caso costituzionale»¹⁴⁰. Inoltre, fornirono un elenco di considerazioni prudenziali e pragmatiche, utilizzate dalla Corte quando riesamina una precedente decisione, che sono volte a verificare la coerenza dell'annullamento di una decisione precedente con l'ideale dello stato di diritto e a valutare i rispettivi costi di riaffermazione e annullamento di un precedente: «ad esempio, ci si può chiedere se la norma si sia rivelata intollerabile semplicemente per l'inapplicabilità pratica; se la norma è soggetta a un tipo di affidamento che comporterebbe un grave disagio come conseguenza dell'annullamento e aggiungerebbe l'iniquità al costo del ripudio; se i relativi principi di diritto si siano sviluppati a tal punto da aver lasciato la vecchia regola nient'altro che un residuo di dottrina abbandonata; o se i fatti sono così cambiati, o vengono visti in modo così diverso, da aver privato la vecchia regola di una significativa applicazione o giustificazione»¹⁴¹.

La cornice di *Casey* riguardo la dottrina dello *stare decisis* offre un approccio attento alla questione del superamento di un precedente e dovrebbe fornire una guida alla Corte in circostanze simili in cui si confronta con la domanda se rigettare o meno lo *stare decisis*. Infatti, la visione di *Casey* riflette un bilanciamento equilibrato tra i valori della

¹³⁸ *Planned Parenthood*, cit. alla nota 135.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

preservazione dello *status quo*, così da mantenere la stabilità del sistema, e dell'opposto interesse di dare risposta, a volte, alle domande di un sistema che evolve nel tempo¹⁴².

In ogni caso, anche se la Corte ha sottolineato che pure nei casi costituzionali qualsiasi allontanamento dalla dottrina dello *stare decisis* richiede una giustificazione speciale¹⁴³, un giudice della Corte Suprema che desidera ignorare un precedente sembra sia più libero di farlo nel campo del diritto costituzionale rispetto ad altre aree del diritto. Nell'opinione dissenziente in *Burnet v. Coronado*¹⁴⁴, il giudice Brandeis spiegò che lo *stare decisis* è di solito una politica saggia poiché nella maggior parte delle materie è più importante che la regola applicabile sia stabilita, piuttosto che sia stabilita in modo giusto; questo sarebbe generalmente vero anche nei casi in cui l'errore sia grave, poiché la correzione si può avere tramite la legge. Non si può, però, dire lo stesso per i casi riguardanti la Costituzione federale, in cui la correzione attraverso l'azione legislativa è praticamente impossibile: per questo motivo, la Corte spesso fa l'“*overruling*” di decisioni precedenti. Inoltre, in *Citizens United v. Federal Election Commission*, la Corte notò che il precedente è da rispettare a meno che «la più convincente delle ragioni dimostri che l'aderenza ad esso metta la Corte in un corso di sicuro errore»¹⁴⁵; però, poi, procedette con l'“*overruling*” di due sue recenti decisioni basandosi sulla loro mancanza di antichità, l'assenza di seri interessi di affidamento, la credenza che non fossero ben ragionate e l'intervento di cambiamenti nella tecnologia. Nell'opinione concorrente, il *Chief Justice* Roberts ripeté quanto già anticipato dal giudice Brandeis: «quando si considera se riesaminare una precedente decisione sbagliata, dobbiamo bilanciare l'importanza di avere domande costituzionali decise rispetto all'importanza di averle decise in modo giusto»¹⁴⁶. E «giusto», chiaramente, significa “giusto” agli occhi dei membri della Corte volta per volta.

¹⁴² GROSSI, *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 136, p. 99.

¹⁴³ Vedi *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203, 1984.

¹⁴⁴ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 1932.

¹⁴⁵ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310, 2010.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

2.2. Riconciliare lo *stare decisis* con il testo costituzionale.

Mentre l'aderenza al precedente è sostenuta con forza in termini di rispetto per le decisioni delle corti superiori da parte delle corti inferiori, gli argomenti normativi a supporto dello *stare decisis* sono meno chiari quando si tratta del rispetto che la Corte Suprema dovrebbe avere nei confronti dei propri precedenti. Infatti, la dottrina dello *stare decisis* permette alla Corte Suprema di confermare la validità di leggi che violano la Costituzione e invalidare leggi che non la violano. Non è chiaro come questa pratica possa essere riconciliata con la Costituzione scritta, un documento che i giudici sono obbligati a difendere tramite giuramento.

Molti hanno offerto difese pragmatiche della dottrina e le tematiche sono, ormai, familiari: promuove la stabilità¹⁴⁷, protegge l'interesse dell'affidamento¹⁴⁸, limita la discrezionalità dei giudici¹⁴⁹, riduce i costi decisionali per la risoluzione dei casi costituzionali¹⁵⁰. Ma tutte queste motivazioni poggiano su una premessa controversa, cioè che conseguenze positive siano sufficienti a giustificare una pratica giudiziale o una dottrina. La legittimazione della Corte Suprema deriva dall'autorità della Costituzione scritta e, per pretendere obbedienza in modo plausibile, la Corte deve assicurarsi che le sue decisioni siano compatibili con il documento che le conferisce il potere di decidere un caso. Nonostante ciò, pochi tentano di fornire una giustificazione testuale per una dottrina che permette alla Corte di dare applicazione ad una legge incostituzionale o di subordinare una legge costituzionale ad una sua decisione precedente¹⁵¹. Addirittura, i più convinti giudici "testualisti" confessano che lo *stare decisis* è una "eccezione pragmatica" al loro obbligo di seguire il testo costituzionale.

Infatti, lo *stare decisis* non è una pratica particolarmente problematica per i pragmatisti o i realisti, che generalmente danno il potere di *judicial review* per scontato intendendo la Corte Suprema come un'istituzione politica con un grande potere

¹⁴⁷ Vedi MONAGHAN H. P., *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review* 723, vol. 88, 1988, pp. 749 ss.

¹⁴⁸ Vedi *Planned Parenthood*, cit. alla nota 135.

¹⁴⁹ Vedi MERRILL T. W., *Originalism, Stare Decisis, and the Promotion of Judicial Restraint*, in *Const. Comment.*, vol. 22, 2005, pp. 271 ss.

¹⁵⁰ Vedi POSNER R. A., *How Judges Think*, Boston, 2008, p. 145.

¹⁵¹ MITCHELL J. F., *Stare decisis and constitutional text*, in *Michigan Law Review*, vol. 110, n. 1, 2011, p. 2.

discrezionale di veto sulle leggi federali e statali¹⁵². I pragmatisti credono anche che la Corte debba rispettare il testo costituzionale, ma molti di loro riconoscono il linguaggio costituzionale solo perché funge da punto focale, un comodo dispositivo che consente a una società diversificata di concordare su ciò che costituisce la legge fondamentale¹⁵³. Secondo questa visione, lo scopo principale della Corte Suprema è generare risultati “conseguenzialisti” positivi all'interno di vincoli di “*realpolitik*” e non mancano ragioni “conseguenzialiste” plausibili per le pratiche costituzionali di *stare decisis* della Corte¹⁵⁴.

La dottrina dello *stare decisis* rappresenta una sfida più difficile per i giuristi testualisti. La principale preoccupazione di un testualista è la legittimità delle pronunce giudiziali, cioè come una corte possa giustificare l'obbedienza a un suo ordine anche da parte di chi non concorda con quella decisione. Il testualismo sostiene che la Costituzione scritta consente alla Corte Suprema di invocare legittimamente il potere coercitivo e che il linguaggio costituzionale stabilisca e limiti lo scopo legittimo dell'autorità della Corte. Secondo questa visione, i giudici devono applicare il significato del testo legislativo piuttosto che le interpretazioni che i giudici attuali ritengono normativamente desiderabili.

Di conseguenza, lo *stare decisis* presenta dei problemi per il testualismo poiché consente alla Corte di applicare i suoi precedenti come regole di decisione anche quando non seguono l'appropriata interpretazione testualista della Costituzione. Infatti, lo *stare decisis* permette alla Corte Suprema di confermare o invalidare una legge basandosi solamente sulla sua conformità (o non conformità) rispetto ad una precedente decisione della Corte stessa. I giudici non devono verificare la correttezza dell'interpretazione della Costituzione sostenuta nel loro precedente; infatti, il vero scopo dello *stare decisis* è proprio evitare i costi decisionali che vi sarebbero se la Corte dovesse continuamente riconsiderare questioni costituzionali previamente decise: lo *stare decisis* è una dottrina forte che rende i precedenti giudiziali autorevoli.

La pratica sembra discostarsi dall'articolo 6 della Costituzione, che designa solo tre categorie di leggi come «legge suprema della nazione»: «questa Costituzione, le leggi degli Stati Uniti che saranno fatte in sua applicazione e tutti i trattati stipulati o che

¹⁵² Per esempio, in questo senso, SEGAL J. A. & SPAETH H. J., *The Supreme Court and Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, 2002.

¹⁵³ A questo proposito, per esempio, STRAUSS D. A., *The living Constitution*, Oxford, 2010, pp. 99 ss.

¹⁵⁴ MITCHELL, *Stare decisis and constitutional text*, cit. alla nota 151, p. 9.

saranno stipulati sotto l'autorità degli Stati Uniti»¹⁵⁵. Mancano dalla lista le pronunce della Corte Suprema, quindi lo *stare decisis* sembra essere in conflitto con il testo costituzionale quando consente ad una regola di decisione “non suprema” di prevalere sulla Costituzione.

Le risposte dei giuristi testualisti a questo problema ricadono principalmente in due campi: da una parte, vi sono coloro che ritengono lo *stare decisis* incostituzionale ogniqualvolta permetta ad un precedente di prevalere sull'interpretazione testuale di una disposizione costituzionale; dall'altra parte, vi sono coloro che trattano lo *stare decisis* come un'eccezione consequenzialista alla loro normale metodologia interpretativa¹⁵⁶.

Ma anche questi sforzi dei testualisti per accomodare lo *stare decisis* vanno incontro a serie obiezioni. Primo, permettere ai giudici di invocare questa dottrina come “pragmatica eccezione” al testualismo indebolisce i limiti alla discrezione dei giudici che le metodologie interpretative dei testualisti dovrebbero fornire. Secondo, l'idea di sottoporre le parole della Costituzione scritta a un'eccezione consequenzialista contraddice la premessa stessa del testualismo, che nega che i giudici possano sostituire le loro valutazioni consequenzialiste a comandi legali¹⁵⁷.

Perciò, i giuristi testualisti sembrano bloccati in un dilemma, che è possibile sciogliere solo abbracciando una teoria dello *stare decisis* che è, allo stesso tempo, radicata nelle metodologie interpretative testuali e capace di mettere da parte la discrezionalità giudiziaria più dei test di bilanciamento che l'attuale Corte Suprema impiega. La dottrina può essere posta su una base testuale più sicura dimostrando che la “*Supremacy Clause*”¹⁵⁸, in limitate situazioni, permette ai giudici testualisti di usare precedenti decisi in modo sbagliato come regole di decisione nel contenzioso costituzionale.

Per esempio, in *Wickard v. Filburn* la Corte Suprema stabilì che i poteri di regolazione del commercio, previsti per il Congresso dall'articolo 1 della Costituzione, ricomprendono anche il potere di regolare il consumo di grano coltivato in casa, anche

¹⁵⁵ Articolo 6, sezione seconda, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Questa Costituzione, e le leggi degli Stati Uniti che saranno fatte in sua applicazione; e tutti i trattati stipulati o che saranno stipulati sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; e in ciascuno Stato i giudici ne saranno vincolati, senza considerare qualsiasi cosa sia disposta in contrario nella Costituzione o nelle leggi di qualsiasi Stato».

¹⁵⁶ MITCHELL, *Stare decisis and constitutional text*, cit. alla nota 151, pp. 12 ss.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Articolo 6, sezione seconda, cit. alla nota 155.

quando non si verificano vendite o transazioni¹⁵⁹. Molti hanno criticato questa decisione poiché garantisce al Congresso un potere molto ampio sull'economia, che è difficile da riconciliare con il linguaggio limitante della “*Commerce Clause*”¹⁶⁰. Assumendo, meramente per lo scopo dell'analisi, che i giudici in *Wickard* avessero male interpretato lo scopo di questo potere, la Costituzione permetterebbe ad un giudice di confermare la validità della legge federale *Controlled Substances Act* in *Gonzales v. Raich*¹⁶¹ semplicemente invocando *Wickard*? Tra le tre categorie di leggi «supreme» previste dalla “*Supremacy Clause*” dell'articolo 6 della Costituzione si trovano «le leggi degli Stati Uniti che saranno fatte in sua applicazione»: questo significa che le leggi federali sono supreme come la Costituzione se ne rispettano i requisiti. Ma l'espressione «fatte in sua applicazione» è ambigua: può significare che le leggi federali sono supreme solo quando la Corte Suprema le ritiene consistenti con i vincoli costituzionali sostanziali oppure quando una legge supera le procedure del bicameralismo previste dalla Costituzione per l'emanazione di una legge¹⁶². Molti testualisti ritengono la prima ipotesi corretta principalmente perché *Marbury v. Madison* stabilì l'esclusione dalla supremazia degli atti del Congresso che la Corte ritiene incostituzionali; in realtà, vi sono diversi problemi rispetto a questa interpretazione¹⁶³, perciò è possibile per un testualista condividere la seconda ipotesi. Allora, un giudice della Corte testualista deve trovare un metodo per risolvere casi che presentano conflitti tra il significato originale della “suprema” Costituzione e un “supremo” atto del Congresso. Partendo dal presupposto che l'articolo 6 non obbliga la Corte ad invalidare ogni legge federale che contraddice la sua interpretazione della Costituzione, un testualista può ritenere che *Wickard* fosse un errore ma comunque non invalidare la legge in *Reich* mantenendosi fedele alla Costituzione

¹⁵⁹ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 1942.

¹⁶⁰ Articolo 1, sezione ottava, clausola terza della Costituzione degli Stati Uniti: «[Il Congresso avrà il potere:] Di regolare il commercio coi Paesi stranieri, tra gli Stati e con le tribù indiane;

¹⁶¹ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 2005.

¹⁶² MITCHELL, *Stare decisis and constitutional text*, cit. alla nota 151, p. 26 ss.

¹⁶³ Per esempio, la Costituzione stabilisce tre rami coordinati e indipendenti del governo federale ed è difficile conciliare tale struttura costituzionale con una Corte Suprema che eleva categoricamente le sue interpretazioni della Costituzione rispetto alle costruzioni che adottano i suoi rami rivali nell'emanare le leggi federali. Di conseguenza, anche se fosse corretto ritenere che la “*Supremacy Clause*” richieda che le leggi federali si conformino alle disposizioni sostanziali della Costituzione, è difficile accettare l'ulteriore affermazione che le interpretazioni della Corte Suprema di tali disposizioni devono sempre prevalere sulle interpretazioni costituzionali adottate dai rami politici nazionali. Inoltre, altre disposizioni costituzionali rendono difficile dedurre che la Costituzione obblighi i giudici ad invalidare ogni statuto federale incostituzionale che incontrano.

scritta se adotta uno specifico ragionamento: la Costituzione è la legge suprema e deve prevalere su tutto ciò che è stato detto nelle precedenti opinioni, ma allo stesso tempo non obbliga i tribunali ad annullare ogni statuto federale incostituzionale; in primo luogo, l'articolo 6 designa le leggi federali come legge “suprema” e, in secondo luogo, questi atti del Congresso rappresentano le interpretazioni costituzionali di un altro ramo. Dovrebbe, quindi, decidere quale di queste leggi “supreme” deve prevalere nel determinato caso: a questo punto, la dottrina dello *stare decisis* fornisce un mezzo costituzionalmente ammissibile e pubblicamente accettabile per dirimere questa situazione di stallo. Se il giudice ritenesse che revocare *Wickard* destabilizzerebbe la legge e minerebbe gli interessi di affidamento, sceglierà di applicare la legge federale “suprema” e, cioè, l'interpretazione della “*Commerce Clause*” adottata dai rami politici nazionali, e non il significato originario altrettanto “supremo” della “*Commerce Clause*”. Un giudice testualista può, quindi, invocare lo *stare decisis* per sostenere uno statuto federale, anche contrastante con il significato originario della Costituzione, senza violare i suoi impegni interpretativi¹⁶⁴. Questa teoria crea dei problemi solo per coloro che presumono che la Costituzione obblighi i giudici a subordinare gli atti del Congresso alle loro interpretazioni costituzionali. Infatti, questa razionalizzazione dello *stare decisis* crea una certa tensione con *Marbury*, che presumeva che le interpretazioni della Corte Suprema della Costituzione dovessero prevalere su un atto contrario del Congresso; ma questo non pregiudica la legalità dello *stare decisis*: in primo luogo, sebbene i giudici debbano obbedire alla Costituzione scritta, non sono obbligati a seguire l'interpretazione che le appongono poiché le opinioni della Corte Suprema non sono elencate tra le leggi “supreme” e la Corte ha sempre mantenuto la prerogativa di modificare o annullare le sue precedenti pronunce; secondariamente, lo scopo del potere di *Marbury* rimane in continuo mutamento e i giudici sono costantemente in discussione sulla portata del loro potere di invalidare leggi federali incostituzionali.

2.3. *L'influenza dello stare decisis sul voto dei giudici.*

Nonostante le difficoltà di riconciliazione con il testo costituzionale, la dottrina dello *stare decisis* è il principio fondamentale su cui si basa il processo decisionale dei

¹⁶⁴ MITCHELL, *Stare decisis and constitutional text*, cit. alla nota 162.

giudici. Allora, oltre gli argomenti normativi, è possibile porsi una domanda empirica: i giudici sono influenzati dai precedenti nel raggiungere la loro decisione sul merito di un caso? Nonostante nessuno oggi possa sostenere che i fattori legali, in particolare i precedenti, siano tutto ciò che influenza le decisioni della Corte Suprema, questi hanno ancora un importante impatto¹⁶⁵.

È possibile sostenere che, data la posizione di vertice e dato che nei casi che raggiungono la Corte i fattori legali (come il testo, l'intento, i precedenti) siano tipicamente ambigui, i giudici della Corte Suprema siano liberi di raggiungere le decisioni basandosi sulle loro preferenze personali di *policy*¹⁶⁶. Nonostante ciò, però, i giudici applicano una serie di canoni interpretativi e di principi che li guidano nell'interpretazione della Costituzione, delle leggi e dei precedenti.

Per analizzare l'impatto a livello della Corte Suprema, in particolare, dei precedenti, è necessario prima definire cosa si intende con "precedente". Edward Levi descriveva il processo in questi termini: «la somiglianza è vista tra i casi; successivamente, si annuncia la regola di diritto inerente al primo caso; quindi, la regola di diritto viene resa applicabile al secondo caso. [...] La portata di una regola di diritto, e quindi il suo significato, dipende dalla determinazione di quali fatti saranno considerati simili a quelli presenti quando la norma è stata annunciata per la prima volta. L'individuazione della somiglianza o della differenza è il passaggio chiave nel processo legale»¹⁶⁷. In altre parole, i giudici impostano dei limiti in uno spazio determinato di fatti e applicano quei limiti a casi successivi. Ma non è sempre facile determinare se i limiti sono stati superati: per esempio, la decisione che una deviazione del 3,1% dall'uguaglianza distrettuale viola la Costituzione¹⁶⁸, implica necessariamente che anche una deviazione del 5% viola la Costituzione; ma una tale decisione non risponde alla domanda se una deviazione del 2,4% sia costituzionale¹⁶⁹.

Inoltre, anche supponendo che un precedente si applichi ad un determinato caso, questo non significa necessariamente che i giudici siano effettivamente influenzati da quel precedente. Il problema nel determinare l'influenza del precedente è che in molti

¹⁶⁵ SEGAL J. A. & SPAETH H. J., *The Influence of Stare Decisis on the Votes of United States Supreme Court Justices*, in *American Journal of Political Science*, vol. 40, n. 4, 1996, p. 973.

¹⁶⁶ SEGAL J. A. & SPAETH H. J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York, 1993.

¹⁶⁷ LEVI E. H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, 1949, pp. 1 ss.

¹⁶⁸ *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526, 1969.

¹⁶⁹ *White v. Weiser*, 412 U.S. 783, 1973.

casi il processo decisionale della Corte Suprema apparirà esattamente uguale sia che i giudici abbiano aderito al precedente sia che non lo abbiano fatto. Infatti, anche in un sistema senza *stare decisis* il giudice Blackmun avrebbe continuato a supportare i diritti di aborto mentre il giudice Scalia avrebbe continuato a supportare la pena di morte: quando le passate preferenze e i precedenti sono gli stessi non è significativo analizzare le decisioni come se fossero determinate da un precedente. Perché sia influente su una decisione, un precedente deve raggiungere un risultato che non sarebbe stato altrimenti ottenuto¹⁷⁰.

Questo non significa che il precedente non potrebbe avere altre influenze: per esempio, viene utilizzato per rafforzare la legittimità dei tribunali come organi giudicanti¹⁷¹, influenza i tribunali inferiori a rispettare una decisione di un tribunale superiore (c.d. *stare decisis* verticale)¹⁷², sostiene i voti dei giudici che altrimenti potrebbero allontanarsi dalle sentenze che un tempo apprezzavano, influenza i giudici che si presentano alla Corte dopo che un caso storico è stato deciso. Sfortunatamente, in questi casi semplicemente non sappiamo se le “preferenze” dei giudici differiscono dal precedente in questione.

Quando prendono una decisione storica, i giudici per qualsiasi motivo votano in un modo o nell'altro. Questi voti rappresentano le loro preferenze di risultato o, nel linguaggio degli economisti, “preferenze rivelate”¹⁷³. Queste potrebbero plausibilmente essere basate su innumerevoli fattori, inclusa la lettura del giudice del testo o dell'intento oppure i suoi valori. Le decisioni storiche in genere impongono anche test o *standard* da seguire nei casi futuri che trattano lo stesso problema. Ad esempio, in *Schenck v. United States*, la Corte stabilì la regola del “pericolo chiaro e presente”¹⁷⁴. Altre volte, questi casi

¹⁷⁰ Come sottolineato dal giudice Jerome Frank in *United States v. Shaughnessy*, 234 F. 2d 715, 1955: «Lo *stare decisis* non è significativo quando significa semplicemente che un tribunale aderisce ad un precedente che considera corretto. È significativo solo quando un tribunale si sente costretto ad attenersi ad una precedente sentenza, sebbene il tribunale sia arrivato a considerarla imprudente o ingiusta».

¹⁷¹ SHAPIRO M., *Toward a theory of Stare Decisis*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 125 ss.

¹⁷² SONGER D. R., SEGAL J. A. & CAMERON C. M., *The Hierarchy of justice: testing a principal-agent model of Supreme Court-Circuit Court interactions*, in *American Journal of Political Science*, vol. 38, 1994, pp. 673 ss.

¹⁷³ SEGAL & SPAETH, *The Influence of Stare Decisis*, cit. alla nota 165, p. 975.

¹⁷⁴ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919. Articolando per la prima volta il “test del pericolo chiaro e presente”, il giudice Holmes ha concluso che il Primo Emendamento non protegge il discorso che crea un pericolo chiaro e presente di un male significativo che il Congresso ha il potere di prevenire. Notoriamente, ha paragonato la diffusione dei volantini (coinvolti nel caso) al gridare falsamente “Fuoco!” in un teatro affollato, cosa non consentita dal Primo Emendamento.

stabiliscono semplicemente una regola da seguire: in *Brown v. Board of Education*, la Corte ha stabilito che scuole separate ma uguali erano intrinsecamente disuguali senza stabilire uno standard da seguire nei casi futuri¹⁷⁵. Spesso fanno entrambe le cose: in *Roe v. Wade*, la Corte ha limitato la regolamentazione statale dell'aborto e ha stabilito uno *standard* di interesse impellente per i casi futuri¹⁷⁶. Quando casi futuri simili vengono decisi, è impossibile distinguere se i giudici nella maggioranza originale, che aderiscono alla loro stessa posizione, stiano seguendo il precedente o la loro originale “preferenza rivelata” o una combinazione dei due. Ma si può testare il precedente rispetto a quei giudici che erano nella minoranza: se successivamente adottassero la posizione della maggioranza, potrebbero averlo fatto per rispetto dello *stare decisis* e in questo caso si può dire che il precedente abbia dominato rispetto alla loro posizione di partenza; se, invece, continuassero ad opporsi alla decisione presa nel caso originale, allora è chiaro che quel precedente non è stato sufficiente per far loro cambiare opinione.

Esempi di giudici che hanno cambiato il loro voto in risposta alla dottrina dello *stare decisis* esistono. In *Griswold v. Connecticut*, Stewart respinse la creazione di un diritto alla privacy e la sua applicazione alle persone sposate¹⁷⁷; eppure in *Eisenstadt v. Baird* accettò il diritto alla privacy di *Griswold* e fu persino disposto ad applicarlo a persone non sposate¹⁷⁸. Il giudice White dissentì quando la Corte stabilì le protezioni del Primo Emendamento per il discorso commerciale¹⁷⁹; da allora in poi, invece, sostenne tale decisione¹⁸⁰. E mentre il giudice Rehnquist inizialmente dissentì nei casi relativi ad esclusioni dalla giuria¹⁸¹, poi concordò in *Georgia v. McCollum*, fornendo un esempio esplicito e per eccellenza di cosa significhi essere vincolato dal precedente: «Ero in dissenso in *Edmonson* e continuo a credere che il caso sia stato deciso in modo errato.

¹⁷⁵ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954. Al riguardo, vedi capitolo II, paragrafo 7.

¹⁷⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973. Al riguardo, vedi capitolo II paragrafo 8.4.

¹⁷⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965. Secondo la maggioranza, un diritto alla privacy può essere dedotto da diversi emendamenti del *Bill of Rights* e questo diritto impedisce agli Stati di rendere illegale l'uso della contraccezione in una coppia sposata.

¹⁷⁸ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972. La Corte Suprema concluse che una distinzione tra coppie sposate e non sposate non era costituzionale relativamente al diritto alla contraccezione.

¹⁷⁹ *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809, 1975. In questa occasione, la maggioranza invalidò una legge dello Stato della Virginia stabilendo che anche il discorso commerciale è protetto dal Primo Emendamento.

¹⁸⁰ Vedi *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748, 1976; *Bates v. Arizona State Bar*, 433 U.S. 350, 1977.

¹⁸¹ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 1986 (che stabilisce che la discriminazione razziale nella selezione dei giurati è incostituzionale); *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 1991 (che non permette di escludere giurati di colore in un caso civile).

Ma finché rimane la legge, credo che controlli la disposizione di questo caso. [...] Mi associo quindi al parere della Corte»¹⁸². La domanda, quindi, non è se i precedenti influenzino le decisioni dei giudici, perché la risposta è sicuramente un sì; la domanda è se tale comportamento esista a livelli sistematici e sostanzialmente significativi.

In una ricerca del 1996, a partire dalla Corte del *Chief Justice* Warren nel 1953, si possono notare alcuni risultati interessanti¹⁸³. Secondo questi dati, il 90,8% dei voti sono stati conformi alle “preferenze rivelate” dei giudici e solo il 9,2% delle volte un giudice ha cambiato opinione, basandosi sul precedente di una decisione storica.

3. Le dottrine che costituiscono ostacoli processuali all'analisi del merito delle parti.

3.1. Il ruolo del diritto processuale.

Al centro di ogni democrazia liberale c'è l'impegno per la garanzia di un'ampia gamma di diritti individuali e il riconoscimento e l'evoluzione di questi diritti è un argomento vivace nel dibattito pubblico. Al contrario, il diritto processuale non è solitamente al centro dell'attenzione. Ma la procedura è rilevante per molti scopi: quello forse essenziale è fornire un metodo adattabile attraverso il quale il diritto sostanziale possa essere esaminato in azione e adattato al contesto sociale in continuo mutamento, promuovendo così l'evoluzione del diritto sostanziale. Eppure, la procedura è diventata sempre più formalistica: elevando la forma sulla sostanza, la procedura moderna spesso impedisce lo sviluppo del diritto sostanziale. Questo fenomeno è visibile nelle aule dei tribunali così come nelle riforme procedurali.

Senza un sistema procedurale efficace, i diritti individuali esistono solo in astratto: senza processo non ci sono diritti. Infatti, se i diritti non possono essere fatti valere allora non esistono; e in un sistema di democrazia liberale, l'applicazione richiede un sistema procedurale. Una giusta procedura, in breve, è una condizione necessaria per un sistema di giustizia liberale.

¹⁸² *Georgia v. McCollum*, 505 U.S. 42, 1992. La Corte Suprema concluse che l'esercizio di “impugnazioni perentorie” in maniera da discriminare in base alla non solo viola i diritti dei potenziali giurati, ma mina anche l'integrità del sistema giudiziario.

¹⁸³ SEGAL & SPAETH, *The Influence of Stare Decisis*, cit. alla nota 165, pp. 982 ss.

La maggior parte della storia delle riforme procedurali coinvolge una tensione tra il formalismo, cioè il bisogno di regole, e il pragmatismo, cioè il bisogno di una flessibilità funzionale. Il 1848 e il 1983 furono anni storici nella storia della legge procedurale americana: la prima data è l'anno dell'avvento del “*code pleading*”, mentre la seconda è l'anno di introduzione delle *Federal Rules of Civil Procedure*. L'obiettivo di entrambe le riforme fu creare un sistema di procedura che fosse sia efficiente sia strumentale alla rivendicazione dei diritti sostanziali¹⁸⁴. La difficoltà incontrata dalle riforme, tuttavia, fu la necessità di imporre regole e, allo stesso tempo, mantenere un approccio pragmatico ma di principi nell'applicazione di tali regole. I sistemi basati su regole, tuttavia, tendono a spostarsi verso interpretazioni formalistiche e ad allontanarsi dalla desiderata flessibilità pragmatica. Così, le regole del “*code pleading*” arrivarono a dominare rispetto agli obiettivi di quel sistema, e lo stesso sta accadendo al sistema procedurale federale, che è composto da regole federali sempre più precise e da un difficile corpo di dottrina creata dai giudici¹⁸⁵.

Il padre delle *Federal Rules of Civil Procedure*, Charles E. Clark, pensava che la procedura avrebbe dovuto servire la giusta ed efficiente rivendicazione ed elaborazione dei diritti sostanziali¹⁸⁶. Secondo la sua visione, non avremmo più dovuto vedere il diritto sostanziale «attraverso l'involucro delle sue forme tecniche» o come se fosse stato «segreto negli interstizi del procedimento», bensì avremmo dovuto assegnare al diritto sostanziale un posto di primarietà e intendere il diritto procedurale come il mezzo attraverso cui il diritto sostanziale è creato e applicato¹⁸⁷. Nelle parole di Clark, la procedura dovrebbe essere e rimanere nient'altro che la «modesta ancella della giustizia»¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Anche i sistemi procedurali precedenti alle riforme riflettevano una tensione tra il formalismo e il pragmatismo. I formalisti tendevano ad essere difensori dello *status quo*, mentre i pragmatisti erano sostenitori del cambiamento e credevano che un approccio meno formalistico alla procedura avrebbe promosso l'evoluzione del diritto sostanziale. I primi codici offrirono un sistema procedurale pragmatico che, nonostante fosse strutturato, lo era significativamente meno del sistema di *common law* che andava sostituendo. E le *Federal Rules of Civil Procedure* miravano a fare lo stesso in risposta ai codici, che alcuni riformatori del Ventesimo secolo pensavano fossero diventati eccessivamente formalisti.

¹⁸⁵ GROSSI S., *The Courts and the People in a Democratic System: Against Federal Court Exceptionalism*, in *Notre Dame Law Review Online*, vol. 92, 2016, p. 108.

¹⁸⁶ CLARK C. E., *The Handmaid of Justice*, in *Washington University Law Quarterly*, vol. 23, 1938, p. 297. Talvolta, Clark si riferiva al diritto procedurale come “*adjective law*”, cioè “diritto aggiunto”.

¹⁸⁷ SUMNER MAINE H. J., *Dissertations on early law and custom: chiefly selected from lecturers delivered at Oxford*, New York, 1883, p. 389.

¹⁸⁸ CLARK, *The Handmaid of Justice*, cit. alla nota 186.

Poco dopo l'adozione delle *Federal Rules*, Henry Hart e Herbert Wechsler arricchirono l'analisi del processo legale con un principio strutturale che poneva una variante del federalismo e della separazione dei poteri come potente controllo e freno del diritto delle corti federali¹⁸⁹. Questa divenne la prospettiva dominante della pratica federale, al punto da mettere in secondo piano l'analisi della “*claim*”, la creazione e l'applicazione dei diritti sostanziali e, infine, lo sviluppo del diritto sostanziale; il potere di *judicial review* era considerato sospetto. Il lavoro di Hart e Wechsler ha influenzato generazioni di giudici e avvocati, inclusi molti, se non tutti, i giudici della Corte Suprema in carica, e ha contribuito a creare un corpo di leggi che ha rivestito la «modesta ancella della giustizia» con spesse vesti, a più strati, di dottrina sempre più oscura¹⁹⁰. Questa enfasi sui principi del federalismo e della separazione dei poteri va a scapito della “*claim*” e, di fatto, vanifica l'applicazione dei diritti e del sistema federale nel suo insieme.

Seguendo la guida di Hart e Wechsler, i tribunali federali sono attualmente trattati come istituzioni eccezionali, la cui missione è quella di proteggere una struttura costituzionale sempre più complessa. Questo eccezionalismo contrasta nettamente con la filosofia che animava le originarie *Federal Rules* e che informa la fondamentale missione giudiziaria di risoluzione delle controversie. Inoltre, ha contribuito a trasformare la magistratura federale in una burocrazia indipendente, iperprotettiva del suo carico di lavoro e della sua reputazione elitaria. Pertanto, non sorprende che la gestione dei fascicoli sia spesso protagonista nella moderna pratica giudiziaria federale¹⁹¹. Liberarsi dei fascicoli per precludere lo sviluppo dei diritti sostanziali ed evitare il costo della “*discovery*” è diventato un obiettivo del diritto procedurale federale, mentre promuove attivamente la risoluzione alternativa delle controversie¹⁹² e la risoluzione preliminare¹⁹³. Infatti, molte dottrine procedurali federali sono state affette da questa nuova filosofia: un approccio meticoloso alla gestione dei fascicoli ha leso lo stato di diritto e l'interesse pubblico alla rivendicazione dei principi costituzionali. Ha anche reso la risoluzione delle

¹⁸⁹ HART JR. H. M. & WECHSLER H., *The federal courts and the federal system*, 7th ed., New York, 2015. Nella loro opera, furono influenzati da Felix Frankfurter. Al riguardo, MCMANAMON M. B., *Felix Frankfurter: The Architect of “Our Federalism”*, in *Georgia Law Review*, vol. 27, 1993, pp. 768 ss.

¹⁹⁰ GROSSI, *The Courts and the People in a Democratic System*, cit. alla nota 185, p. 109.

¹⁹¹ Vedi RESNIK J., *Managerial Judges*, in *Havard Law Review*, vol. 96, 1982, pp. 374 ss.

¹⁹² Vedi RESNIK J., *Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*, in *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, pp. 2804 ss.

¹⁹³ FISS O. M., *Against settlement*, in *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, pp. 1073 ss.

controversie federali inutilmente complicata, ossessivamente preoccupata per le formalità e, in definitiva, meno produttiva¹⁹⁴.

Charles Clark intendeva le corti come uno degli strumenti attraverso il quale una democrazia tenta di funzionare, non come un'istituzione sacra né come un nemico al progresso¹⁹⁵. Perciò, la procedura dovrebbe esistere per assistere le corti e il pubblico nella risoluzione di dispute legali. La procedura, quindi, dovrebbe essere flessibile e sufficientemente adattabile per andare incontro alle esigenze delle parti litiganti: questo permetterebbe di raggiungere l'obiettivo di «assicurare la determinazione giusta, rapida ed economica di ogni causa»¹⁹⁶. Clark credeva che nell'interpretazione e applicazione di regole e precedenti, i giudici e gli avvocati dovessero usare la loro saggezza, la loro conoscenza e le loro migliori pratiche¹⁹⁷; le sue *Federal Rules*, quindi, erano state pensate per consentire loro di farlo, attribuendo alla “*claim*”¹⁹⁸ e all'esecuzione dei diritti un posto di primato all'interno del sistema processuale.

In un'ottica di diritto costituzionale, l'individuo è l'unico attore nello schema costituzionale più bisognoso di un foro giudiziario. Il popolo collettivo ha voce in capitolo nell'elezione dei suoi rappresentanti, compreso il Presidente; sia il Congresso sia il Presidente hanno gli strumenti per difendere le proprie prerogative costituzionali; e gli Stati hanno una voce significativa all'interno del Congresso, in particolare al Senato. Di conseguenza, solo l'individuo è escluso da questi “*check and balances*” strutturali. La voce costituzionale di un individuo viene ascoltata, o almeno dovrebbe, quando l'individuo stesso presenta la sua “*claim*” nel sistema giudiziario.

¹⁹⁴ GROSSI, *The Courts and the People in a Democratic System*, cit. alla nota 185, p. 110.

¹⁹⁵ CLARK C. E., *The Courts and the People*, in *Locomotive Engineers Journal*, vol. 57, 1923, pp. 626 ss.

¹⁹⁶ Federal Rules of Civil Procedure 1: «*These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding*».

¹⁹⁷ Clark si riferiva a queste doti con le espressioni “*natural lawyering*” e “*natural judging*”. Per una spiegazione di questi concetti, CLARK C. E., *Pleading under the Federal Rules*, in *Wyoming Law Journal*, vol. 12, 1958, pp. 183 ss.

¹⁹⁸ Clark descrisse la “*claim*” come «un gruppo di fatti operativi che danno origine ad uno o più diritti di azione (“*rights of action*”)». Quindi, una “*claim*” era intesa come una narrativa non tecnica guidata dai fatti, indicativa di una teoria giuridica che darebbe diritto ad un rimedio per l'attore e che sarebbe generatrice della causa legale.

3.2. La dottrina dello “standing”.

Come esposto in precedenza¹⁹⁹, la dottrina dello “standing” governa il potere delle corti federali di ascoltare «casi e controversie» ai sensi dell’articolo 3, sezione seconda della Costituzione. Gli elementi chiave di questa dottrina sono stati descritti dalla Corte Suprema in *Lujan v. Defenders of Wildlife*: «nel corso degli anni, le nostre decisioni hanno stabilito che l'irriducibile minimo costituzionale dello “standing” contiene tre elementi. In primo luogo, l'attore deve aver subito una “lesione di fatto” – un'invasione di un interesse legalmente tutelato che è (a) concreto e particolareggiato; e (b) “reale o imminente, non congetturale o ipotetico”. In secondo luogo, deve esistere un nesso di causalità tra il danno e il comportamento lamentato – il danno deve essere “giustamente (...) riconducibile all'azione impugnata del convenuto, e non (...) il risultato di un’azione indipendente di una terza parte non dinanzi al tribunale.” Terzo, deve essere “probabile”, e non semplicemente “speculativo”, che il danno venga “riparato con una decisione favorevole”»²⁰⁰.

La teoria della Corte in *Lujan* è così dettagliata che dà la possibilità di trovare molti modi per minare gli sforzi di un querelante nello stabilire il suo “standing”. La teoria è nota per la produzione di decisioni poco chiare e scarsamente supportate da un’analisi legale²⁰¹. Inoltre, questa nozione non è supportata dal testo o dall'interpretazione originale dell'articolo 3. Peraltro, osservando le componenti fondamentali dello “standing” (pregiudizio, causalità e riparabilità) si può notare che queste si limitano a definire le componenti generali di una “claim”, nel senso di una

¹⁹⁹ Vedi capitolo II, paragrafo 8.2.

²⁰⁰ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 1992. L'*Endangered Species Act* del 1973 richiedeva alle agenzie federali di consultarsi con il Segretario degli Interni per garantire che qualsiasi azione autorizzata non mettesse a repentaglio le specie in via di estinzione o minacciate o distruggesse in modo critico gli habitat naturali. Un emendamento del 1986 alla legge ne limitò la portata alle azioni negli Stati Uniti o in alto mare. *Defenders of Wildlife* e altre organizzazioni dedicate alla conservazione della fauna selvatica intentarono un'azione chiedendo un giudizio che riconoscesse che il nuovo emendamento stesse commettendo un errore prevedendo un limite geografico alla legge originale. La Corte Suprema concluse che le organizzazioni non avessero sufficiente “standing”: anche se la Corte avesse presunto che i progetti finanziati dall'agenzia fossero una minaccia per le specie elencate, non vi era alcuna prova che queste azioni avrebbero prodotto danni “reali o imminenti” a determinate parti che un giorno potrebbero desiderare di visitare i Paesi stranieri in questione. La Corte ha ignorato la teoria proposta del “nesso di ecosistema” secondo la quale qualsiasi persona che ha utilizzato qualsiasi parte di un “ecosistema contiguo” danneggiato da un'attività finanziata avrebbe avuto diritto a citare in giudizio.

²⁰¹ GROSSI, *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 136, p. 92.

combinazione di fatti operativi che danno origine a uno o più diritti di azione (“*rights of action*”).

Nonostante ciò, non è così semplice come può sembrare, in particolare per quanto riguarda il requisito del danno. In parte, questo è dovuto al fatto che la Corte ha ribadito di risolvere lo “*standing*” caso per caso, pur avendo i principi generali in sottofondo. Questo significa che vi saranno casi che non sembrano seguire l’analisi dottrinale tradizionale.

Per esempio, *Clapper v. Amnesty International* è uno di questi²⁰². In questa occasione, le parti attrici chiedeva un giudizio che dichiarasse il *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) incostituzionale. Questa legge creava nuove procedure per autorizzare segretamente la sorveglianza elettronica governativa sulle comunicazioni tra individui non americani e al di fuori degli Stati Uniti e individui all’interno degli Stati Uniti, per scopi di *intelligence* straniera. Gli attori nella controversia comprendevano avvocati rappresentanti di individui detenuti a Cuba o che erano stati trattenuti dalla CIA, le cui conversazioni con i propri avvocati avrebbero potuto essere intercettate ai sensi delle disposizioni contenute nel FISA. La causa fu intentata il giorno in cui il FISA diventò legge. La corte distrettuale respinse il caso per mancanza di “*standing*”, poiché le parti non avevano ancora subito alcun danno: avevano solo un astratto timore soggettivo di essere controllati. La Corte di appello non condivise la decisione e concluse che le parti avessero sufficiente “*standing*” basandosi su un ragionevole timore di essere danneggiati per via delle possibili intercettazioni in futuro e sui costi sostenuti per evitare quel danno. Infine, la Corte Suprema annullò questa decisione, con un voto di cinque giudici contro quattro, concludendo che per far sì che un “danno minacciato” possa qualificarsi come sufficiente per lo “*standing*”, non è sufficiente che vi sia un “possibilità ragionevolmente oggettiva” che quel danno si verifichi. Invece, è necessario che le parti dimostrino che il danno minacciato sia “certamente imminente”²⁰³. In questo caso, non vi era questa certezza che i danni sarebbero mai avvenuti²⁰⁴. Inoltre, la Corte rifiutò di

²⁰² *Clapper v. Amnesty International USA*, 568 U.S. 398, 2013.

²⁰³ L’espressione “certamente imminente” era già apparsa in opinioni precedenti, ma non era stata necessariamente intesa come “imminente con certezza”; il termine “certezza” potrebbe semplicemente significare “decisamente” o “almeno”.

²⁰⁴ Il giudice Stephen G. Breyer dissentì, sostenendo che il futuro danno alle parti non fosse speculativo e quindi avrebbe dovuto essere sufficiente per stabilire lo “*standing*”. Infatti, “certezza” potrebbe significare “probabilità ragionevole”. Poiché vi era un’alta probabilità che il governo avrebbe

riconoscere un pregiudizio attuale derivante dalla scelta delle parti di adottare misure costose per proteggere le loro comunicazioni riservate.

In ogni caso, lo *standard* del “certamente imminente” fu significativamente allentato in *Susan B. Anthony List v. Driehaus*, in cui la Corte stabilì che «un’asserzione di un danno futuro può essere sufficiente se il danno minacciato è “certamente imminente” oppure se vi è un “rischio sostanziale” che si verifichi il danno»²⁰⁵. La soglia del danno di fatto per un possibile rimedio non sarebbe soddisfatta se un tribunale ritenesse che le possibilità che si verifichi un tale danno siano troppo teoriche o remote. Di conseguenza, *Susan B. Anthony* ha offerto una soglia più indulgente per lo “*standing*” rispetto al test più rigoroso di *Clapper*, che probabilmente consentirebbe di trovare sufficiente “*standing*” anche dove sarebbe assente ai sensi di *Clapper*²⁰⁶.

Indipendentemente dalla scelta tra lo standard in *Clapper* o in *Susan B. Anthony*, l’insistenza della Corte sul “pregiudizio concreto e particolareggiato” per supportare lo “*standing*” ha dimostrato quanto sia importante questo requisito per la dottrina della giustiziabilità e all’art. 3 della Costituzione.

Tale insistenza, tuttavia, è difficile da conciliare con i c.d. cacciatori di taglie o pratica del “*qui-tam*”²⁰⁷. La Corte Suprema in *Lujan* riconobbe, tra altre situazioni eccezionali, che lo “*standing*” dell’articolo 3 esisterebbe nel «caso insolito in cui il Congresso abbia creato un interesse privato concreto nell’esito di una causa contro una parte privata a beneficio del governo, fornendo una “taglia” in denaro per l’attore

intercettato almeno alcune delle comunicazioni delle parti, questi avrebbero rispettato un tale *standard*. La giudice Ruth Bader Ginsburg, la giudice Sonia Sotomayor e la giudice Elena Kagan si unirono al dissenso.

²⁰⁵ *Susan B. Anthony List v. Driehaus*, 573 U.S. 149, 2014. Prima delle elezioni generali del 2010, Susan B. Anthony List (SBA List), un’organizzazione pro-vita senza scopo di lucro, annunciò l’intenzione di esporre un cartellone pubblicitario nel distretto dell’allora membro del Congresso Steven Driehaus. Il cartellone pubblicitario previsto avrebbe affermato che il voto di Driehaus a favore dell’*Affordable Care Act* equivaleva ad un voto a favore dell’aborto finanziato dai contribuenti. Citando minacce di azione legale da parte dell’avvocato di Driehaus, la società proprietaria dello spazio per le affissioni si rifiutò di affiggere l’annuncio. Driehaus presentò un reclamo alla Commissione elettorale dell’Ohio sostenendo che l’SBA List aveva violato le leggi della campagna elettorale dell’Ohio facendo false dichiarazioni sul suo voto. L’SBA List intentò un’azione dinanzi al tribunale distrettuale federale sostenendo che gli statuti dell’Ohio violavano i suoi diritti alla libertà di parola e di associazione ai sensi del Primo Emendamento. Driehaus ritirò il suo reclamo dopo aver perso la sua candidatura per la rielezione e successivamente essersi trasferito in Swaziland per un incarico. Il tribunale distrettuale respinse la causa di SBA List per mancanza di “*standing*” e “*ripeness*” e la Corte d’appello confermò la decisione.

²⁰⁶ GROSSI, *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 136, p. 93.

²⁰⁷ Il Congresso (o un legislatore statale) può delegare i privati cittadini ad intraprendere azioni per suo conto, premiandoli con una “taglia” o con la promessa di una quota dell’eventuale somma recuperata, in modo che serva come incentivo e che procuri loro artificialmente un danno particolare che altrimenti mancherebbe.

vincente»²⁰⁸. La Corte riaffermò esplicitamente questo ragionamento in *Vermont Agency of Natural Resources v. U.S. ex rel. Stevens*, ritenendo che un individuo che intenta causa in base a una legge che prevede una “taglia”, come la disposizione “*qui tam*” del *False Claims Act*, abbia sufficiente “*standing*” ai sensi dell'articolo 3²⁰⁹. La Corte argomentò che il governo subisce un danno conoscibile quando viene frodato e che la disposizione “*qui tam*” del *False Claims Act* può essere interpretata come una cessione parziale della richiesta di risarcimento del governo. Pertanto, la Corte, attraverso un'analisi di legittimazione rappresentativa (“*representational standing*”), ritenne il pregiudizio dei ricorrenti sufficiente a sostenere lo “*standing*”. A questo punto, però, alcuni si sono domandati: mentre la presenza di una “taglia” può segnalare la presenza di un interesse, questo prova anche l'esistenza di un danno? In caso affermativo, è così anche quando l'azione non è “*qui tam*”, cioè quando è portata avanti da un privato cittadino per suo conto²¹⁰?

Sembrirebbe logico concludere che il Congresso (o un legislatore statale) non potrebbe soddisfare lo “*standing*” dell'articolo 3 imponendo un dovere e conferendo una “*cause of action*” con relativi danni, poiché ciò che può conferire lo “*standing*” in capo ad una parte è solo un pregiudizio particolareggiato e personale dell'individuo, cioè che distingue quell'individuo dai cittadini in generale. Allora, la prospettiva di una “taglia” in contanti non può sostituire la lesione nei tribunali federali; è piuttosto interessante, quindi, vedere come la Corte possa approvare la prospettiva della “taglia” in contanti come un'eccezione al tradizionale test tripartito dello “*standing*”, e tuttavia ritenere che lo *standard* della “ragionevole probabilità oggettiva” di pregiudizio che consenta alle parti «di stabilire la legittimazione ad agire attraverso l'affermazione di subire lesioni attuali

²⁰⁸ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, cit. alla nota 200.

²⁰⁹ *Vermont Agency of Natural Resources v. U.S. ex rel. Stevens*, 529 U.S. 765, 2000. Jonathan Stevens, un ex avvocato dell'Agenzia delle risorse naturali del Vermont, intentò una causa contro il suo ex datore di lavoro, l'agenzia, sostenendo di aver presentato false affermazioni all'Agenzia per la protezione ambientale (EPA) per indurre l'EPA ad erogare più sovvenzioni di quanto avesse diritto a ricevere. Stevens intentò la causa ai sensi del *False Claims Act* (FCA), che prevede che un privato possa intentare un'azione civile “*qui tam*” «in nome del governo federale», contro «qualsiasi persona che presenta consapevolmente al governo una richiesta di pagamento falsa o fraudolenta». Lo Stato del Vermont chiese di rigettare la causa, sostenendo che uno Stato o un'agenzia statale non è una «persona» soggetta a responsabilità ai sensi della FCA e che un'azione “*qui tam*” in un tribunale federale contro uno Stato è vietata dall'Undicesimo Emendamento. Il tribunale distrettuale respinse la mozione. Il Vermont, quindi, presentò appello. Successivamente, il tribunale sospese il procedimento e gli Stati Uniti intervennero in appello a sostegno di Stevens. La Corte d'appello affermò la decisione della corte distrettuale.

²¹⁰ GROSSI, *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 136, p. 94.

sulla base del timore di una condotta illecita, purché tale timore non sia fantasioso, paranoico o altrimenti irragionevole, annacqui in modo improprio i requisiti fondamentali dell'articolo 3»²¹¹.

In *United States ex. rel. Marcus v. Hess*, la Corte ammise che, nell'ambito del *False Claims Act* e delle azioni “*qui tam*”, «uno dei mezzi per prevenire le frodi al Tesoro è quello di rendere gli autori degli stessi responsabili nei confronti di azioni di privati che agiscono (...) sotto il forte stimolo della cattiva volontà personale o della speranza di guadagno»²¹².

Peraltro, in *United States v. Windsor*²¹³, la Corte ha abbassato lo *standard* per lo “*standing*” da pregiudizio “certamente imminente” a “interesse” perché «se questa Corte ritenesse che queste regole le richiedano di archiviare il caso, e, di conseguenza, che la Corte d'appello abbia commesso un errore nel non respingerlo, ne deriverebbe un ampio contenzioso. I tribunali distrettuali di 94 distretti in tutta la Nazione sarebbero privi di una guida fornita dal precedente non solo nelle cause di rimborso delle tasse ma anche in quelle che coinvolgono il DOMA, che coinvolge oltre 1.000 statuti federali e una miriade di regolamenti federali».

Se considerazioni di praticità e necessità, però, possono giustificare un allentamento dello “*standing*”, il bisogno di proteggere i diritti fondamentali costituzionali non sarebbe una giustificazione ancora maggiore²¹⁴?

²¹¹ *Clapper v. Amnesty International*, cit. alla nota 202.

²¹² *United States ex. rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 57, 1943.

²¹³ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744, 2013. Il *Defense of Marriage Act* (DOMA), emanato nel 1996, afferma che, ai fini del diritto federale, le parole “matrimonio” e “coniuge” si riferiscono alle unioni legali tra un uomo e una donna. Da quel momento, alcuni Stati hanno autorizzato il matrimonio tra persone dello stesso sesso. In altri casi riguardanti il DOMA, i tribunali federali lo hanno dichiarato incostituzionale ai sensi del Quinto Emendamento, ma i tribunali non sono d'accordo sulla logica. Edith Windsor era la vedova e l'unica esecutrice testamentaria dell'eredità della sua defunta coniuge, Thea Clara Spyer, morta nel 2009. Le due si sposarono in Canada nel 2007 e il loro matrimonio fu riconosciuto dalla legge dello Stato di New York. Thea Spyer lasciò la sua proprietà alla coniuge e, poiché il loro matrimonio non era riconosciuto dalla legge federale, il governo impose \$363.000 di tasse. Se il loro matrimonio fosse stato riconosciuto, l'eredità si sarebbe qualificata per un'esenzione matrimoniale e non sarebbero state imposte tasse. Nel 2010 Windsor intentò una causa presso il tribunale distrettuale chiedendo di dichiarare che il DOMA fosse incostituzionale. Il Gruppo consultivo giuridico bipartisan della Camera presentò istanza per intervenire in difesa del DOMA e chiese l'archiviazione del caso. Il tribunale distrettuale respinse la mozione e in seguito ritenne incostituzionale il DOMA. La Corte d'Appello confermò la decisione.

²¹⁴ GROSSI, *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 136, p. 96.

CAPITOLO IV

ANALISI CRITICA DELLE ATTUALI PROPOSTE DI RIFORMA
DELLA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI

1. *La genesi del dibattito sulla riforma della Corte Suprema.*

Come abbiamo già notato più volte, la Corte Suprema ha un ruolo estremamente rilevante nel sistema ordinamentale. Pertanto, è inevitabile che sia generalmente al centro dei dibattiti pubblici del Paese. In particolare, negli ultimi anni, sia i Democratici sia i Repubblicani si sono lamentati del fatto che, durante il processo di nomina dei giudici, i candidati abbiano sistematicamente aggirato le domande relative alle loro filosofie giudiziarie; allo stesso tempo, molti altri ritengono che i candidati non dovrebbero rispondere alle domande che potrebbero essere viste come un modo per pre-impegnarsi a determinare particolari risultati in future controversie.

Le nomine per la Corte, nel tempo, hanno trovato forti opposizioni per una serie di ragioni¹. Per esempio, la nomina di Louis Brandeis da parte del Presidente Woodrow Wilson diede vita ad una opposizione aggressiva, caratterizzata da antisemitismo². La nomina di John J. Parker del Presidente Herbert Hoover fu opposta da gruppi per i diritti civili e organizzazioni lavorative e, infine, fu “sconfitta” almeno in parte perché Parker si era espressamente opposto alla partecipazione degli afroamericani in politica mentre

¹ PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Final Report*, 2021, pp. 13 ss.

² *Roll Call Vote on the Confirmation of Louis Brandeis*, U.S. Capitol Visitor Center, 1916: <https://www.visitthecapitol.gov/exhibitions/timeline/image/roll-call-vote-confirmation-louis-brandeis-1916#top>.

era candidato a Governatore del Nord Carolina³. Quando il Presidente Lyndon Johnson nominò il giudice Thurgood Marshall per essere il primo membro di colore della Corte Suprema⁴, furono molte le domande ostili e razziste dei Senatori a favore della segregazione; molti Senatori votarono contro la sua nomina, altri si astennero⁵. Successivamente, il Senato rifiutò due nomine del Presidente Richard Nixon (G. Harrold Carswell e Clement F. Haynsworth Jr.) per ragioni, tra le altre, relative al loro precedente supporto alla segregazione razziale⁶. Tra le nomine contestate ancora dibattute oggi c'è quella fallita del giudice Robert Bork da parte del Presidente Ronald Regan nel 1987: i sostenitori della nomina ritennero che fu un candidato altamente qualificato che fu soggetto ad una critica partitica ingannevole, poiché le sue visioni furono erroneamente interpretate dai suoi oppositori; al contrario, i difensori del comportamento del Senato in quell'occasione sostennero che Bork ricevette una lunga audizione in cui ebbe l'opportunità di presentare e difendere le sue visioni a lungo e che la sua nomina fallì per dei disaccordi legittimi e fondamentali rispetto alla sua filosofia giudiziaria⁷.

Come vedremo in dettaglio successivamente⁸, in tempi recenti, tre nomine hanno generato un aspro conflitto tra partiti. La prima fu dopo la morte del giudice Antonin Scalia nel febbraio del 2016, quando la maggioranza Repubblicana al Senato rifiutò di considerare la nomina del giudice Merrick Garland da parte del Presidente Obama: i Senatori ritenevano che il successore di Scalia avrebbe dovuto essere nominato dal nuovo Presidente, che sarebbe stato eletto qualche mese dopo; di conseguenza, non ci fu nessuna audizione né voto per il giudice Garland. Dopodiché, il Presidente Trump nominò il giudice Neil Gorsuch per ricoprire il posto vacante. Successivamente, nell'estate del 2018, il giudice della Corte Anthony Kennedy, che secondo molti rappresentava il centro ideologico della Corte, annunciò il suo ritiro. Così il Presidente Trump poté nominare Brett Kavanaugh, che fu confermato dopo udienze controverse e grandi dibattiti in Aula. Quando, poi, la giudice Ruth Bader Ginsburg morì nel settembre 2020, si creò

³ *Senate Rejects Judge John J. Parker for the Supreme Court*, U.S. Senate, 1930: <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/nominations/judge-parker-nomination-rejected.htm>.

⁴ Il giudice Thurgood Marshall fu un pioneristico avvocato di diritti civili, già giudice di Corte d'appello federale e, al tempo della nomina, Procuratore Generale degli Stati Uniti.

⁵ FORD M., *Thurgood Marshall's Patient but Relentless War*, in *The Atlantic*, 6 settembre 2017 (che descrive il processo di conferma del giudice Marshall come un «imbarazzo nazionale»).

⁶ Vedi KALMAN L., *The long reach of the sixties: LBJ, Nixon, and the making of contemporary Supreme Court*, 1st ed., Oxford, 2017, pp. 209 ss.

⁷ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1.

⁸ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.1.

nuovamente un posto vacante nell'anno delle elezioni. Nonostante la maggioranza Repubblicana al Senato, quattro anni prima, si fosse opposta ad una nomina otto mesi prima delle elezioni, nel 2020 confermò la nomina della giudice Amy Coney Barrett da parte del Presidente Trump in ottobre quando il voto per le elezioni presidenziali era già cominciato. In questa occasione, i Senatori Democratici parteciparono alle audizioni della Commissione Giustizia e al voto finale sulla nomina della giudice Barrett, ma molti rifiutarono incontri privati con lei e boicottarono il voto in Commissione per esprimere la loro obiezione al tempo della nomina.

Questi eventi motivano in modo diretto alcuni degli attuali appelli per una riforma della Corte Suprema da parte di coloro che ritengono che i posti prima occupati dai giudici Scalia e Ginsburg siano stati “rubati” dai Repubblicani. Secondo queste critiche, i Repubblicani hanno ottenuto l'attuale dominio conservatore all'interno della Corte ignorando le regole che hanno governato le nomine in passato⁹. In particolare, per quanto riguarda la tentata nomina di Garland, i commentatori enfatizzano il fatto che il rifiuto da parte della maggioranza del Senato di intraprendere qualsiasi azione formale abbia rotto una tradizione storica che iniziò nel Diciannovesimo secolo. Peraltro, i critici sottolineano che l'argomento secondo cui questo rifiuto era motivato dall'evitare una nomina nell'anno delle elezioni sia minato dalla nomina della giudice Barrett proprio prima delle elezioni del 2020¹⁰. I difensori della maggioranza del Senato rispondono osservando che Garland fu nominato quando la Casa Bianca e il Senato erano controllati da diversi partiti politici, mentre la giudice Barrett ricevette la nomina quando entrambe le istituzioni erano controllate dallo stesso partito. Più in generale, sostengono che le azioni della maggioranza al Senato durante queste due occasioni non abbiano violato nessuna norma stabilita o pratica storica: nella storia americana, le maggioranze politiche avrebbero periodicamente rifiutato di considerare delle nomine negli anni delle elezioni o usato la tecnica del “filibustiere”¹¹ per negare la conferma di una nomina ad un Presidente¹².

In effetti, il conflitto tra partiti sulle nomine alla Corte Suprema è sempre esistito nella storia della Nazione, in particolare negli anni delle elezioni. Storicamente, il Senato

⁹ In questo senso, per esempio, CALMES J., *How Republicans have packed the Court for years*, in *Time*, 22 giugno 2021.

¹⁰ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 14 ss.

¹¹ Con “filibustiere” si intendono tutti quegli sforzi per prevenire la messa al voto di una legge al Senato.

¹² PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 15.

ha confermato circa il novanta per cento delle nomine quando il partito del Presidente in carica era al potere e meno del sessanta per cento delle nomine quando il governo era diviso¹³. Inoltre, oltre l'ottanta per cento delle nomine sono confermate quando la nomina avviene nei primi tre anni del mandato presidenziale e solo poco più del cinquanta per cento quando la nomina è nel quarto anno del mandato, cioè l'anno delle elezioni¹⁴. Nonostante ciò, molti concordano che negli ultimi anni il conflitto sia aumentato. La storia del processo di conferma dall'Amministrazione Reagan in poi è stata definita come un «continuo ciclo di *escalation*» di conflitto partitico sulle nomine sia per le corti inferiori sia per la Corte Suprema¹⁵. Questo sarebbe dovuto al fatto che entrambi i partiti diffidano uno dell'altro, pensando che la parte avversaria «giochi sporco e manipolerà le regole a suo vantaggio», facendo sì che la parte al potere sia incentivata a violare le norme nel momento in cui ne ha l'opportunità¹⁶.

La storia recente dei voti di conferma al Senato supporta questa visione di crescente divisione partitica. Per settanta anni, fino 1968, la maggior parte dei giudici è stata confermata con voto per acclamazione. Da quel momento in poi, la votazione per appello nominale è diventata la norma e i voti si sono divisi sempre di più lungo le linee partitiche¹⁷. Questo non significa che negli ultimi cinquanta anni non vi siano state nomine che hanno ricevuto supporto *bipartisan*: alcune di queste (come il giudice Scalia, la giudice Ginsburg e il giudice Breyer) avvennero quando il Senato era controllato dal Partito del Presidente; altre (come il giudice Kennedy¹⁸ e il giudice Souter) quando, invece, la maggioranza del Senato non era allineata con il Presidente. In ogni caso, è innegabile che la tendenza negli ultimi trenta anni sia stata verso un più acuto conflitto¹⁹.

¹³ *Shapiro Ilya's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Wittes Benjamin's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021.

¹⁶ *Ibidem*. Wittes ha riassunto l'attuale situazione in questo modo: «Ognuna delle parti crede, probabilmente a ragione, che l'altra parte farà lo stesso non appena ne avrà l'opportunità. È il classico dilemma del prigioniero e opera seguendo la sua logica».

¹⁷ La giudice Sonia Sotomayor ricevette 68 voti (tutti i Democratici e nove Repubblicani), la giudice Elena Kagan ne ricevette 63 (tutti tranne uno i Democratici e solo cinque Repubblicani), il giudice Gorsuch 54 (tutti i Repubblicani e solo tre Democratici), il giudice Kavanaugh 50 (tutti i Repubblicani e solo uno Democratico) e il giudice Barrett 52 (tutti tranne uno i Repubblicani e nessun Democratico).

¹⁸ Il giudice Kennedy fu confermato all'unanimità nel 1988, anno di elezioni.

¹⁹ Inoltre, come riportato in OVERBY P., *Kavanaugh nomination battle is fought with millions in secret cash*, in *NPR*, 4 ottobre 2018 e in FABIAN J., *Trump-allied groups pour \$30 million into Barrett confirmation in Bloomberg*, 22 ottobre 2020, le battaglie per le conferme delle nomine negli ultimi anni

Le lotte sul processo di nomina sembrano apparire persistenti nel futuro, se non addirittura in via di ulteriore intensificazione: vi è chi sostiene che l'*escalation* degli ultimi anni potrebbe portare fino alle maggioranze del Senato che rifiutano di prendere in considerazione qualsiasi nomina proveniente dal Presidente del partito avversario in ogni momento, non solo nell'anno delle elezioni²⁰. Peraltro, alcuni *leaders* di partito si sono dichiarati pronti a fare uso di questo tipo di tattiche: nel 2021, il *leader* Repubblicano Mitch McConnell ha affermato che, se il suo partito vincessesse le elezioni di metà mandato, lui non si impegnerebbe ad agire su nessuna eventuale nomina per la Corte Suprema da parte del Presidente Biden nel 2023 e che sarebbe ancora più improbabile nel 2024, anno delle elezioni²¹. In realtà, già nel 2007, Chuck Schumer, attuale Senatore Democratico²², dichiarò in un discorso che, per i diciotto mesi rimanenti dell'Amministrazione Bush, «si dovrebbe invertire la presunzione di conferma»: stabilì che la nomina di un “moderato” sarebbe stata una condizione per la conferma, sostenendo che la Corte Suprema fosse «pericolosamente non in equilibrio» e che una nomina di Bush non avrebbe dovuto essere confermata se non in speciali circostanze²³. I difensori delle recenti azioni Repubblicane sfruttano queste dichiarazioni come prova che entrambe le parti si sono impegnate o sarebbero state pronte ad impegnarsi in simili pratiche e, perciò, sostengono che i Repubblicani non possano essere accusati di aver violato nessuna norma stabilita. Al contrario, i critici dell'approccio Repubblicano trovano una distinzione tra le dichiarazioni del Senatore McConnell e del Senatore Schumer: sarebbe improprio che il Senato semplicemente rifiutasse di considerare una nomina di un Presidente, mentre sarebbe appropriato per una maggioranza del Senato chiedere che la nomina sia relativamente moderata²⁴. Chiaramente, cosa significhi “moderata” è spesso materia di forte disaccordo.

hanno dato vita a campagne di “lobbying” molto costose: milioni di dollari furono spesi a favore e contro le nomine dei giudici Kavanaugh e Barrett. Non vi sono molti dubbi sul fatto che le nomine continueranno a innescare costose campagne per plasmare l'opinione pubblica, così da fare pressione sui Senatori indecisi sul loro voto.

²⁰ *Feldman Noah's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021.

²¹ Vedi HULSE C., *McConnell Suggests He Would Block a Biden Nominee for the Supreme Court in 2024*, in *New York Times*, 14 giugno 2021.

²² Chuck Schumer, allora, era membro della *leadership* Democratica al Senato e ora è *leader* della maggioranza al Senato.

²³ SCHUMER C., *Remarks at the American Constitution Society*, 27 luglio 2007.

²⁴ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 17.

Il dibattito sulla riforma della Corte ha un'alta posta in gioco per il ruolo e la struttura unici che ha questa istituzione, non è solo il prodotto di un recente conflitto partitico. La Corte ha a lungo occupato un ruolo centrale e spesso contestato nel dare forma alla vita politica e civica americana; nell'era moderna, le sue decisioni continuano ad avere effetti sia immediati sia a lungo termine sul benessere degli individui e delle comunità in tutto il Paese²⁵: gli interessi del procedimento di nomina sono così alti proprio perché implicano materie di grande interesse pubblico. Peraltro, le controversie relative alla Corte sono intensificate dalla combinazione di «una Corte Suprema molto potente e una Costituzione quasi impossibile da emendare»²⁶; di conseguenza, quando la Corte genera «una tempesta di polemiche, l'unica via pratica per “*overturning*” le decisioni della Corte è stata cambiare i giudici che siedono nella Corte»²⁷. Infine, il fatto che i giudici della Corte Suprema abbiano un mandato a vita aumenta gli interessi in campo.

Gli scienziati politici sono generalmente d'accordo nel riscontrare che il periodo storico dal 1980 ad oggi è stato caratterizzato da una profonda disputa e situazione di stallo tra i partiti, accompagnate da un'intensificazione della polarizzazione politica e sociale²⁸. Questa polarizzazione, però, non è solo una questione di competizione partitica, ma riflette anche una più grande e stabile divisione ideologica tra i due maggiori partiti²⁹. Mentre i partiti diventano veicoli di profondi disaccordi ideologici, la possibilità di un compromesso *bipartisan* e di cooperazione diminuisce³⁰. Secondo il *Chief Justice* John Roberts, questa estrema polarizzazione ha influenzato la percezione pubblica della Corte:

²⁵ Le decisioni della Corte Suprema hanno impatto, tra le altre materie, sul diritto di sposarsi tra persone dello stesso sesso, sul diritto di portare armi, sulle libertà religiose, sulla proprietà privata, sui diritti e libertà riproduttivi delle donne, sull'accesso alla sanità, sulla partecipazione al processo politico, sulla struttura del governo e la separazione dei poteri, sull'organizzazione del luogo di lavoro e molto altro.

²⁶ In questo senso, *Scheppele Kim Lane's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021.

²⁷ *Scheppele Kim Lane's appendix to written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 5 luglio 2021.

²⁸ DOWNS D. A., *Supreme Court nominations at the bar of political conflict: the strange and uncertain career of the liberal consensus in law*, in *Law & Society Inquiry*, vol. 46, 2021, p. 542.

²⁹ Vedi ABRAMOWITZ A. I. & SAUNDERS K. L., *Is Polarization a Myth?*, in *Journal of Politics*, vol. 70, 2008, pp. 545 ss., 2008; LEVENDUSKY M., *The partisan sort: how liberals became Democrats and conservatives became Republicans*, Chicago, 2009; BAFUMI J. & SHAPIRO R. Y., *A New Partisan Voter*, in *Journal of Politics*, vol. 71, 2009, pp. 1 ss.

³⁰ DRUTMAN L., *Why Bipartisanship in the Senate is dying*, in *FiveThirtyEight*, 27 settembre 2021.

«quando si vive in un ambiente politico polarizzato, le persone tendono a vedere tutto in questi termini»³¹.

Prima di analizzare le proposte di riforma della Corte, sono necessarie due considerazioni relativamente al conflitto partitico descritto³². Primo, anche se la Corte è al centro dell'aumento delle divisioni, le decisioni della Corte non ricalcano necessariamente le differenze ideologiche dei partiti: i giudici nominati dai Repubblicani non votano sempre in linea con un prevedibile pensiero conservatore e, allo stesso modo, i giudici nominati dai Democratici non votano sempre in linea con il pensiero liberale; peraltro, una porzione significativa del lavoro della Corte non è altamente ideologico e in questi casi i giudici votano spesso all'unanimità. Secondariamente, la misura in cui l'estrema polarizzazione politica influisca sulla posizione pubblica della Corte non è chiara³³.

2. *Le attuali proposte di riforma della Corte Suprema.*

2.1. *La dimensione numerica della Corte.*

Negli ultimi anni, gli appelli per aumentare il numero dei giudici alla Corte Suprema sono diventati una parte rilevante del dibattito sulla Corte e sul suo ruolo nel sistema americano. Nonostante vi sia un accordo diffuso in dottrina sul fatto che il Congresso abbia il potere costituzionale di procedere in questo senso, vi è un profondo disaccordo relativamente all'opportunità di una tale decisione nell'attuale contesto politico-istituzionale.

³¹ CHUNG A., *U.S. Supreme Court Not Politicized, Says Chief Justice Roberts*, in *Reuters*, 24 settembre 2019.

³² PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 19.

³³ Come evidenzia LIVNI E., *Americans Trust the Supreme Court More than Other Government Branches*, in *Quartz*, 26 ottobre 2019, la Corte, storicamente, ha mantenuto livelli di fiducia pubblica più alti rispetto alle altre istituzioni. Allo stesso tempo, ci sono alcune evidenze, MCCARTHY J., *Approval of the Supreme Court is highest since 2009*, in *Gallup*, 5 agosto 2020, secondo cui le differenze partitiche plasmano i giudizi sul lavoro della Corte: l'"approvazione" verso la Corte tra i Democratici è scesa al quaranta per cento quando il Presidente Trump è stato eletto, mentre è aumentata fino a quasi il sessanta per cento tra i Repubblicani. Se la fiducia pubblica nei confronti della Corte continuerà ad essere duratura è da vedere.

2.1.1. Una breve storia delle alterazioni della dimensione della Corte.

Nella storia americana, vi è una lunga storia di discussioni simili all'attuale dibattito su una possibile espansione della Corte. Infatti, l'articolo 3 della Costituzione stabilisce che «del potere giudiziario degli Stati Uniti saranno investite una Corte Suprema e le Corti inferiori»³⁴, ma il testo non specifica quanti giudici dovrebbero far parte della Corte Suprema.

Come abbiamo visto³⁵, il Congresso ha modificato la dimensione della Corte più volte nel primo secolo di storia del Paese. Nel 1789, la Corte era composta da sei membri³⁶. Un decennio dopo, il Congresso iniziò ad apportare cambiamenti. Dopo la sconfitta del Presidente John Adams, ma prima che il neoeletto Presidente Thomas Jefferson iniziasse il suo mandato, il Congresso nel 1801 ridusse il futuro numero di giudici a cinque³⁷. Nel 1802, però, il nuovo Congresso abrogò questa disposizione e riportò il numero dei giudici della Corte a sei³⁸. Nel 1807, poi, il Congresso aggiunse un giudice³⁹. Infine, nel 1837 la dimensione della Corte fu portata a nove giudici⁴⁰.

Ognuna delle riforme sembra essere stata motivata da un insieme di preoccupazioni sia istituzionali sia politiche. Come descritto sopra⁴¹, infatti, nei primi anni di esistenza della Corte, ogni suo membro aveva due doveri: servire come giudice della Corte Suprema e servire come giudice in una corte inferiore (pratica conosciuta come “*circuit riding*”)⁴². Nel 1789, il Congresso creò una Corte con sei membri proprio

³⁴ Articolo 3, sezione prima della Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Del potere giudiziario degli Stati Uniti saranno investite una Corte Suprema e le Corti inferiori che di tempo in tempo il congresso potrà istituire e disciplinare. I giudici, sia della Corte suprema sia di quelle inferiori, conserveranno le loro cariche finché manterranno buona condotta, e riceveranno per i loro servizi, a tempi prefissati, un compenso che non potrà esser diminuito durante la loro permanenza in carica».

³⁵ Vedi capitolo II.

³⁶ *Judiciary Act of 1789*, capitolo 20, §1, 1 Stat. 73, 1789.

³⁷ *Judiciary Act of 1801*, capitolo 4, §3, 2 Stat. 89, 1801. Questa modifica non terminò il mandato di nessuno dei giudici già membri della Corte; la legge prevedeva che, nel momento in cui un giudice esistente avesse lasciato la Corte, quel posto vacante non sarebbe stato sostituito.

³⁸ *Act of March 8, 1802*, capitolo 8, §1, 2 Stat. 132, 1802.

³⁹ *Act of February 24, 1807*, capitolo 16, §5, 2 Stat. 420, 1807.

⁴⁰ *Act of March 3, 1837*, capitolo 34, §1, 5 Stat. 176, 1837.

⁴¹ Vedi capitolo II.

⁴² In quel periodo, il sistema di magistratura federale era composto da giudici dei tribunali distrettuali e giudici della Corte suprema. Un giudice federale distrettuale sedeva accanto ad un giudice della Corte Suprema (“*circuit riding*”) per costituire una *circuit court*. Per una descrizione di questo sistema, vedi CALABRESI S. G. & PRESSER D. C., *Reintroducing Circuit Riding: A Timely Proposal*, in *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, pp. 1390 ss.; STRAS D. R., *Why Supreme Court Justices Should Ride Circuit Again*,

in corrispondenza dei sei esistenti *circuits*. Nei decenni successivi, mentre il Paese aumentava il suo territorio, diventò chiaro che erano necessari più giudici, in particolare nei nuovi Stati appena ammessi nell'Unione. Così, nel 1807 il Congresso aggiunse un settimo *circuit* e nel 1837 altri due: ogni volta, la dimensione della Corte fu aumentata di conseguenza. Queste alterazioni risposero a degli scopi istituzionali, come il provvedere ad una macchina giudiziaria che fosse sufficiente per una Nazione in espansione; ma risposero anche agli interessi partitici: nel 1807 il Congresso a maggioranza Democratica Repubblicana voleva fare in modo che il suo *leader*, il Presidente Jefferson, nominasse il settimo giudice, così come nel 1837 il Congresso a maggioranza Democratica aveva lo stesso desiderio per il Presidente Andrew Jackson⁴³. Anche le modifiche del 1801 e 1802 possono essere spiegate in modo analogo. Infatti, nel 1801 il Congresso aveva temporaneamente eliminato il “*circuit riding*”, perciò la riduzione della Corte a cinque giudici avrebbe potuto trovare giustificazione in questo. Ma la riduzione è anche attribuibile al desiderio dei Federalisti, in maggioranza al Congresso, di prevenire un'eventuale nomina da parte del subentrante rivale politico, il Presidente Jefferson. Allo stesso modo, quando ritornarono alla Corte di sei giudici, i Democratici Repubblicani ripristinarono anche il “*circuit riding*”, che avrebbe quindi potuto essere una giustificazione; ma la ri-espansione coincideva anche con il loro interesse politico ad avere l'opportunità di una nomina.

Negli anni '60 del 1800, il Congresso modificò diverse volte la dimensione della Corte: queste alterazioni non furono strettamente legate al numero delle *circuit courts*, bensì a motivazioni politiche. Molti erano scettici relativamente alla Corte dopo la decisione del 1857 in *Dred Scott v. Sanford*, che aveva stabilito che gli Afro-Americani non fossero “cittadini” e che il Congresso non poteva proibire la schiavitù nei territori dell'Unione⁴⁴; perciò, vi era un forte sentimento di necessità di riforma della Corte. Durante la Guerra Civile, il Congresso Repubblicano creò un decimo *circuit* e aggiunse un decimo giudice alla Corte⁴⁵, dando la possibilità al Presidente Lincoln di nominare un giudice pro-Unione e contrario alla schiavitù. Poco dopo, il Congresso modificò

in *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007, pp. 1714 ss. Il Congresso abolì la pratica del “*circuit riding*” nel 1911. Vedi *Judicial Code of 1911*, capitolo 231, §289, 36 Stat. 1087, 1991.

⁴³ BRAVER J., *Court-Packing: An American Tradition?*, in *Boston College Law Review*, vol. 61, 2020, pp. 2759 ss.

⁴⁴ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393, 1857.

⁴⁵ *Act of March 3, 1863*, capitolo 100, §1, 12 Stat. 794, 1863.

nuovamente la dimensione della Corte. Nel 1866, dopo che l'assassinio di Lincoln portò alla presidenza il Democratico Andrew Johnson, il Congresso ridusse la futura dimensione della Corte a sette giudici⁴⁶: secondo la visione convenzionale, i Repubblicani a controllo del Congresso nell'era dopo la Guerra Civile non si sarebbero fidati del Presidente Johnson per una nomina congeniale ai loro sforzi di ricostruzione del Sud⁴⁷. Al contrario, nel 1869, il Congresso Repubblicano fu pronto a ritornare ad una Corte di nove membri una volta che il Presidente Grant fu in carica⁴⁸. Ma altri esperti storici ritengono che questa alterazione fosse motivata da obiettivi pratici, tra cui la necessità di tornare ad una Corte con un numero di giudici adatto a farla funzionare⁴⁹.

Come sappiamo, la dimensione della Corte è rimasta a nove membri dal 1869. Ma nel 1937 vi fu un forte tentativo di modificarla, conosciuto come “*Court-packing plan*” del Presidente Franklin Roosevelt. Come già descritto in precedenza⁵⁰, la proposta fu una risposta ad una serie di decisioni della Corte nel 1935 e 1936 che dichiararono incostituzionali importanti parti di legislazione del *New Deal*, così come molte leggi statali relative al lavoro e al benessere sociale, che miravano a portare la Nazione fuori dalla Grande Depressione⁵¹. Dato che all'orizzonte vi erano ancora altre domande costituzionali relative al *New Deal* davanti alla Corte e dopo la sua vittoria alle elezioni del 1936, Roosevelt si dedicò alla protezione del *New Deal* dalle corti.

Secondo l'idea di Roosevelt, il Presidente sarebbe stato autorizzato a nominare alla Corte Suprema un giudice supplementare per ognuno dei giudici di età superiore ai

⁴⁶ *Judiciary Act of 1866*, capitolo 210, 14 Stat. 209, 1866. Come nel 1802, il Congresso non terminò il mandato di nessuno dei giudici esistenti, ma stabilì che i futuri tre posti vacanti non sarebbero stati sostituiti.

⁴⁷ WARREN C., *The Supreme Court in United States history*, Boston, 1922, pp. 143 ss. La riduzione a sette giudici non fu legata all'allora esistente sistema di *circuit courts*; infatti, come sottolineato in BRAVER, *Court-Packing*, cit. alla nota 45, p. 2785, «ridurre il numero dei giudici della Corte Suprema significò che le *circuit courts* non fossero adeguatamente fornite di personale».

⁴⁸ *Circuit Judges Act of 1869*, capitolo 22, 16 Stat. 44, 1869.

⁴⁹ CROWE J., *Building the judiciary: law, courts, and the politics of institutional development*, 1st ed., Princeton, 2012, pp. 153 ss.

⁵⁰ Vedi capitolo II.

⁵¹ Per esempio, *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238, 1936 (che dichiarò incostituzionale il *Bituminous Coal Conservation Act*); *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 1935 (che invalidò delle disposizioni del *National Industrial Recovery Act*); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905 (che dichiarò incostituzionale una legge dello Stato di New York che prevedeva un massimo di ore lavorative e un minimo salariale, basandosi sulla violazione della libertà contrattuale); *Adkins v. Child. 's Hosp. of D.C.*, 261 U.S. 525, 1923 (che dichiarò incostituzionale la previsione federale di un minimo salariale per le donne, basandosi sulla violazione della libertà contrattuale e sulla mancanza di un interesse impellente).

settanta anni (che non si sarebbero ritirati entro sei mesi); questo avrebbe potuto portare a un possibile totale di quindici giudici⁵². La proposta legislativa nacque da uno studio di quasi due anni del Dipartimento di Giustizia, che si occupò di analizzare i mezzi appropriati per riformare la Corte Suprema: questi funzionari presero in considerazione diverse proposte, tra cui emendamenti costituzionali, misure per limitare la giurisdizione federale e proposte per aumentare la dimensione della Corte⁵³. Alla fine dello studio, il Dipartimento concluse che «la proposta di espandere la Corte, pur non senza difetti, è l'unica che è sicuramente costituzionale e [...] può essere realizzata velocemente e con una buona sicurezza di successo»⁵⁴. Secondo la loro visione, era l'unico metodo senza dubbio costituzionale per ottenere una maggioranza della Corte più congeniale alle idee dell'Amministrazione.

In pubblico, il Presidente Roosevelt inizialmente affermava che la riforma era pensata per migliorare l'efficienza giudiziaria. Però ben presto ammise che il vero obiettivo era l'alterazione del futuro corso di decisioni della Corte⁵⁵: secondo il Presidente, erano necessari nuovi giudici poiché la Corte si stava comportando come un “*policy-making body*”, e non come un organo giudiziario, invalidando i programmi del *New Deal*. Racchiuse il suo pensiero con un'espressione forte, sostenendo che era necessario «salvare la Costituzione dalla Corte e la Corte da se stessa»⁵⁶.

Nonostante il supporto di diversi funzionari dell'esecutivo e dell'allora *Attorney General* Robert Jackson (poi membro della Corte Suprema)⁵⁷, la proposta trovò l'opposizione dei Democratici⁵⁸ e la condanna diffusa dei *media*: alcuni degli oppositori vedevano il piano come un modo per consolidare il controllo presidenziale sul giudiziario

⁵² *Message from the President of the United States: A Recommendation to Reorganize the Judicial Branch of the Federal Government*, H.R. Doc. no. 75-142, 1937.

⁵³ Vedi GROVE T. L., *The Article II safeguards of Federal Jurisdiction*, in *Columbia Law Review*, vol. 112, 2012, pp. 269 ss.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Vedi *Franklin D. Roosevelt: fireside chat*, 9 marzo 1937, in *The American Presidency Project*. Accessibile su: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/fireside-chat-17>.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ In un'audizione davanti alla Commissione Giustizia del Senato, Robert Jackson sostenne che nella Costituzione erano previsti meccanismi di questo tipo proprio per controllare abusi e usurpazioni giudiziari e sottolineò che nella storia costituzionale americana il Congresso cambiò la dimensione della Corte più volte proprio per evitare che le divergenze tra la Corte e gli organi elettivi sfociassero in una minaccia alla stabilità del Governo.

⁵⁸ I Democratici in quel periodo controllavano più del settanta per cento della Camera dei Rappresentanti e del Senato.

e giunsero a paragonare Roosevelt ad un tiranno o un dittatore⁵⁹. Anche il *Chief Justice* Hughes inviò una lettera al Senatore Burton Wheeler per smentire l'iniziale motivazione di Roosevelt per l'allargamento della Corte: «un aumento del numero dei giudici [...] danneggerebbe l'efficienza giudiziaria finché la Corte agisce come un'unica unità. Ci sarebbero più giudici da ascoltare, [...] più giudici con cui discutere, più giudici da convincere [...]»⁶⁰.

Il dibattito politico, però, fu poi influenzato dalla Corte Suprema stessa. Poco dopo che il piano fu annunciato, la Corte rilasciò una serie di decisioni confermando leggi statali e federali che regolavano l'economia⁶¹. Nonostante la dottrina sia divisa sulle ragioni che portarono la Corte a cambiare approccio⁶², non vi è dubbio che questa "inversione di rotta" nella primavera del 1937 smorzò il sostegno al piano del Presidente.

A giugno 1937, un *report* della Commissione Giustizia del Senato si espresse in modo fortemente contrario alla riforma⁶³. Ma né questo né il cambio di orientamento della Corte Suprema misero fine al dibattito nel Congresso: un supporto per un qualche tipo di espansione della Corte rimase e, per un certo tempo, sembrò che il Congresso avrebbe autorizzato il Presidente a nominare quattro giudici (uno per ogni membro della Corte di età superiore ai settantacinque anni)⁶⁴. Infine, dopo ulteriori dibattiti, a luglio del 1937 il piano fallì definitivamente⁶⁵.

Negli anni '50 del 1900, alcuni membri del Congresso tentarono di emendare la Costituzione in modo da fissare la previsione di nove giudici alla Corte Suprema, per da

⁵⁹ LEUCHTENBURG W., *The Supreme Court reborn: the Constitutional Revolution in the age of Roosevelt*, Oxford, 1996, pp. 137 ss.

⁶⁰ *Letter from Charles Evans Hughes, C.J., to Burton K. Wheeler, U.S. Sen.*, 21 marzo 1937, ristampata in S. REP. NO. 75-711, app. C, 1937.

⁶¹ Vedi capitolo II, paragrafo 6: *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 1937 (che confermò la validità del *National Labor Relations Act*); *Steward Mach. Co. v. Davis*, 301 U.S. 548, 1937 (che confermò la validità delle disposizioni del *Social Security Act*); *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 1937 (che confermò la validità di un salario minimo statale per le donne).

⁶² Per una comparazione, ALSOP J. & CATLEDGE T., *The 168 days*, New York, 1938, pp. 141 ss. (che sostiene che i giudici lo abbiano fatto per salvare la Corte) e KALMAN L., *The strange career of legal liberalism*, New Haven, 1996, p. 19 (che ritiene che i giudici abbiano reagito al piano di "Court-packing") rispetto a CUSHMAN B., *Rethinking the New Deal Court: the structure of a Constitutional Revolution*, 1st ed., Oxford, 1998, pp. 3 ss. (che mette in discussione la visione secondo cui le decisioni della Corte furono una «risposta politica ad una pressione politica»).

⁶³ S. Rep. No. 75-711, 1937.

⁶⁴ LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn*, cit. alla nota 59, pp. 147 ss.

⁶⁵ SHESOL J., *Supreme power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*, New York, 2010, pp. 481 ss.

evitare futuri tentativi di “*Court packing*”⁶⁶. Secondo i sostenitori, questo emendamento avrebbe chiuso le “scappatoie” nella struttura costituzionale⁶⁷: dal momento che, già prima del Presidente Roosevelt, la dimensione della Corte era stata sfruttata per influenzare il futuro corso delle sue decisioni, non vi sarebbe stata possibilità di sapere quando sarebbe arrivato il prossimo tentativo. L’emendamento trovò il supporto dei due terzi necessario per la procedura al Senato, ma fallì alla Camera⁶⁸: alcuni erano preoccupati che bloccare la dimensione della Corte Suprema non sarebbe stato saggio.⁶⁹

Tuttavia, sia i sostenitori sia gli oppositori dell’emendamento condividevano un assunto: il Congresso ha un ampio potere formale di espandere o diminuire la dimensione della Corte, così ampio da richiedere un emendamento costituzionale come unico modo per fissare il numero di giudici della Corte. Alcuni osservatori vedono il relativo dibattito congressuale come il riflesso di una visione che ritiene l’espansione della Corte Suprema per ragioni partitiche o ideologiche inopportuna, ma il cambiamento della dimensione della Corte per ragioni di efficienza istituzionale sarebbe legittimo.

L’articolo 3 della Costituzione si limita a prevedere l’esistenza della Corte Suprema, ma non specifica il numero di giudici che dovrebbero farne parte⁷⁰. L’articolo 1, allo stesso tempo, autorizza il Congresso ed emanare tutte le leggi che sono «necessarie e proprie» per esercitare i poteri che gli sono conferiti su varie istituzioni di governo, tra cui si trova la Corte Suprema⁷¹. Determinare la dimensione della Corte necessaria al suo funzionamento sembra rientrare senza dubbio nella discrezione del Congresso. La

⁶⁶ 99 CONG. REC. 1106, 1953 (dichiarazioni del Senatore John Butler). L’emendamento avrebbe anche impedito al Congresso di limitare la giurisdizione di appello della Corte Suprema sulle “*constitutional claims*”).

⁶⁷ 99 CONG. REC. 1108, 1953 (dichiarazioni del Senatore Russel Long).

⁶⁸ Articolo 5, Costituzione degli Stati Uniti d’America: « Il Congresso, quando i due terzi di ciascuna Camera lo ritengano necessario, potrà proporre emendamenti a questa Costituzione o, su richiesta dei Legislativi dei due terzi dei vari Stati, potrà convocare una Convenzione per proporre emendamenti, che, in entrambi i casi, saranno validi ad ogni intento e proposito come parte di questa Costituzione quando ratificati dai Legislativi dei tre quarti dei diversi Stati, o da apposite Convenzioni nei tre quarti di essi, a seconda che l’uno o l’altro modo di ratifica sia proposto dal Congresso».

⁶⁹ TRUSSELL C.P., *Court Amendment Tabled in House*, in *New York Times*, 4 agosto 1954.

⁷⁰ Articolo 3, sezione prima, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «Del potere giudiziario degli Stati Uniti saranno investite una Corte Suprema e le corti inferiori che di tempo in tempo il Congresso potrà istituire e disciplinare».

⁷¹ Articolo 1, sezione ottava, clausola diciottesima, Costituzione degli Stati Uniti d’America: «[Il Congresso avrà il potere:] Di fare tutte le leggi che saranno necessarie e utili per portare ed esecuzione i poteri predetti e tutti gli altri poteri di cui questa Costituzione investe il Governo degli Stati Uniti od i suoi Dipartimenti e funzionari».

consuetudine storica, inoltre, supporta la conclusione che il Congresso abbia ampia autorità per stabilire e cambiare il numero dei giudici.

La visione attuale secondo cui il Congresso non possa aumentare il numero dei giudici per ragioni di natura prettamente politica⁷² incontra diverse critiche: prima di tutto, non è semplice separare ragioni partitiche da ragioni di “buon governo”⁷³; secondariamente, il supporto storico a favore di questa visione è minimo.

2.1.2. *Argomenti a supporto dell’espansione numerica della Corte.*

Nessun altro tentativo di fissare né aumentare il numero dei giudici della Corte è più stato fatto dal 1937. Ma leggi volte ad allargare la composizione della Corte e proposte di emendamento per fissare il numero dei giudici a nove sono riemerse nuovamente di recente⁷⁴.

La riforma della Corte Suprema ha costituito un argomento centrale delle primarie Democratiche⁷⁵ in vista delle elezioni del 2020⁷⁶. Alla fine, il programma del Partito Democratico per le elezioni proponeva «riforme strutturali della Corte per aumentare la trasparenza e l’*accountability*»⁷⁷ e i candidati Trump e Biden dibatterono sul merito di un’espansione della Corte: gli eventi relativi alle tre nomine del Presidente uscente aiutarono a provocare quello che ormai era un importante appello all’ampliamento della Corte Suprema.

I sostenitori di un allargamento della Corte accusano i Repubblicani di aver ignorato le norme istituzionali dal 2016, per assicurarsi la maggioranza della Corte

⁷² Barnett Randy’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court, 20 luglio 2021 (che sostiene che il *Court-packing* partitico è incostituzionale, perché «cercare un vantaggio di partito presso la Corte Suprema non è un fine legittimo» ai sensi della “*Necessary and Proper Clause*”). Al contrario, AMAR A. R., *America’s unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*, 1st ed., New York, 2012, pp. 354 ss.

⁷³ Per esempio, i cambiamenti apportati alla Corte Suprema nel 1807 e nel 1837 avevano motivi sia istituzionali sia politici: il legislatore non voleva solo fornire più personale alla Corte per servire una nazione in espansione, ma anche permettere ai *leaders* del Partito di plasmare la Corte.

⁷⁴ *Judiciary Act of 2021*, H.R. 2584, 117th Cong., 2021; H.R.J. Res. 95, 116th Cong., 2020.

⁷⁵ Le elezioni primarie, negli Stati Uniti d’America, sono il processo elettorale attraverso il quale ogni Partito determina il proprio candidato alla presidenza per le elezioni generali.

⁷⁶ SARLIN B. & EGAN L., *The hot new Dem plan to score policy wins: change the rules of the game*, in *NBC NEWS*, 16 marzo 2019. Accessibile su: <https://www.nbcnews.com/politics/2020-election/hot-new-dem-plan-score-policy-wins-change-rules-game-n983456>.

⁷⁷ *2020 Democratic Party Platform*, accessibile su: <https://democrats.org/where-we-stand/party-platform>.

Suprema. Come anticipato sopra⁷⁸, la riforma sarebbe vista come particolarmente giustificata alla luce di come il Senato ha gestito le nomine dei giudici Garland e Barrett nell'anno delle elezioni: quando il giudice Scalia morì inaspettatamente nel 2016, più di trentotto settimane prima delle elezioni presidenziali, il Senato non tenne né un'audizione né un voto sulla nomina del giudice Garland da parte del Presidente Obama⁷⁹; ma quando la giudice Ginsburg morì quarantasei giorni prima delle elezioni del 2020, i Repubblicani confermarono velocemente la nomina della giudice Barrett da parte del Presidente Trump⁸⁰.

In realtà, gli appelli Democratici a favore dell'espansione della Corte non iniziarono immediatamente dopo il rifiuto di considerare la nomina del Presidente Obama⁸¹, bensì quando il giudice Kennedy annunciò il suo ritiro: Anthony Kennedy era sempre stato visto come il giudice “mediano” in una Corte fortemente divisa; il susseguente processo di nomina del giudice Kavanaugh da parte del Presidente Trump fu controverso⁸². Gli appelli, poi, aumentarono a fine 2020, quando il Congresso Repubblicano confermò la giudice Barrett, contraddicendo i loro argomenti precedenti secondo cui i giudici non dovrebbero essere confermati in prossimità delle elezioni. Come è stato osservato, «nel momento in cui diventò chiaro che il Senato a controllo Repubblicano avrebbe quasi sicuramente confermato la giudice Amy Coney Barrett, creando una maggioranza conservativa di sei contro tre nella Corte, i Democratici sostennero che, se avessero vinto le elezioni a novembre, avrebbero seriamente considerato l'aumento del numero dei giudici»⁸³. Di conseguenza, nel 2020, più di quattrocento articoli comparsi su *New York Times*, *Wall Street Journal*, *Washington Post* e *USA Today* raccontarono il dibattito pubblico utilizzando l'espressione “*Court packing*”, in netto aumento rispetto ai circa cento articoli in questo senso del 2019⁸⁴.

⁷⁸ Vedi capitolo IV, paragrafo 1.

⁷⁹ LIPTAK A. & STOLBERG S. G., *Shadow of Merrick Garland Hangs Over the Next Supreme Court Fight*, in *New York Times*, 11 giugno 2021.

⁸⁰ MASCARO L., *Barrett Confirmed as Supreme Court Justice in Partisan Vote*, in *Associated Press*, 26 ottobre 2020.

⁸¹ Il posto vacante è successivamente stato assegnato al giudice Gorsuch dal Presidente Trump.

⁸² Vedi SAVAGE C., *On the left, eyeing more radical ways to fight Kavanaugh*, in *New York Times*, 7 ottobre 2018.

⁸³ HERNDON A. W. & ASTOR M., *Ruth Bader Ginsburg's death revives talk of Court Packing*, in *New York Times*, 19 settembre 2020.

⁸⁴ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 76. Oltre alla maggiore copertura sui *media*, l'argomento della riforma della Corte Suprema catturò anche l'attenzione del pubblico in quel periodo: *Google Trends*, che raccoglie le ricerche su Google, registrò un aumento drastico di ricerche per

I sostenitori della proposta di espansione che si rifanno a questi eventi per giustificarla ritengono che l'aggiunta di nuovi membri alla Corte Suprema da parte di un Presidente e un Congresso Democratici aiuterebbe a ristabilire l'equilibrio nella Corte, che è stato interrotto dalla violazione delle norme del processo di conferma; perciò, proteggerebbe la legittimità della Corte. La "super-maggioranza" stabilita con la presunta violazione delle norme può essere una minaccia per la legge federale costituzionale, in particolare per la revisione dei precedenti più risalenti. Come abbiamo già visto⁸⁵, infatti, uno dei più eclatanti risultati è stato l'"*overturning*" di *Roe v. Wade*⁸⁶. In un'ottica progressista, quindi, i diritti riproduttivi, i diritti delle persone di colore, i diritti dei lavoratori, la regolamentazione delle armi o della religione, i diritti di voto e altri ambiti potrebbero essere in pericolo. Infatti, anche la recente nomina della giudice Ketanji Brown Jackson da parte del Presidente Biden⁸⁷ non influisce sull'inclinazione ideologica della Corte: la nuova nomina si è resa necessaria dopo il ritiro del giudice Breyer, nominato nel 1944 dal Presidente Bill Clinton.

Peraltro, una mancata risposta al comportamento del Senato nel 2016 potrebbe incoraggiare future misure aggressive nel processo di conferma dei giudici, come un rifiuto di procedere alle audizioni di qualsiasi nomina proposta da un Presidente del partito avversario. D'altronde, secondo molti, il processo di selezione dei giudici è già diventato uno "spettacolo partitico"⁸⁸. Un'ulteriore *escalation* di battaglie circa la Corte Suprema potrebbe intaccare ancora la legittimità dell'istituzione nel lungo termine.

La riforma può anche essere vista come un modo per prevenire il continuo indebolimento del sistema democratico di governo. Alcune critiche ritengono che la Corte Suprema sia stata in parte responsabile della "degradazione della democrazia

"*Court packing*" e termini relativi nel periodo tra la morte della giudice Ginsburg e la conferma del giudice Barrett. Vedi *Google Trends*: "*Court Packing*", "*Pack the Court*", "*Pack the Supreme Court*" su <https://trends.google.com/trends/explore?date=today%205y&geo=US&q=court%20packing,pack%20the%20court,pack%20the%20supreme%20court>.

⁸⁵ Vedi capitolo II, paragrafo 8.4.

⁸⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973, la cui decisione è stata revocata da *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228, 2022.

⁸⁷ La nomina è stata confermata dal Senato ad aprile 2022, seguita dal giuramento a giugno. Rappresenta la prima donna di colore a sedere nei banchi della Corte Suprema.

⁸⁸ *Peck Jeffrey's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021 (che propone di riforme per affrontare «il livello di divisione partitica e tribalismo associato ai processi del Senato sulle nomine della Corte suprema»).

americana”⁸⁹ e i recenti cambiamenti nella composizione della Corte avrebbero accelerato le evoluzioni giurisprudenziali che avevano avuto inizio già precedentemente: la Corte avrebbe sminuito il *Voting Rights Act* e altre leggi miliari della democrazia, mentre affermava la validità di leggi statali e consuetudini che limitano il voto e disincentivano la partecipazione delle persone di colore, delle fasce più povere e dei giovani⁹⁰. Questo contribuisce a garantire un potere smisurato sul futuro della presidenza, e di conseguenza sul futuro della Corte, ad un partito politico e, inoltre, permette di proteggere questo potere. La Corte attuale potrebbe facilmente invalidare la legislazione federale contenente misure di protezione della democrazia, così come misure pensate per ridurre l’influenza del denaro in politica o aumentare la trasparenza delle spese o migliorare la disegualianza economica⁹¹. A questo punto, l’espansione numerica della Corte servirebbe ad assicurare dei giudici più inclini a sostenere una futura legislazione congressuale relativa a diritti di voto e protezione della democrazia e ad impedire alle legislature statali di minare o distruggere il processo democratico.

L’attuale momento storico è diverso dagli altri in cui varie riforme relative al numero dei giudici della Corte sono state dibattute: gli sviluppi antidemocratici rischiano di proteggere la filosofia giudiziaria dell’attuale Corte per generazioni. Aumentare il numero dei giudici della Corte Suprema rappresenta, effettivamente, una risposta immediatamente realizzabile e sicuramente costituzionale alla presunta minaccia alla democrazia. In realtà, potrebbe anche succedere uno scenario analogo a quello del 1937, quando la Corte Suprema cambiò il suo orientamento mentre il Congresso discuteva del piano di “*Court packing*” del Presidente Roosevelt. La Corte odierna potrebbe comportarsi ugualmente: le sole proposte di modifica dei membri della Corte potrebbero aiutare a prevenire ulteriori sviamenti democratici.

Ulteriori giustificazioni per la riforma potrebbero essere rappresentate dalle generali considerazioni di rafforzamento della Corte come istituzione. Infatti, una Corte

⁸⁹ KLARMAN M. J., *Foreword: The Degradation of American Democracy—and the Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 134, 2020, pp. 1 ss.

⁹⁰ Vedi *Crawford v. Marion Cnty. Election Bd.*, 553 U.S. 181, 2008 (che afferma la validità di una legge dell’Indiana identificativa dei votanti); *Brnovich v. Democratic Nat’l Comm.*, 141 S. Ct. 2321, 2021 (che afferma la validità delle leggi dell’Arizona che escludevano le schede elettorali per essere depositate nel distretto sbagliato e criminalizzavano la raccolta di schede elettorali); *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529, 2013 (che invalida il regime di pre-autorizzazione del *Voting Rights Act*).

⁹¹ In questo senso, *Kang Christopher’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021.

con più membri potrebbe incorporare meglio diverse prospettive personali e professionali: la diversità potrebbe derivare dall'inclusione di giudici proveniente da esperienze in più settori legali o, anche più generalmente, pubblici; ma potrebbero essere rappresentate anche diverse religioni, vari livelli socioeconomici e più *backgrounds* razziali o geografici. Una Corte più inclusiva potrebbe non solo migliorare il processo decisionale, ma anche essere accolta meglio dal pubblico. Inoltre, una Corte con più personale potrebbe essere in grado di decidere più casi e di dedicare più tempo alle richieste emergenziali⁹²: nei recenti decenni, le pronunce sul merito da parte della Corte sono diminuite notevolmente⁹³. Tuttavia, se si ritiene di volere che la Corte decida più casi, si potrebbero utilizzare anche altri metodi, come l'espansione della giurisdizione di appello obbligatoria.

Molti sostenitori della riforma si sono concentrati unicamente su una proposta di aumento immediato del numero dei giudici della Corte. Vi sarebbe, però, un'ulteriore possibilità: il Congresso potrebbe approvare una legge secondo cui l'espansione numerica della Corte avverrebbe nel corso del tempo, prevedendo che ad ogni mandato presidenziale sia nominato un nuovo giudice fino al raggiungimento di un numero massimo. In alternativa, la Corte potrebbe essere aumentata ora di due giudici, seguiti poi da altri due giudici dopo le prossime elezioni presidenziali.

In una comparazione con altre giurisdizioni, si può notare che vi sono corti con un numero di membri maggiore che lavorano collegialmente ed efficientemente. Per esempio, le corti costituzionali del Regno Unito, dell'Irlanda, della Spagna e del Belgio sono composte da dodici giudici, quella dell'Austria da quattordici giudici, quelle dell'Italia e del Giappone da quindici giudici, fino ad arrivare alla Germania e Svezia con sedici giudici e, addirittura, diciotto giudici in Danimarca. Di conseguenza, gli Stati Uniti con nove giudici, come il Canada, si collocano alle ultime posizioni di una ipotetica classifica, seguiti solo dall'Australia con sette giudici.

⁹² Le richieste e gli ordini emergenziali, a loro volta, hanno attirato parecchia attenzione negli ultimi anni. Vedi capitolo IV, paragrafo 2.4.

⁹³ Negli anni '80, la Corte decideva circa centocinquanta casi ogni anno. Vedi EPSTEIN L., SEGAL J. A., ET AL., *The Supreme Court compendium: data, decisions & developments*, 6th ed., Los Angeles, 2015. Negli anni recenti, questo numero è sceso a settanta o ottanta casi per anno (con riferimento agli anni pre-pandemia da Covid-19, che potrebbe influire sulle statistiche). Vedi ROBERTS J. G., *2019 year-end report on the federal judiciary*, Washington, 2019, accessibile su: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2019year-endreport.pdf>.

2.1.3. Argomenti contrari all'espansione numerica della Corte.

Chiaramente, vi sono anche argomenti contrari ad un aumento numerico dei giudici della Corte Suprema. Il più “classico” motivo di opposizione, in questo caso, riguarda l'indipendenza della Corte: il potere giudiziario non può svolgere un effettivo controllo sui funzionari di governo se il personale delle corti può essere modificato da quegli stessi funzionari. Gli oppositori della riforma, quindi, sostengono che, in un sistema che permettesse il “*Court packing*”, ogni qualvolta la Corte rilasciasse una decisione in contrasto con le preferenze di chi al potere⁹⁴, il partito in carica potrebbe rispondere posizionando nella Corte i suoi fedeli. Alcuni ritengono che la possibilità di “*Court packing*” possa minare la volontà stessa dei giudici di mantenere la loro indipendenza dalle forze politiche che dovrebbero controllare in nome della Costituzione⁹⁵. Queste preoccupazioni sono probabilmente il motivo per cui, nel secolo passato, vi è stata una forte e *bipartisan* convenzione costituzionale che guardava al “*Court-packing*” come a «qualcosa che non è stato fatto»⁹⁶. Questa pratica sarebbe essenzialmente considerata uno strumento illegittimo per tentare di modificare la dottrina della Corte: sarebbe parte della convenzione per salvaguardare l'indipendenza dell'apparato giudiziario.

Gli oppositori della riforma ritengono che la storica condanna del tentativo di “*Court packing*” del 1937 rappresenti un principio fondamentale del diritto costituzionale americano. Per esempio, nel 2004, alcuni deputati Democratici rimarcarono che «gli

⁹⁴ Negli anni passati, per esempio, alcune decisioni controverse sono state: *Dep't of Com. v. New York*, 139 S. Ct. 2551, 2019 (che ha deciso che il ramo esecutivo federale non aveva spiegato adeguatamente la sua decisione di aggiungere una domanda relativa alla cittadinanza nel censimento degli Stati Uniti del 2020 e ha concluso che la questione doveva essere rinviata all'agenzia per ulteriori spiegazioni); *Dep't of Homeland Sec. v. Regents of the Univ. of Cal.*, 140 S. Ct. 1891, 2020 (che decise che la rescissione del programma *Deferred Action for Childhood Arrivals* fosse arbitraria ai sensi del *Administrative Procedure Act* perché il DHS non avrebbe «fornito una spiegazione motivata per la sua azione»); *Texas v. Pennsylvania*, 141 S. Ct. 1230, 2020 (che respinse, per motivi di “standing”, un'azione originale intentata da uno Stato per impedire a diversi altri Stati - Georgia, Michigan, Pennsylvania e Wisconsin - di certificare gli elettori presidenziali).

⁹⁵ *Siegel Neil's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021.

⁹⁶ In DORF M. C., *How the Written Constitution Crowds Out the Extraconstitutional Rule of Recognition*, in ADLER M. D. & HIMMA K. E. (a cura di), *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, 2009, pp. 69 ss. si legge che quello che il Presidente Roosevelt propose non fu fatto poiché avrebbe violato le norme consuetudinarie che sono obbligatorie per il Congresso, anche se non sono formalmente parte della Costituzione.

sforzi del Presidente Roosevelt per il controllo della Corte attraverso il *packing* con i suoi fedeli furono rigettati dal Congresso, così da preservare l'indipendenza della giustizia federale»⁹⁷. Anche i Repubblicani hanno ripetutamente criticato il piano di Roosevelt nel corso degli anni. Secondo questa prospettiva, la riforma del 1937 è stata a lungo considerata come uno dei più disonorevoli assalti alla Corte Suprema nella storia americana⁹⁸.

L'opposizione forte e *bipartisan* rispetto alla possibilità di “*Court packing*” ha probabilmente aiutato a preservare il ruolo costituzionale della Corte Suprema nel secolo scorso. Peraltro, la norma convenzionale secondo cui i rami politici non dovrebbero minacciare o cambiare i membri della Corte per motivi di non condivisione delle sue decisioni acquista un forte significato alla luce degli sviluppi in altre parti del mondo, dove la manipolazione della composizione dell'apparato giudiziario è stata un segno preoccupante di indebolimento della democrazia. Per esempio, in Argentina, dopo le elezioni del 1989, il Presidente Carlos Menem ha lavorato per far rendere più forte il potere dell'esecutivo e nel 1990 è riuscito ad aggiungere quattro membri ad una corte che prima era composta da cinque giudici⁹⁹. Nel 2004, Hugo Chavez in Venezuela minò l'indipendenza della magistratura espandendo la corte costituzionale da venti a trentadue giudici¹⁰⁰. In Turchia, nel 2010, il *leader* del partito populista Recep Tayyip Erdogan consolidò il suo controllo sulla corte costituzionale aumentandone il numero dei giudici da dieci a diciassette e modificando il processo di selezione¹⁰¹. Ancora nel 2010, il partito Fidesz vinse una risicata maggioranza nel Parlamento ungherese e da subito fece in modo di consolidare il potere, anche attraverso l'aggiunta di diversi membri alla corte costituzionale¹⁰². Nel 2018, un pacchetto di riforme in Polonia forzò i membri della corte a lasciare i loro mandati e, allo stesso tempo, espanse la dimensione numerica della

⁹⁷ H.R. REP. NO. 108-691, 2004 (*Minority Report*).

⁹⁸ GROVE T. L., *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 71, 2018, pp. 512 ss.

⁹⁹ FINKEL J., *Judicial Reform in Argentina in the 1990s: How Electoral Incentives Shape Institutional Change*, in *Latin America Research Review*, vol. 39, 2004, pp. 63 ss.

¹⁰⁰ LEVITSKY S. & LOXTON J., *Populism and Competitive Authoritarianism in Latin America*, in DE LA TORRE C. (a cura di), *Routledge Handbook of Global Populism*, 1st ed., Londra, 2018.

¹⁰¹ VAROL O., DALLA PELLEGRINA L. & GAROUPA N., *An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, pp. 197 ss.

¹⁰² LANDAU D., *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis Law Review*, vol. 47, 2013, p. 209; SCHEPPELE K. L., *Autocratic Legalism*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018, pp. 551 ss.

corte¹⁰³. Al contrario, le democrazie stabili da metà Ventesimo secolo in poi hanno mantenuto un forte rispetto per l'indipendenza giudiziaria e non hanno adottato misure di questo tipo¹⁰⁴.

Inoltre, connessa alla minaccia nei confronti dell'indipendenza dell'apparato giudiziario, vi è la preoccupazione per la possibile perdita di legittimazione della Corte Suprema. Infatti, se la riforma fosse percepita da molti come una manovra partitica o come una pericolosa appropriazione di potere, allora la legittimità delle decisioni della (nuova) Corte Suprema potrebbe essere messa in discussione da una parte dell'opinione pubblica: a quel punto, i cittadini potrebbero essere meno inclini a considerare le decisioni della Corte come autoritative, diminuendo la capacità della Corte di proteggere i diritti individuali o di impedire abusi di potere dell'esecutivo.

Peraltro, se avvenisse ora un'espansione della Corte, molti oppositori della riforma sostengono che quasi sicuramente ciò genererebbe un continuo ciclo di future espansioni: l'aumento del numero dei giudici sarebbe nell'agenda di ogni amministrazione¹⁰⁵. Secondo una stima di alcuni osservatori, in uno scenario di questo tipo si potrebbe arrivare ad avere una Corte Suprema di ventitré giudici entro cinquanta anni e di trentanove nel corso del secolo¹⁰⁶. Questo, inoltre, porterebbe ad un ulteriore degrado del processo di conferma delle nomine, che sarebbe caratterizzato da dure battaglie per ogni giudice aggiunto ai sensi della riforma.

È difficile prevedere quali forze si troveranno in contrasto con la Corte in futuro. Ad un certo punto della storia, la Corte ha affrontato la resistenza da parte dei gruppi progressisti; al contrario, nella seconda metà del Ventesimo secolo, fu attaccata dai conservatori che criticavano la giurisprudenza della Corte su aborto, desegregazione e altre questioni di diritti civili¹⁰⁷. Questa incertezza depone a favore della salvaguardia

¹⁰³ ZIÓLKOWSKI M., *Two Faces of the Polish Supreme Court After "Reforms" of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments*, in *European Papers*, vol. 5, 2020, p. 350.

¹⁰⁴ Peraltro, l'esempio americano nel mondo è importante: i politici esteri che volessero controllare i loro tribunali potrebbero trovarsi incoraggiati a intraprendere tali azioni se gli Stati Uniti si impegnassero in un "Court packing", indipendentemente dalle ragioni della riforma degli Stati Uniti.

¹⁰⁵ *Feldman Noah's written testimony*, cit. alla nota 20.

¹⁰⁶ CHILTON A., EPPS D., ROZEMA K. & SEN M., *The Endgame of Court-Packing ("working paper")*, 3 maggio 2021.

¹⁰⁷ FRIEDMAN B., *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*, New York, 2009, pp. 237 ss.; GROVE T. L., *The Structural Safeguards of Federal Jurisdiction*, in *Harvard Law Review*, vol. 124, 2011, pp. 900 ss.

della legittimità e indipendenza della Corte nel lungo periodo, rispetto alla possibilità che la Corte sia plasmata da movimenti potenzialmente pericolosi o addirittura autoritari in futuro.

Infatti, secondo gli oppositori del “*Court packing*”, i sondaggi mostrano che la grande maggioranza dei cittadini è contraria all’espansione della Corte Suprema¹⁰⁸. Perciò sembra difficile giustificare la riforma sostenendo che serva gli interessi della democrazia. Inoltre, l’espansione numerica dei giudici lascerebbe l’esistente giurisdizione della Corte intatta, così come l’esistente approccio al *judicial review*: una Corte più numerosa potrebbe facilmente dichiarare incostituzionali condotte del governo federale e statale tanto quanto accade ora, con una discutibile probabilità di renderla “bilanciata” rispetto all’opinione popolare data la possibile ciclicità delle espansioni descritta sopra¹⁰⁹.

In ogni caso, alcuni oppositori ritengono che, nella misura in cui sia finalizzata ad allineare le decisioni della Corte alle preferenze politiche e valoriali del Paese, la riforma mal concepisca il ruolo della Corte. Secondo questa visione, non esiste un solo popolo americano e, di conseguenza, le opinioni popolari sono divise relativamente alle varie questioni che la Corte considera. Peraltro, alcune delle più importanti decisioni, su materie come la preghiera nelle scuole o la giustizia penale¹¹⁰, furono abbastanza impopolari, così come le decisioni che sono ora “canoniche” incontrarono considerevole contrasto politico¹¹¹. Si potrebbe, quindi, dedurre che la Corte interpreti il suo ruolo migliore nella democrazia quando controlla il processo politico assicurandosi che questo sia più aperto e reattivo per tutti i membri della società: aiutando a smantellare la segregazione razziale, invalidando le leggi che discriminano in base al sesso o

¹⁰⁸ Maya Sen’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court, 30 giugno 2021.

¹⁰⁹ Al riguardo, occorre però considerare che i giudici della Corte suprema sono scelti dal Presidente, con il parere e il consenso del Senato, e le modalità costituzionali di selezione del Presidente e del Senato non garantiscono che tali organi rispecchino la volontà popolare. Il Presidente è selezionato attraverso l’*Electoral College* e, in diverse occasioni, è stato eletto un Presidente senza ottenere la maggioranza del voto popolare. Inoltre, il Senato è progettato per fornire un’eguale rappresentanza agli Stati, non per riflettere un ampio mandato nazionale. Vedi articolo 2, sezione prima, clausole da 2 a 4 della Costituzione degli Stati Uniti d’America.

¹¹⁰ Vedi GASH A. & GONZALES A., *School Prayer*, in PERSILY N., CITRIN J. & EGAN P. J. (a cura di), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford, 2008, pp. 62 ss.; LERMAN A. E., *The rights of the accused*, in *Public Opinion*, *ibidem*, pp. 42 ss.

¹¹¹ Per esempio, *Brown v. Board. of Educ.*, 347 U.S. 483, 1954 (che stabilisce che le strutture di educazione separate siano inerentemente diseguali).

all'orientamento sessuale¹¹² o imponendo che il voto di ogni persona abbia lo stesso peso¹¹³. Secondo alcuni, il “*Court packing*” comprometterebbe la legittimità e l'indipendenza della Corte così profondamente da impedirle di avere la capacità per svolgere questo ruolo¹¹⁴: posizionare i giudici sotto la volontà dei politici che siedono al Congresso difficilmente servirà gli interessi più ampi di un ordine costituzionale democratico.

2.2. *La durata del mandato dei giudici della Corte.*

Tra le proposte di riforma della Corte Suprema, la previsione di un mandato limitato e non rinnovabile per i giudici è quella che ha riscosso più supporto *bipartisan*. In una testimonianza davanti alla Commissione Presidenziale sulla riforma della Corte Suprema, un gruppo di esperti ha dichiarato che una proposta di mandato non rinnovabile di diciotto anni «merita seria considerazione»¹¹⁵. Anche importanti *think tanks* e i loro *leaders* hanno appoggiato l'idea¹¹⁶, così come studiosi di diritto costituzionale sia liberali sia conservatori¹¹⁷. Nonostante ciò, chiaramente vi sono anche studiosi e commentatori che hanno criticato l'idea di alterare il sistema del mandato a vita, che è stato in uso fin da quando la Costituzione ha stabilito la Corte Suprema.

¹¹² Vedi *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 2015 (che riconosce il diritto di matrimonio per le coppie dello stesso sesso); *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744, 2013 (che impone il riconoscimento anche in Stati in cui non è legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso avvenuto in uno Stato in cui è legale); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 1996 (che decise che un'università statale non può escludere le donne).

¹¹³ Vedi *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 1964.

¹¹⁴ O'DONNELL G., *Delegative Democracy*, in *Journal of Democracy*, vol. 5, 1994, pp. 55 ss.

¹¹⁵ *Supreme Court Practitioners' Committee's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 16 luglio 2021.

¹¹⁶ Per esempio, BUCHANAN M. J., *The Need for Supreme Court Term Limits*, in *Center for American Progress*, 3 agosto 2020; DRUTMAN L., *It's Time for Term Limits for Supreme Court justices*, in *Vox*, 27 giugno 2018.

¹¹⁷ Tra gli altri, *Amar Akhil's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021; *McConnell Michael's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021; *Jackson Vicki's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021.

2.2.1. *Le giustificazioni per un mandato a tempo determinato.*

La previsione del mandato a vita è sostanzialmente unica per i giudici federali degli Stati Uniti: a livello statale, è comune la previsione di un mandato a termine per i giudici. Infatti, dall'epoca dei Padri Fondatori in poi, gli Stati si sono decisamente allontanati dal mandato a vita per i giudici delle loro corti: trentuno Stati e il *District of Columbia* hanno una qualche forma di ritiro obbligatorio¹¹⁸, con la maggioranza degli Stati che prevede i settanta anni come età del ritiro; inoltre, quasi tutti gli Stati stabiliscono dei termini per i giudici delle alte corti statali, che variano da sei a quindici anni (seppur rinnovabili attraverso le elezioni, ma comunque nei limiti della previsione del ritiro obbligatorio). Rhode Island è l'unico Stato che attualmente non ha né una previsione di limite di mandato né un'età di ritiro obbligatorio per i giudici della sua Corte Suprema statale.

Inoltre, gli Stati Uniti sono l'unica grande democrazia nel mondo che non ha né un'età di pensionamento né un mandato a tempo determinato per i suoi giudici della Corte superiore¹¹⁹. Tra le democrazie del mondo, almeno ventisette Paesi prevedono limiti di mandato per le loro corti costituzionali. Le democrazie che non hanno una previsione di questo tipo, come la Corte Suprema del Regno Unito, tipicamente impongono dei limiti di età. Alla luce di questo contrasto, si può ipotizzare che, se si scrivesse oggi la Costituzione degli Stati Uniti, sarebbe improbabile la previsione del mandato a vita per i giudici.

I proponenti di un mandato a termine sostengono che il sistema esistente non abbia un'adeguata giustificazione, se non che sia sempre stato così. Attualmente, il numero di nomine che un Presidente può fare varia molto per circostanze casuali: la disponibilità di un posto vacante alla Corte dipende da quando un giudice decide di ritirarsi, da quando si ammala o da quando muore. La differenza di opportunità tra Presidenti non serve nessuno scopo strutturale.

¹¹⁸ Vedi *State Supreme Courts*, in *Ballotpedia*. Accessibile a: https://ballotpedia.org/State_supreme_courts.

¹¹⁹ Vedi *Jackson written testimony*, cit. alla nota 117; *Dixon Rosalind's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 25 giugno 2021 (che ha dichiarato: «I giudici [della Corte Suprema] continuano a godere della nomina a vita, senza essere soggetti ad alcuna forma di limite di mandato o di età pensionabile obbligatoria, con modalità sempre più inusuali a livello mondiale»).

Di conseguenza, regolarizzare il processo di nomina risponderebbe a queste conseguenze arbitrarie del mandato a vita rendendo le nomine più prevedibili e la composizione della Corte più razionalmente correlata all'esito delle elezioni nel tempo. Per esempio, le proposte che prevedono mandati scaglionati di diciotto anni assicurerebbero che ogni Presidente abbia l'opportunità di due nomine nel corso di ogni mandato presidenziale. Questa prevedibilità raggiungerebbe un equilibrio più appropriato tra due importanti caratteristiche del sistema di *check and balances*: l'indipendenza giudiziaria e la reattività dell'apparato giudiziario al sistema di rappresentanza. Infatti, secondo molti, varie disposizioni della Costituzione¹²⁰ hanno lo scopo di rendere gli individui membri del giudiziario indipendenti in ogni momento e la composizione dell'apparato giudiziario nel suo insieme reattiva alla volontà dei cittadini, espressa attraverso l'elezione del Presidente. Perciò, l'influenza delle elezioni sulla composizione della Corte è indiretta, ma è comunque un fattore importante del sistema costituzionale. Una previsione di mandato a tempo determinato, quindi, garantirebbe un miglior equilibrio tra queste due esigenze sotto due aspetti. Mandati a lungo termine – per esempio un mandato di diciotto anni – insieme a garanzie di sicurezza finanziaria alla fine del servizio isolerebbero gli individui membri della Corte dalla pressione politica e dalla tentazione finanziaria: funzionerebbero efficacemente tanto quanto il mandato a vita nella salvaguardia dell'indipendenza. Allo stesso tempo, mandati a tempo determinato fanno sì che le maggioranze democratiche abbiano le stesse opportunità di incidere sui membri della Corte Suprema attraverso le nomine.

In questo senso, il mandato a vita non sarebbe in linea con il principio di autorità governativa limitata: i nove membri della Corte detengono un potere straordinario sulle questioni critiche, sociali e politiche, per decenni, senza essere soggetti a forme di *accountability*.

Tuttavia, non bisogna confondere l'argomento secondo cui la composizione della Corte dovrebbe riflettere i risultati elettorali nel tempo con la pretesa che i Presidenti

¹²⁰ L'articolo 3 della Costituzione degli Stati Uniti d'America, prevedendo che i giudici conserveranno le loro cariche «finché manterranno buona condotta», garantisce l'indipendenza dei giudici rispetto alle pressioni esterne dirette e inappropriate e all'influenza politica quando interpretano la legge o revisionano le azioni dell'esecutivo o i regolamenti amministrativi. Allo stesso tempo, l'articolo 2 della Costituzione autorizza le istituzioni elette ad incidere sulla composizione dell'apparato giudiziario attraverso le nomine nel tempo: dà al Presidente e al Senato il potere sulle nomine e dà al Congresso il potere sulla struttura e sulla giurisdizione delle corti federali.

abbiano il diritto di far sì che la Corte Suprema renda determinate decisioni. I giudici non devono essere considerati i meri rappresentanti dei partiti politici o le “creature” di un determinato Presidente. Peraltro, un Presidente potrebbe nominare un giudice per molte ragioni oltre alla speranza o l’aspettativa che quel giudice supporterà le idee, la filosofia o l’agenda del Presidente stesso¹²¹; i Presidenti potrebbero voler raggiungere una diversità geografica o demografica, attrarre nuovi votanti attraverso la selezione di una nomina o scegliere un giudice per una particolare esperienza professionale. Di conseguenza, il potere dei Presidenti di nominare giudici ad intervalli regolari, insieme con l’autorità del Senato di consigliare e confermare tale nomina, assicurerebbe che «l’equilibrio politico della Corte rifletta le opinioni della popolazione nel tempo così come espresse nella scelta di presidenti e senatori»¹²².

I sostenitori del mandato a tempo determinato sottolineano che le conseguenze del mandato a vita sono cambiate nel tempo. In particolare, la durata media dei mandati dei giudici è aumentata¹²³: la durata della vita si è allungata e i giudici, quindi, possono ritardare la pensione¹²⁴. Fino alla fine degli anni ’60 del 1900, la durata media di un mandato era di circa quindici anni; in netto contrasto, la durata media dei mandati dei giudici che hanno lasciato la Corte dagli anni ’70 in poi è stata di circa ventisei anni¹²⁵.

Inoltre, la variazione nel numero di opportunità di nomina per ogni Presidente è diventata più spiccata. Nella storia, la media di nomine per la Corte Suprema è stata di circa due per ogni mandato presidenziale¹²⁶: la maggior parte dei Presidenti ha avuto una o due opportunità e i più fortunati ne hanno avute quattro o più. A volte, però, i Presidenti non ne ricevono nessuna e questa situazione è stata più frequente da metà degli anni ’70 in poi: nei centottant’otto anni dalla presidenza di George Washington alla presidenza di

¹²¹ La storia insegna che i Presidenti non possono prevedere con sicurezza il “cammino” che intraprenderà un giudice: spesso i giudici affrontano nuove questioni in contesti parecchio diversi dalle circostanze in cui erano stati nominati.

¹²² *McConnel written testimony*, cit alla nota 117.

¹²³ Vedi CALABRESI S. G. & LINDGREN J., *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 29, 2006, pp. 778 ss.

¹²⁴ CRAMTON R. C., *Reforming the Supreme Court*, in *California Law Review*, vol. 95, 2007, pp. 1316 ss.

¹²⁵ Vi è la possibilità che in futuro la durata media dei mandati continui ad aumentare: diversi giudici recentemente nominati sono più giovani dei loro predecessori e, allo stesso tempo, la durata media di vita sta generalmente crescendo. Peraltro, i partiti potrebbero ambire a nominare giudici sempre più giovani nella speranza che servano la Corte più a lungo così da proteggere determinate visioni e orientamenti per tre o più decenni.

¹²⁶ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, pp. 114 ss.

Gerald Ford, vi furono solo cinque mandati presidenziali su quarantasette in cui i Presidenti non nominarono alcun giudice¹²⁷; nei quarantaquattro anni dalla presidenza di Jimmy Carter a Donald Trump, i mandati presidenziali che non hanno visto opportunità di nomina sono tre su undici (quattro su undici se si considera il rifiuto del Senato di considerare la nomina del giudice Merrick Garland durante il secondo mandato di Barack Obama)¹²⁸.

Coloro che propongono l'imposizione di un limite al mandato dei giudici non ricercano un equilibrio tra i partiti. Se un partito vince le elezioni più spesso, allora i suoi Presidenti dovrebbero avere l'opportunità di nominare più giudici, chiaramente accompagnata dal controllo del Senato. Al momento, però, il sistema permette ai partiti di modellare la composizione e influenzare la direzione della Corte in un modo che non necessariamente riflette il successo elettorale di quel partito nel tempo¹²⁹.

In aggiunta, il mandato a tempo determinato eliminerebbe la possibilità delle "pensioni strategiche" o, comunque, la percezione che i giudici si ritirino in modo strategico. Attraverso le pensioni strategiche i giudici tentano di controllare la futura direzione della Corte creando posti vacanti quando vi è un determinato Presidente o una determinata maggioranza al Senato. Al contrario, i giudici possono rimanere membri della Corte per aspettare che un diverso Presidente scelga il successore. Questi calcoli strategici, o anche solo la percezione di questi, possono alimentare la visione della Corte come un'istituzione partitica da parte del pubblico e contribuire ad un sentimento di ingiustizia del sistema. Anche se è impossibile sapere il motivo per cui un determinato giudice scelga di ritirarsi in quel particolare momento, un termine stabilito per il mandato potrebbe porre fine sia alla possibilità sia alla percezione delle pensioni strategiche. Infatti, secondo le principali proposte di riforma, in caso di ritiro di un giudice prima della fine prevista del mandato, i Presidenti nominerebbero un nuovo giudice che servirebbe la Corte solo per i rimanenti anni di quel mandato. In questo modo, molti vantaggi delle pensioni strategiche sarebbero eliminati¹³⁰.

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ Vedi PERETTI T. L., *Promoting Equity in the Distribution of Supreme Court Appointments*, in CRAMTON R. C. & CARRINGTON P. D. (a cura di), *Reforming the Court: term limits for Supreme Court Justices*, Durham, 2006, pp. 435 ss.

¹³⁰ I sostenitori della riforma non ritengono che il mandato a tempo determinato sia la "panacea" della polarizzazione, né che fermerebbe i partiti politici dal combattere sulle nomine dei giudici. Ma

Infine, alcuni sostenitori della riforma credono che una rotazione regolare del personale migliorerebbe la qualità del processo decisionale nel tempo¹³¹. D'altronde, i giudici, come gli altri, sono “un prodotto del loro tempo”. Dopo distinte carriere professionali e diciotto anni di mandato alla Corte, i giudici potrebbero tendere ad allontanarsi dalle esperienze e contesti a cui le loro decisioni legali saranno applicate e potrebbero avere più difficoltà a raggiungere nuove prospettive. Una rotazione nell'ufficio introduce nuove “voci” e nuove dinamiche interpersonali nelle deliberazioni in un organo collegiale, così come più diversità generazionale, che possono portare nuove prospettive di valore¹³². Peraltro, assicurare cambiamenti regolari nella composizione può essere particolarmente importante per gli organi in cui un piccolo numero di persone detiene un potere considerevole. Infatti, dato quanto potere ha ottenuto la Corte come istituzione, affidarsi ai giudici stessi per quanto riguarda la decisione di lasciare spazio a nuove figure che possono rivitalizzare la Corte è una decisione non di poco conto. Questi sono proprio alcuni dei motivi per cui le regole che controllano la *leadership* di altre organizzazioni spesso ne richiedono un cambiamento dopo determinati anni¹³³ e, inoltre, sono alcune delle ragioni che hanno portato altri sistemi, in cui i giudici sono nominati attraverso meccanismi non politici (per esempio, attraverso commissioni di giudici e avvocati), a prevedere comunque dei limiti di mandato o un'età obbligatoria di pensione¹³⁴.

regolarizzando i mandati, il sistema delle nomine sarebbe meno arbitrario e più prevedibile, così da aumentare la legittimità della Corte Suprema agli occhi del pubblico.

¹³¹ DAVIS J. P. & EISENHARDT K. M., *Rotating Leadership and Collaborative Innovation: Recombination Processes in Symbiotic Relationships*, in *Administrative Science Quarterly*, vol. 56, 2011, p. 194 (che collega la rotazione del personale con l'innovazione nel processo decisionale); EREZ A., LEPINE J. A. & ELMS H., *Effects of Rotated Leadership and Peer Evaluation on the Functioning and Effectiveness of Self-Managed Teams: A Quasi-Experiment*, in *Journal of Personnel Psychology*, vol. 55, 2002, p. 929 («I *teams* che ruotavano la leadership tra i membri avevano livelli più elevati di voce, cooperazione e prestazioni».)

¹³² Al riguardo, ROCK D. & GRANT H., *Why Diverse Teams Are Smarter*, in *Harvard Business Review*, 4 novembre 2016. Accessibile su: <https://hbr.org/2016/11/why-diverse-teams-are-smarter>.

¹³³ ROSENBLUM D. & NILI Y., *Board Diversity by Term Limits?*, in *Alabama Law Review*, vol. 71, 2019, pp. 242 ss. (che descrivono varie aziende che hanno implementato limiti di durata per i membri dei loro consigli di amministrazione e il conseguente calo dell'età media dei membri che prestano servizio in questi consigli).

¹³⁴ In Giappone, ad esempio, i giudici sono nominati dal Gabinetto e scelti da liste di candidati nominati dalla Corte Suprema e durano in carica dieci anni.

La possibilità di imporre un'età pensionabile obbligatoria è talvolta proposta come un'alternativa al mandato a tempo determinato¹³⁵. Alcune delle giustificazioni esposte per un limite di mandato, come la reattività ai risultati delle elezioni nel tempo o la prevedibilità della fine del mandato di ogni giudice, sarebbero valide anche per l'età pensionabile; ma questa proposta sarebbe di livello inferiore per vari aspetti: non garantirebbe nomine regolari e incoraggerebbe i partiti a nominare candidati sempre più giovani. Perciò, se l'obiettivo è regolarizzare il processo e assicurare che i partiti vincitori delle elezioni abbiano un numero prevedibile di opportunità di nomina, il mandato a tempo determinato rappresenta un'opzione migliore.

2.2.2. *Le obiezioni a un mandato a tempo determinato.*

Coloro che non condividono l'idea di un mandato a tempo determinato per i giudici della Corte Suprema ritengono in generale che il sistema attuale di nomina e protezione dell'indipendenza e neutralità dei giudici federali e della Corte Suprema, attraverso il mandato a vita, abbia funzionato in modo appropriato per duecentotrenta anni: l'apparato giudiziario federale indipendente, così protetto, sarebbe uno dei più rilevanti traguardi del sistema costituzionale americano¹³⁶. Pertanto, chi propone un mandato limitato per i giudici della Corte Suprema ha un pesante onere di persuasione nel momento in cui propone di abrogare quello che, secondo gli oppositori della proposta, rappresenta un importante pilastro dell'indipendenza giudiziaria. Infatti, la previsione costituzionale secondo cui i giudici della Corte Suprema conservano le loro cariche finché mantengono una «buona condotta», che è considerata la giustificazione del mandato a vita, sarebbe una delle due sole protezioni esplicite dell'indipendenza giudiziaria¹³⁷.

Inoltre, gli oppositori della riforma negano che sarebbe positivo garantire ad ogni Presidente la possibilità di due nomine. Questo “politicizzerebbe” ulteriormente le

¹³⁵ *Marshall Margaret's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 16 luglio 2021.

¹³⁶ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 117.

¹³⁷ Oltre a prevedere che i giudici ricoprano la loro carica finché mantengono una «buona condotta», l'articolo 3, sezione prima della Costituzione degli Stati Uniti d'America prevede che: «[I giudici] riceveranno per i loro servizi, a tempi prefissati, un compenso che non potrà esser diminuito durante la loro permanenza in carica».

nomine e aumenterebbe la visione secondo cui i giudici sono alleati del Presidente e del suo partito, che danneggerebbe molto la Corte.

È possibile trovare anche obiezioni più specifiche alle proposte di mandato a tempo determinato e relative giustificazioni. In primo luogo, una riforma di questo tipo potrebbe creare una dinamica secondo cui le elezioni presidenziali si concentrerebbero non sulle nomine per la Corte in generale, ma sui due posti vacanti garantiti e le nomine nello specifico: se due nomine fossero garantite per ogni mandato presidenziale, la Corte potrebbe diventare ancor più una questione di politica elettorale. I candidati Presidenti potrebbero avere incentivi ancora maggiori a promettere chi nomineranno, cosicché le elezioni presidenziali potrebbero apparire al pubblico come elezioni anche di specifici candidati alla Corte Suprema¹³⁸.

Secondariamente, se una delle problematiche dell'attuale sistema è che il processo di conferma delle nomine risulta essere una lotta partitica, allora prevedere ancora più regolari audizioni in Senato per la conferma semplicemente peggiorerebbe una situazione di per sé già negativa. Secondo alcuni, una riduzione del conflitto partitico attraverso l'introduzione del mandato a termine sarebbe improbabile negli Stati Uniti, vista la dinamica sottostante al processo di conferma attuale e le influenze dei gruppi di interesse¹³⁹.

Inoltre, parte della dottrina ha espresso preoccupazione rispetto alla possibilità che un mandato a tempo determinato possa indebolire il principio strutturale dell'indipendenza giudiziaria¹⁴⁰. Secondo questa visione, il mandato a vita è essenziale per l'indipendenza, come dimostrato dalla storia, e gli esempi di corti straniere non sono rilevanti poiché i sistemi sono profondamente diversi. Anche ipotetici mandati lunghi e non rinnovabili sono visti come una minaccia all'indipendenza poiché alcuni giudici dovrebbero preoccuparsi di cosa fare dopo la fine del mandato: i loro piani per il futuro potrebbero influire sulla loro prestazione come giudici o sulla percezione pubblica di

¹³⁸ Un processo elettorale di questo tipo potrebbe cambiare non solo la pubblica percezione della Corte, ma anche come i giudici vedono se stessi e si comportano, rendendo l'istituzione più partitica.

¹³⁹ Vedi BURBANK S. B., *Alternative Career Resolution II: Changing the Tenure of Supreme Court Justices*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, 2006, p. 1548; HELLMAN A. D., *Reining in the Supreme Court: Are Term Limits the Answer?*, in CRAMTON R. C. & CARRINGTON P. D. (a cura di), *Reforming the Court: term limits for Supreme Court Justices*, Durham, 2006, pp. 298 ss.

¹⁴⁰ *Bobbitt Philip's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, ottobre 2021; *Paulsen Michael Stokes' written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 2 agosto 2021; *Barnett Randy's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021.

quella prestazione¹⁴¹. Per risolvere questo problema, le proposte di un mandato a termine dovrebbero essere accompagnate da restrizioni sugli impieghi successivi al periodo presso la Corte, che potrebbero essere problematiche¹⁴².

Oltre a ciò, un maggior ricambio di giudici alla Corte Suprema potrebbe avere dei costi. Infatti, si può obiettare che un limite di mandato priverebbe la Corte di alcuni benefici che possono risultare dal fatto che i giudici servono l'ufficio per diversi decenni: alcuni ritengono che il mandato a vita migliori il giudizio dei giudici perché la saggezza aumenta con l'età e l'esperienza. Inoltre, molti dei più grandi giudici della storia (tra gli altri, *Chief Justice* Marshall) hanno servito la Corte per lungo tempo: un sistema di mandato a termine potrebbe rendere simili carriere meno probabili in futuro e ciò potrebbe ridurre il peso della Corte nel suo insieme. Ancora relativamente all'eventuale maggior ricambio di giudici, vi possono essere conseguenze sul piano dottrinale: i nuovi giudici solitamente hanno differenti visioni della legge rispetto ai predecessori e potrebbero essere inclini a “*overrule*” o limitare i precedenti con cui sono in disaccordo, cosicché un frequente ricambio porterebbe a frequenti cambiamenti di dottrina o, addirittura, cicli in cui i precedenti sono revocati solo per poi essere riaffermati successivamente¹⁴³.

La previsione di un limite di mandato, poi, potrebbe garantire al Presidente eccessivo potere: se i Presidenti hanno l'opportunità di nominare due giudici ad ogni mandato, allora un Presidente rieleto nominerebbe quattro giudici sui nove che compongono la Corte Suprema¹⁴⁴. Il potere di nominare quattro noni della Corte Suprema è un potere sostanziale: la previsione di mandati a tempo determinato fisserebbero questo potere, rendendolo meno soggetto alle variazioni del caso. Pertanto, la casualità delle

¹⁴¹ Qualcuno potrebbe pensare che un giudice che mira a future posizioni governative possa tentare di guadagnarsi il favore delle istituzioni politiche o che un giudice interessato a future posizioni in uno studio legale o in un'impresa possa decidere i casi alla luce di questi piani.

¹⁴² FARNSWORTH W., *The Regulation of Turnover on the Supreme Court*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2005, 2005, p. 411.

¹⁴³ Studi empirici relativi ai possibili effetti di un limite di mandato sui cambiamenti dottrinali mostrano possibilità diverse. Per esempio, CHILTON A., EPPS D., ROZEMA K. & SEN M., *Designing Supreme Court Term Limits*, in *Southern California Law Review*, vol. 95, 2021, pp. 1 ss. suggerisce che «tutte tranne una delle proposte più importanti per un limite di mandato avrebbero probabilmente prodotto meno cambiamenti [di dottrina] di quanti si sono effettivamente verificati nel mondo reale»; SUNDBY C. & SHERRY S., *Term Limits and Turmoil: Roe v. Wade's Whiplash*, in *Texas Law Review*, vol. 98, 2019, p. 160 conclude che «il pericolo di una maggiore instabilità dovuta ai limiti di durata è molto reale» e deve essere valutato rispetto ai potenziali benefici dei limiti di durata.

¹⁴⁴ La preoccupazione sarebbe anche maggiore se si prevedesse un mandato di dodici anni, poiché in due mandati un Presidente nominerebbe la maggioranza della Corte.

opportunità che hanno avuto i Presidenti nel corso della storia potrebbe, in realtà, essere vista come un vantaggio poiché limita il potere e le ambizioni presidenziali.

Un diverso tipo di obiezione riguarda i possibili incentivi alle “abilità di gioco” per determinati casi: se si sapesse che un giudice “in bilico” su una determinata questione fosse destinato a concludere il suo mandato in una specifica data, le parti litiganti o i giudici delle corti inferiori potrebbero provare a gestire le tempistiche di un caso di conseguenza¹⁴⁵. Allo stesso tempo, i giudici che volessero decidere una questione mentre hanno ancora il potere di farlo potrebbero essere inclini a garantire il *certiorari* prima che quella questione sia stata “filtrata” completamente dalle corti inferiori oppure potrebbero avere la tentazione di accettare casi che non sarebbero il “veicolo” ideale per presentare e decidere quella questione¹⁴⁶. Analogamente, gli altri giudici potrebbero votare per ritardare un’audizione o un caso fino a che un determinato collega non debba lasciare la Corte.

Infine, gli oppositori della riforma si rifanno alle parole di Hamilton in *Federalist* 78 che dichiara: «Niente può contribuire così tanto alla fermezza e indipendenza del giudiziario come la permanenza dell’ufficio», che sarebbe «un ingrediente indispensabile della sua costituzione»¹⁴⁷. Il mandato a vita, così come garantito dalla Costituzione, aiuterebbe a proteggere l’indipendenza sia decisionale sia istituzionale dell’apparato giudiziario dall’essere «sopraffatto, intimorito o influenzato» dagli altri apparati¹⁴⁸.

2.3. Il ruolo della Corte nel sistema costituzionale.

Buona parte della dottrina considera l’apparato giudiziario, in particolare la Corte Suprema, vitale per la salvaguardia dei diritti individuali, della democrazia, del federalismo e altri valori costituzionali¹⁴⁹. Secondo questa visione, la Corte è un importante contrappeso rispetto a impulsi maggioritari, protegge la Costituzione e

¹⁴⁵ Tuttavia, secondo *Supreme Court Practitioners’ Committee’s written testimony*, cit. alla nota 117, «l’orchestrazione dei tempi all’interno di finestre di due anni spesso si rivelerebbe difficile» e «il fatto che più giudici avrebbero *records* più brevi» potrebbe anche ostacolare le previsioni.

¹⁴⁶ HELLMAN, *Reining in the Supreme Court*, cit. alla nota 139, pp. 303 ss.

¹⁴⁷ HAMILTON A., *The Federalist No. 78*, in SHAPIRO I. (a cura di), *The Federalist*, New Haven, 2009, p. 393.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 392 ss.

¹⁴⁹ Vedi, per esempio, *Feldman Noah’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021; *Bobbitt Philipp’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, ottobre 2021.

assicura il rispetto della legge. Ma un'altra parte della dottrina ritiene che la Corte Suprema abbia esercitato troppo potere, interferendo o prendendo il controllo di materie che dovrebbero essere risolte dalle istituzioni elettive e dal processo politico. Questi osservatori sostengono che la Corte abbia rappresentato un ostacolo alla realizzazione di importanti obiettivi sociali e abbia indebolito l'abilità di protezione dei diritti del Congresso e degli altri attori politici¹⁵⁰.

Le proposte per diminuire il potere della Corte generalmente si basano su due presupposti correlati¹⁵¹. In primo luogo, le decisioni della Corte secondo cui una legge viola la Costituzione tipicamente richiedono l'esercizio di un giudizio relativo al significato della Costituzione, su cui i giudici potrebbero non concordare (come spesso dimostrato dalle divisioni tra i giudici stessi). Secondariamente, in casi di ragionevole disaccordo, principi di democrazia richiedono che il Congresso e l'esecutivo abbiano l'opportunità di controllare i giudizi di un apparato giudiziario non eletto e di proporre le loro idee rispetto a cosa impone la Costituzione. I sostenitori di una diminuzione di potere dei giudici ritengono che la Corte Suprema moderna si sia inserita in sfere di competenza della discussione democratica (per esempio, le leggi di restrizione dell'aborto o la legislazione di protezione dei diritti di voto): secondo questa visione, un apparato giudiziario non eletto agisce in modo non democratico quando annulla azioni di corpi rappresentativi eletti democraticamente¹⁵². Per alcuni, il problema è anche che i giudici della Corte Suprema sono quasi sempre di estrazione elevata e, quindi, non sufficientemente rappresentativi della popolazione nel suo insieme¹⁵³.

¹⁵⁰ Vedi *Moyn Samuel's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021; *Bowie Nicholas' written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021. Vedi anche DOERFLER R. & MOYN S., *Democratizing the Supreme Court*, in *California Law Review*, vol. 109, 2021, pp. 1703 ss.

¹⁵¹ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, pp. 152 ss.

¹⁵² Vedi BICKEL A. M., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1st ed., New York, 1962, p. 16. Per critiche della supremazia giudiziaria, vedi, per esempio, KRAMER L. D., *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 1st ed., Oxford, 2004, pp. 249 ss.; TUSHNET M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999; WHITTINGTON E., *Extrajudicial constitutional interpretation: Three Objections and Responses*, in *North Carolina Law Review*, vol. 80, 2002, pp. 789 ss. Per una difesa, vedi ALEXANDER L. & SCHAUER F., *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, vol. 110, 1997, pp. 1362 ss.

¹⁵³ *Bowie's testimony*, cit alla nota 150.

Coloro che criticano il potere della Corte Suprema enfatizzano il fatto che quando la Corte dichiara nulla una legge, la decisione ha un grado di “forza” inusuale¹⁵⁴. Questo deriverebbe in parte dall’approccio della Corte al potere di *judicial review*, conosciuto come “supremazia giudiziaria”¹⁵⁵: la Corte ha deciso che ha l’ultima parola sull’interpretazione della Costituzione e che le sue decisioni vincolano non solo le parti nella determinata controversia, ma anche le future azioni del Presidente, del Congresso e degli Stati¹⁵⁶. In realtà, però, questo approccio non è esplicitamente previsto dal testo costituzionale né dai primi precedenti della Corte in cui è stato dichiarato il potere di *judicial review*.

Le proposte per frenare il potere giudiziario sono diverse. Quelle più diffuse, probabilmente, sono: spogliare la Corte Suprema e le altre corti federali della giurisdizione su determinati tipi di casi; imporre dei requisiti di voto a “super-maggioranza” o imporre alle corti di essere deferenti rispetto a giudizi legislativi di costituzionalità; autorizzare “*overrides*” legislativi di decisioni giudiziarie che dichiarano nulla una legge.

È interessante, perciò, analizzare gli effetti queste proposte sul ruolo della Corte Suprema o dell’apparato giudiziario nel suo insieme, in relazione agli altri apparati di governo, nella risoluzione di grandi questioni sociali, politiche e culturali. Infatti, vi sono anche critiche a queste proposte: alcuni sostengono che riforme di questo tipo indebolirebbero la protezione dei diritti individuali o eliminerebbero il ruolo della Corte nell’assicurare l’*accountability* dei funzionari di governo; altri mettono in dubbio anche il fatto che la Corte operi in modo non democratico.

¹⁵⁴ Dixon Rosalind’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court, 25 giugno 2021. Vedi anche TUSHNET M., *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, 2009, p. 21.

¹⁵⁵ Vedi, in generale, GREENE J., *Giving the Constitution to the Courts*, in *Yale Law Journal*, vol. 117, 2008, pp. 886 ss.

¹⁵⁶ Vedi *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 1958 (che afferma che «l’apparato giudiziario federale è supremo nell’esposizione della legge costituzionale»); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 1974; *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 1997; *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 2000.

2.3.1. *Proposte per limitare la giurisdizione della Corte.*

Una serie di proposte per ridurre il potere della Corte Suprema prevede la limitazione della giurisdizione della Corte stessa relativamente a certi tipi di casi. Negli ultimi cinquanta anni, vari membri del Congresso hanno proposto leggi che diminuirebbero la giurisdizione o l'autorità della Corte per quanto riguarda le decisioni di costituzionalità sulla legislazione antiaborto¹⁵⁷, sulla preghiera nelle scuole¹⁵⁸, sull'*Affordable Care Act*¹⁵⁹, sulle restrizioni contro la pornografia¹⁶⁰ e sul *Defense Marriage Act* (ora dichiarato incostituzionale)¹⁶¹. I proponenti di tali privazioni di giurisdizione sperano che, limitando il potere della Corte in questo modo, il controllo su questi ambiti passi al processo politico e democratico.

Eventuali modifiche della giurisdizione sono a lungo state oggetto di dibattito anche in dottrina e hanno guadagnato nuova attenzione negli ultimi anni¹⁶². Nonostante ciò, però, nessun commentatore ha offerto un progetto programmatico preciso per una limitazione di giurisdizione. Non è possibile determinare la costituzionalità di una modifica in questo senso in astratto: il Congresso ha certamente il potere di imporre limiti sulla giurisdizione di appello della Corte Suprema, ma la misura di questo potere non è chiara e la costituzionalità dipende, quindi, dalle specifiche proposte.

Vi sono molti possibili modi di limitazione della giurisdizione; ma le attuali proposte più diffuse si concentrano su una diminuzione di potere della Corte relativamente a specifiche leggi o tipi di leggi, invece che relativamente a casi considerati “non importanti” sulla base, per esempio, della somma in controversia.

Pertanto, gli effetti delle attuali proposte sono sostanziali poiché proteggerebbero specifiche questioni e legislazioni dal potere di *judicial review* della Corte. Ma raggiungerebbero anche alcuni obiettivi più astratti, come la redistribuzione delle autorità nel processo decisionale all'interno dello schema di governo: può essere visto come uno

¹⁵⁷ Vedi, per esempio, S. 158, 97th Cong., 1981; H.R. 867, 97th Cong., 1981; H.R. 900, 97th Cong., 1981.

¹⁵⁸ Vedi, per esempio, S. 1742, 97th Cong., 1981; H.R. 4364, 109th Cong., 2005.

¹⁵⁹ Vedi, per esempio, *Patient Protection and Affordable Care Act* §3403(e)(5), 42 U.S.C. §1395ww(r)(3).

¹⁶⁰ Vedi, per esempio, S. 4058, 90th Cong., 1968.

¹⁶¹ Vedi, per esempio, H.R. 3313, 108th Cong. (2004); H.R. 4379, 109th Cong., 2005.

¹⁶² Vedi SPRIGMAN C. J., *Congress's Article III Power and the Process of Constitutional Change*, in *New York University Law Review*, vol. 95, 2020, pp. 1785 ss.; DOERFLER & MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, cit. alla nota 150; *Dixon's testimony*, cit. alla nota 154.

strumento per promuovere una maggiore *accountability* democratica poiché sposta il potere dalla Corte Suprema a istituzioni elettive¹⁶³.

In realtà, la possibilità che una limitazione della giurisdizione possa promuovere una significativa *accountability* democratica lascia scettici, se il Congresso restringesse la giurisdizione di appello della sola Corte Suprema. Infatti, la ricollocazione di autorità sarebbe più rilevante se il Congresso limitasse la giurisdizione di tutte le corti, sia federali sia statali: precludendo ogni possibilità di *judicial review* di determinata legislazione, il Congresso potrebbe effettivamente reclamare l'autorità di dichiarare la costituzionalità di quella legislazione. L'abilità delle proposte di riforma di promuovere la democrazia politica sembra limitata per definizione. Infatti, le limitazioni della giurisdizione di appello della Corte Suprema non trasferirebbero direttamente l'autorità interpretativa dall'apparato giudiziario al Congresso: ricollocherebbero il potere dalla Corte Suprema alle corti inferiori. Perciò, non sembra essere efficace precludere solo la revisione da parte della Corte Suprema, che peraltro permetterebbe a corti diverse di rilasciare decisioni incompatibili sulla stessa questione costituzionale sostanziale senza la possibilità di riconciliazione presso la Corte Suprema.

2.3.2. *Proposte per introdurre regole di “super-maggioranza” o di “deferenza”.*

Un secondo modo per ridurre il potere della Corte Suprema prevede l'introduzione di nuove regole: il requisito di un voto a “super-maggioranza” per le decisioni che dichiarano incostituzionale un'azione delle istituzioni politiche oppure l'imposizione di uno *standard* di “deferenza” da parte della Corte nei casi di revisione costituzionale. Queste proposte renderebbero più complicato per la Corte Suprema invalidare la legislazione e gli altri atti dei rami elettivi sulla base di violazioni costituzionali. Come la proposta di limitazione della giurisdizione, pure in questo caso parte del potere sarebbe spostato dalla Corte alle altre istituzioni, anche se la Corte manterrebbe il potere di “ultima parola” sulle materie costituzionali.

Secondo una consuetudine di lunga durata, la Corte Suprema assume le sue decisioni con voti a maggioranza semplice. In realtà, né l'articolo 3 della Costituzione degli Stati Uniti né il *Judiciary Act* del 1789 specificano come la Corte Suprema dovrebbe

¹⁶³ *Moyn's testimony*, cit. alla nota 150.

adottare le sue decisioni. Dalle origini, però, la Corte sembra aver presunto che un voto a maggioranza semplice fosse sufficiente: è una conclusione generalmente consistente con la tradizionale pratica delle corti collegiali angloamericane.

Nonostante il voto a maggioranza semplice sia la regola più comune tra le corti in tutto il mondo, alcune alte corti al di fuori degli Stati Uniti operano secondo voti a maggioranza assoluta per le decisioni di costituzionalità. Secondo un recente studio¹⁶⁴, almeno dieci Paesi prevedono la regola della “super-maggioranza”, tipicamente nelle loro costituzioni. Per esempio, la Corea del Sud adottò l’attuale versione della sua regola di “super-maggioranza” nel 1987, secondo la quale sono necessari sei voti su nove per dichiarare una legge incostituzionale. Uno studio sulla Corte costituzionale della Corea del Sud ha contato sessantadue casi dal 1987 al 2016 decisi da un voto di quattro contro cinque giudici (in cui cinque erano coloro che ritenevano la legge incostituzionale), accanto a un sostanziale numero di casi di costituzionalità in cui i voti non erano così ravvicinati¹⁶⁵. Questo studio non suggerisce tensioni significative nella legge coreana o nella condotta delle corti come risultato della regola decisionale, anche se indica alcuni problemi di implementazione¹⁶⁶. Inoltre, le esperienze comparative mostrano che i requisiti di maggioranza assoluta non necessariamente impediscono alle corti costituzionali di rilasciare importanti decisioni dichiarando incostituzionali delle leggi. Per esempio, la Corte Suprema del Messico (che per invalidare una legge ha bisogno di otto voti favorevoli su undici) ha rilasciato diverse importanti decisioni di costituzionalità contro il governo¹⁶⁷.

In ogni caso, un requisito in questo senso richiederebbe un maggior accordo tra i giudici rispetto ad un giudizio di incostituzionalità in base alla regola attuale di

¹⁶⁴ Law David’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court, 21 settembre 2021, che cita una tesi dell’Università di Hong Kong (HIM CHAN E. Y., *Judicial Review and Supermajority Voting Rules*, maggio 2019) secondo cui sarebbero undici i Paesi con requisiti di “super-maggioranza” nelle loro corti costituzionali, ma questi comprendono il Taiwan che ha previsto il voto a maggioranza semplice a partire dal 2022.

¹⁶⁵ HONG J. S., *Signaling the Turn: The Supermajority Requirement and Judicial Power on the Constitutional Court of Korea*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, 2019, pp. 194 ss.

¹⁶⁶ Tuttavia, molte delle corti straniere con questa regola (inclusa la corte della Corea del Sud) ascoltano principalmente o esclusivamente casi di costituzionalità e generalmente non ascoltano casi in appello dai tribunali inferiori. Pertanto, non è chiaro se le loro esperienze si possano tradurre nella Corte Suprema degli Stati Uniti, che ascolta casi di costituzionalità ed esamina le decisioni dei tribunali di grado inferiore.

¹⁶⁷ Vedi, per esempio, HARRUP A., *Mexico’s Top Court Sets Back President’s Plans for State Power Company*, in *Wall Street Journal*, 3 febbraio 2021.

maggioranza semplice. Ad opinione dei sostenitori della proposta, la Corte oggi è molto incline a dichiarare invalide le leggi e contrastare i risultati del processo democratico¹⁶⁸. Inoltre, viene enfatizzato il fatto che la Corte ha risolto molte questioni costituzionali delicate e dibattute con un voto di cinque contro quattro, in particolare nell'era moderna¹⁶⁹. Pertanto, la proposta di una “super-maggioranza” è considerata uno strumento chiaro e facilmente implementabile per raggiungere il tipo di “deferenza al potere legislativo” che James Bradley Thayer cercò di ottenere attraverso una «regola di amministrazione [giudiziaria]» secondo cui le corti avrebbero dovuto invalidare la legislazione congressuale solo in casi di «chiara incostituzionalità»¹⁷⁰.

È anche possibile sostenere che vi sarebbe una maggiore probabilità che la Corte raggiunga una decisione di costituzionalità corretta se una maggioranza più ampia deve concordare sul fatto che una determinata legge sia incostituzionale¹⁷¹.

Tuttavia, una preoccupazione rilevante riguarda la possibilità che una misura di questo tipo colpisca la capacità della Corte di proteggere i diritti costituzionali contro gli abusi della maggioranza. Una delle visioni convenzionali e di lunga durata ritiene che le corti e la revisione costituzionale servano come controllo contro-maggioritario sugli organi politici, limitando gli abusi di potere del legislatore e degli ufficiali di governo¹⁷². Un requisito di voto a “super-maggioranza” renderebbe più difficile per la Corte proteggere i diritti costituzionali, se non interpretati in egual modo a larga maggioranza. Correlativamente, questo requisito indebolirebbe anche l'abilità di proteggere le strutture costituzionali del federalismo e la separazione dei poteri contro le invasioni del Congresso. Peraltro, la nuova regola potrebbe accrescere il potere congressuale non solo rispetto alle corti, ma anche rispetto agli Stati e al ramo esecutivo.

Allo stesso tempo, vi è chi sostiene che la regola potrebbe, in realtà, rafforzare i diritti costituzionali proprio diminuendo il potere della Corte Suprema, poiché «la protezione dei diritti potrebbe ben essere disponibile in forma superiore attraverso gli

¹⁶⁸ SHUGERMAN J. H., *A Six-Three Rule: Reviving Consensus and Deference on the Supreme Court*, in *Georgia Law Review*, vol. 37, 2003, pp. 893 ss.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ THAYER J. B., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, pp. 129 ss.

¹⁷¹ In questo senso, SHUGERMAN, *A Six-Three Rule*, cit. alla nota 168, p. 932. Vedi anche MCGINNIS J. O. & RAPPAPORT M. B., *Supermajority Rules as a Constitutional Solution*, in *William & Mary Law Review*, vol. 40, 1999, pp. 437 ss. (che considera regole di “super-maggioranza” come uno strumento per ottenere risultati migliori in generale).

¹⁷² Vedi, in generale, DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Cambridge, 1978.

organi politici»¹⁷³. Aniché guardare esclusivamente alle corti come strumenti di protezione dei diritti individuali, sarebbe quindi possibile affidarsi alla legislazione (e a sforzi legislativi come il *Voting Rights Act*¹⁷⁴) come protettrice dei diritti costituzionali. Secondo alcuni osservatori, le istituzioni politiche hanno un importante ruolo di promozione delle libertà costituzionali che le corti, recentemente, avrebbero minato¹⁷⁵. Peraltro, se si ritiene che le corti siano troppo “protettive” nei confronti degli Stati o dell’esecutivo, o che le questioni strutturali sono meglio risolvibili politicamente, rafforzare il potere congressuale in tale ambito sarebbe un vantaggio.

È ragionevole supporre che i requisiti di voto a “super-maggioranza” probabilmente raggiungerebbero almeno alcuni degli effetti che sono nelle intenzioni dei proponenti. Una riforma in questo senso potrebbe in parte spostare l’autorità sulle questioni costituzionali dalla Corte Suprema verso altri attori di governo, riducendo le possibilità che la Corte dichiari incostituzionali azioni degli organi politici. Ma regole di “super-maggioranza” comporterebbero anche dei potenziali costi e la maggiore correttezza delle decisioni è incerta in assenza di criteri concordati per distinguere le decisioni corrette da quelle incorrette¹⁷⁶. In ogni caso, la misura del successo dipenderebbe da come sarebbe imposto il requisito di voto a “super-maggioranza” e, comunque, l’idea generale fa sorgere qualche dubbio per via di alcune possibili sfide relative all’implementazione, in particolare data la vasta gamma di casi che sono portati all’attenzione della Corte in varie vie processuali.

In primo luogo, tale requisito complicherebbe la supervisione delle Corti di appello da parte della Corte Suprema. Infatti, in uno scenario in cui è necessario un voto di sei contro tre per dichiarare una legge incostituzionale, cosa succederebbe nel caso in cui la Corte Suprema votasse cinque contro quattro per affermare la decisione di una corte inferiore che invalida una legge federale sulla base di violazioni costituzionali? La decisione della Corte equivarrebbe a una decisione che revoca il giudizio della corte inferiore riguardo l’incostituzionalità della legge? Sarebbe necessario assumere un esito in questo senso, dato che la principale motivazione per introdurre la “super-maggioranza”

¹⁷³ DOERFLER & MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, cit. alla nota 150, p. 1742.

¹⁷⁴ Peraltro, la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale la sezione quarta del *Voting Rights Act* in *Shelby County v. Holder*, cit. alla nota 90.

¹⁷⁵ DOERFLER & MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, cit. alla nota 150.

¹⁷⁶ Vedi KRISHNAMURTHI G., *For Judicial Majoritarianism*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 22, 2020, pp. 1240 ss.

è garantire maggiore deferenza agli organi politici; in alternativa, cioè nel caso in cui la decisione della corte inferiore fosse mantenuta, la deferenza giudiziaria non sarebbe promossa efficacemente perché trasferirebbe solo il potere dalla Corte Suprema alle corti inferiori. Ma la distanza tra la maggioranza dei giudici che ha concluso che la legge sia incostituzionale e il risultato legale del caso secondo il requisito di “super-maggioranza” potrebbe causare confusione in futuro per le corti che devono interpretare il significato dottrinale in casi analoghi¹⁷⁷.

Secondariamente, il Congresso potrebbe considerare l’eventualità di estendere il requisito alle corti federali inferiori o alle corti statali, oltre alla Corte Suprema. Questa estensione non cambierebbe l’attuale pratica delle corti federali inferiori¹⁷⁸, se non per le audizioni *en banc*¹⁷⁹. La maggior parte delle corti statali supreme applicano il voto a maggioranza, ma i loro casi in genere riguardano le leggi statali e non federali; pertanto, l’effetto (assumendo che il nuovo requisito si applichi alle sole decisioni basate sulla Costituzione) non sarebbe di ampia portata. Una regola di “super-maggioranza” applicata alla sola Corte Suprema (o a tutte le corti federali) potrebbe avere l’effetto incidentale di conferire potere alle corti statali: anche se il Congresso estendesse il requisito alle corti supreme statali quando decidono questioni di costituzionalità federali, le corti statali sarebbero ancora libere di decidere la costituzionalità delle leggi statali sulla base delle costituzioni statali, che spesso contengono libertà e garanzie parallele alla Costituzione federale¹⁸⁰. Queste garanzie basate sulla legge statale, probabilmente, acquisterebbero importanza se l’autorità delle corti di decidere sulla base della Costituzione federale fosse limitata (ancora assumendo che il nuovo requisito si applichi alle sole questioni di costituzionalità federali): non è necessariamente preferibile sostituire le corti statali alle corti federali nella revisione costituzionale delle leggi statali.

¹⁷⁷ Le corti dovrebbero seguire il ragionamento della maggioranza dei giudici nel caso conclusosi a cinque contro quattro oppure ignorarlo e seguire il ragionamento della minoranza che, però, controlla il risultato del caso? Più peso precedenziale si dà all’opinione della minoranza, più è alto il livello di deferenza prodotto dal requisito di “super-maggioranza”.

¹⁷⁸ I giudici delle corti federali distrettuali presiedono da soli o in pannelli da tre giudici; perciò, le decisioni sono unanimi oppure a votazione di due giudici contro uno. Tipicamente, lo stesso vale per le Corti di appello federali.

¹⁷⁹ Quando il caso è ascoltato da tutti i giudici della Corte d’appello federale, il requisito di voto a “super-maggioranza” potrebbe sostituire l’attuale voto a maggioranza semplice.

¹⁸⁰ Vedi BRENNAN W. J., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Review*, vol. 90, 1977, pp. 495 ss.

Inoltre, il Congresso dovrebbe considerare a quali leggi o azioni applicare il requisito di “super-maggioranza”. La nuova regola potrebbe essere imposta per la revisione della sola legislazione federale o per la legislazione federale e le azioni dell’esecutivo o per tutta la legislazione federale e statale¹⁸¹. Come è evidente, più sono gli ambiti a cui la regola è applicata, più lo spostamento dell’influenza giudiziaria avverrebbe verso le altre istituzioni (Congresso, Presidenza e legislature statali). In base alla motivazione per cui si ritiene necessaria l’introduzione della riforma si può decidere l’ambito di applicazione: se l’obiettivo è rispondere all’insufficiente deferenza del giudiziario nei confronti del Congresso, allora non sembra necessario l’estensione del requisito ai casi relativi alle azioni dell’esecutivo o alle leggi statali; se, invece, la motivazione è una preoccupazione più ampia circa l’insufficiente deferenza del giudiziario al processo politico *in toto*, l’estensione della regola ai casi relativi a un maggior spettro di attori democratici avrebbe più efficacia.

Un altro importante aspetto dell’ambito di applicazione da risolvere sarebbe, poi, più specifico: il voto a “super-maggioranza” sarebbe applicato per tutte le leggi o solo quelle relative a determinate materie¹⁸²? La soluzione di questo aspetto potrebbe influenzare anche la costituzionalità del requisito stesso.

In ogni caso, a prescindere da come sia specificata la regola, è probabile che quest’ultima riguardi solo un limitato numero di casi nella pratica. Per definizione, il requisito non avrebbe effetti su casi in cui la maggioranza della Corte voti per confermare la costituzionalità della legge o azione revisionata. Inoltre, non cambierebbe il risultato finale nei casi in cui la “super-maggioranza” della Corte ritenesse di essere in presenza di una violazione costituzionale¹⁸³. La regola della “super-maggioranza” cambierebbe il risultato solo nei casi in cui la Corte dichiarasse incostituzionale una legge a maggioranza semplice¹⁸⁴.

¹⁸¹ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 176.

¹⁸² Per esempio, invece che imporre la necessità del voto a “super-maggioranza” per tutte le decisioni di costituzionalità della Corte Suprema, il Congresso potrebbe farlo per la sola revisione costituzionale di di tasse patrimoniali o di restrizioni del diritto all’aborto.

¹⁸³ A differenza di altre riforme per diminuire il potere della Corte Suprema, come quella di riduzione della giurisdizione, l’introduzione del requisito della “super-maggioranza” lascerebbe alla Corte il potere di dichiarare l’incostituzionalità delle leggi.

¹⁸⁴ Vedi CAMINKER E., *Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rules: Lessons from the Past*, in *Indiana Law Journal*, vol. 78, 2003, pp. 73 ss.; SHUGERMAN, *A Six-Three Rule*, cit. alla nota 168, pp. 1012 ss. (che elenca le decisioni di incostituzionalità della Corte e sottolinea quelle decise secondo una maggioranza semplice).

Per esempio, *Shelby County v. Holder*¹⁸⁵, in cui una maggioranza di cinque giudici contro quattro ha dichiarato l'incostituzionalità della sezione quarta del *Voting Rights Act*, sarebbe stato deciso diversamente; così come *United States v. Windsor*¹⁸⁶, dove lo stesso numero di giudici ha dichiarato incostituzionale parte del *Defense of Marriage Act*. Molto del supporto a favore delle riforme di diminuzione del potere della Corte Suprema deriva da questo tipo di casi controversi e decisi per un solo voto di differenza, in cui la Corte si è divisa strettamente in linea ideologica o partitica. Per questi casi critici, il requisito del voto a “super-maggioranza” potrebbe parzialmente redistribuire la decisione finale al Congresso¹⁸⁷. Anche se tale requisito cambiasse i risultati di solo alcuni dei casi della Corte Suprema, le conseguenze giurisprudenziali di queste decisioni possono essere di ampia portata, poiché possono stabilire precedenti legali per un grande numero di casi delle corti inferiori.

Peraltro, la maggioranza semplice della Corte potrebbe essere in grado di raggiungere ugualmente il suo risultato desiderato interpretando in modo restrittivo le leggi, invece che dichiararle incostituzionali, cosicché l'impatto delle stesse sia limitato. In questo modo, la Corte potrebbe aggirare il requisito della “super-maggioranza” semplicemente non “innescandolo”.

Come anticipato inizialmente, un altro metodo proposto per ridurre il potere dell'apparato giudiziario è l'introduzione di uno *standard* di deferenza nei casi di costituzionalità¹⁸⁸. Anche questa riforma, come l'introduzione del voto a maggioranza assoluta, avrebbe lo scopo di ridurre la propensione della Corte a invalidare gli atti del Congresso (o gli atti dei rami politici e degli Stati, più generalmente, a seconda di come si specifichi lo *standard*)¹⁸⁹.

Il Congresso potrebbe imporre per legge che le corti federali non possano dichiarare una legge (o altre azioni governative) incostituzionale, a meno che i giudici non ritengano di essere in presenza di una “chiara incostituzionalità” (o qualche *standard* simile). Peraltro, la Corte Suprema ha adottato di sua iniziativa alcuni *standards*

¹⁸⁵ *Shelby County v. Holder*, cit. alla nota 90.

¹⁸⁶ *United States v. Windsor*, cit. alla nota 112.

¹⁸⁷ A supporto dei benefici di tale esito, *Center for American Progress' written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, agosto 2021; *Bowie's testimony*, cit. alla nota 150.

¹⁸⁸ È ragionevole assumere che una riforma di questo tipo si applicherebbe all'apparato giudiziario in generale, poiché non sarebbe efficace se applicata alla sola Corte Suprema.

¹⁸⁹ CAMINKER, *Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rules*, cit. alla nota 184, p. 88.

particolarmente deferenziali rispetto a determinate aree di aggiudicazione costituzionale nel corso del tempo¹⁹⁰.

Anche se il Congresso ha qualche volta imposto alle corti federali *standards* di revisione deferenziali rispetto ad alcune leggi e questioni legali sub-costituzionali¹⁹¹, imporre uno *standard* più deferenziale per la revisione delle questioni di costituzionalità è abbastanza insolito. Nell'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* del 1996, il Congresso impose alle corti federali uno *standard* di revisione altamente deferenziale che potrebbe offrire un potenziale esempio, anche se proveniente da un diverso ambito: la legge proibì alle corti federali di garantire il rimedio federale dell'*habeas corpus* agli imputati in processi penali, a meno che il precedente giudizio della corte federale fosse un'«applicazione irragionevole di una legge federale chiaramente stabilita» o basato su una «determinazione irragionevole» dei fatti¹⁹². Il Congresso potrebbe considerare di imporre uno *standard* simile per la revisione costituzionale della legislazione.

Una riforma di questo tipo sarebbe funzionalmente simile, ma diversa dall'introduzione di un requisito di voto a maggioranza assoluta: richiederebbe maggior certezza soggettiva rispetto all'incostituzionalità di una legge da parte di ogni giudice prima di votare per invalidarla; ma presso la Corte Suprema solo una maggioranza semplice dei giudici dovrebbe votare a favore. In una comparazione, il requisito di voto a “super-maggioranza” è ciò che parte della dottrina chiama “*hard solution*”¹⁹³: non richiederebbe ai giudici di aggiustare le loro valutazioni soggettive, ma cercherebbe di proteggere le decisioni dei rami elettivi richiedendo il voto di un numero maggiore di giudici. Le due proposte possono produrre diversi risultati legali: la necessità del voto

¹⁹⁰ In particolare, *strict scrutiny* (che richiede mezzi su misura e meno restrittivi per promuovere un interesse governativo convincente), *intermediate scrutiny* (che richiede che la legge contestata promuova un importante interesse del governo con mezzi sostanzialmente correlati a tale interesse) e *rational basis test* (che richiede che la legge sia razionalmente correlata a un legittimo interesse del governo) a seconda della supposta violazione portata all'attenzione della Corte.

¹⁹¹ Vedi, per esempio, *Administrative Procedure Act* (APA) §10(e), 5 U.S.C. §706(2)(A) che indirizza le corti a «mettere da parte l'azione dell'agenzia [...] ritenuta essere [...] arbitraria, capricciosa, un abuso di discrezione o comunque non conforme alla legge»; *Dep't of Com. v. New York*, cit. alla nota 94 (che descrive lo *standard* previsto in APA come “deferenziale”).

¹⁹² *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* of 1996, Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214 (codificato in 28 U.S.C. § 2254(d)).

¹⁹³ Vedi GERSEN J. E. & VERMEULE A., *Chevron as a Voting Rule*, in *Yale Law Journal*, vol. 116, 2007, pp. 685 ss. (che sostiene che una “*hard solution*” come una regola di voto a maggioranza assoluta è più efficace nel produrre deferenza rispetto a una soluzione morbida, come uno *standard* più deferente: i giudici potrebbero non attenersi, consapevolmente o meno, a uno *standard* deferente imposto dalla legge e potrebbero invece ricorrere a uno *standard* tradizionale e meno deferente).

assoluto non imporrebbe direttamente lo *standard* di “chiara incostituzionalità” poiché non impedirebbe ai giudici di votare a favore dell’invalidazione anche in assenza di un chiaro errore, cosicché sarebbe possibile dichiarare incostituzionale una legge anche se la maggioranza assoluta dei giudici ritenesse dubbia la violazione costituzionale.

In conclusione, l’introduzione dello *standard* potrebbe essere meno efficace nel trasferimento di potere, poiché dipenderebbe da quanto i giudici siano disposti a interiorizzarlo, ma sembrerebbe più facilmente adottabile. In ogni caso, come per il requisito del voto a maggioranza assoluta, potrebbe portare ad aggiramenti della regola attraverso interpretazioni restrittive.

2.3.3. *Proposte per superare le decisioni della Corte mediante l’azione del Congresso.*

Un ulteriore metodo di riduzione del potere della Corte Suprema sarebbe concedere al Congresso di prevalere (“*override*”) sulle decisioni della Corte Suprema che colpiscono una legislazione federale o statale sulla base di una violazione costituzionale. Un emendamento costituzionale che permettesse un sistema di “*override*” legislativo fu richiesto nella *Progressive Era* durante il periodo del *New Deal*; più recentemente, l’idea è stata ripresa da osservatori *bipartisan* come modo per circoscrivere la supremazia giudiziaria¹⁹⁴.

Sistemi di “*override*” legislativi esistono in diversi Paesi, tra cui Canada e Israele, e possono avere varie forme. Per esempio, la sezione 33 della Carta Canadese dei Diritti e delle Libertà, conosciuta come “*Notwithstanding Clause*”, permette sia al Parlamento sia alle legislature provinciali di dichiarare espressamente, con una maggioranza semplice di voti, che una legge deve trovare applicazione nonostante una determinata disposizione della Carta, sia stata dichiarata incostituzionale. Solo alcune delle disposizioni della Carta possono essere superate e un “*override*” conclude il suo effetto cinque anni dopo essere diventato effettivo, anche se può essere rinnovato dal legislatore¹⁹⁵. Il sistema è simile in

¹⁹⁴ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 183.

¹⁹⁵ Vedi STEPHANOPOULOS N., *The Case for the Legislative Override*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 255 ss.

Israele ma permette un “*override*” solo da parte del Parlamento nazionale, si applica solo per il diritto della “libertà di occupazione” e ha un termine di quattro anni¹⁹⁶.

Un emendamento costituzionale di previsione di un sistema di “*override*” consentirebbe al Congresso e al Presidente di revocare le decisioni della Corte Suprema che dichiarano l’incostituzionalità di una legge. Il sistema potrebbe seguire l’ordinario procedimento legislativo del bicameralismo oppure potrebbe richiedere un voto a maggioranza assoluta da parte di entrambe le Aule, oltre alla firma del Presidente. Inoltre, il sistema potrebbe permettere l’“*override*” di ogni sentenza basata su motivi costituzionali oppure potrebbe essere limitato a sentenze relative a determinate materie. E ancora, potrebbe permettere una revoca permanente delle decisioni oppure specificare un termine dopo il quale l’interpretazione della Corte prevarrebbe. Infine, il sistema potrebbe consentire al Congresso di agire in via preventiva o solo dopo che la Corte abbia invalidato la legge.

I sostenitori ritengono che la previsione di un sistema di “*override*” non solo limiterebbe l’eccessivo potere giudiziario a favore del processo decisionale democratico, ma incoraggerebbe anche un maggior dibattito costituzionale entro i rami legislativo ed esecutivo e nell’opinione pubblica come parte del processo politico. Inoltre, sostengono che il sistema possa essere modellato in modo da minimizzare i rischi per i diritti individuali e per la stabilità della legge. Nessuno ha recentemente offerto un progetto preciso per questa riforma, anche se appelli a favore dell’autorità interpretativa del Congresso (e dell’esecutivo) sono a lungo esistiti¹⁹⁷.

Il Congresso, in alcune occasioni, ha tentato di revocare delle decisioni della Corte Suprema. Ma questi tentativi, come quello di “*override*” della decisione in *Miranda v. Arizona*¹⁹⁸ con l’*Omnibus Crime Bill* del 1968, tendevano ad avere obiettivi specifici (come il cambiamento di una particolare dottrina costituzionale) e generalmente furono respinti dalla Corte¹⁹⁹. Gli obiettivi di un emendamento costituzionale che permetta il

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 184.

¹⁹⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966 (che ritenne che il Quinto Emendamento vieti all'accusa di «utilizzare dichiarazioni, a discarico o incriminanti» rese da una persona in custodia di polizia «a meno che non dimostri l'uso di garanzie procedurali efficaci per garantire il privilegio contro l'autoincriminzazione» e che tali garanzie richiedano che «prima di qualsiasi interrogatorio, la persona deve essere avvertita che ha il diritto di tacere, che qualsiasi dichiarazione rilasciata può essere utilizzata come prova a suo carico e che ha diritto alla presenza di un avvocato»).

¹⁹⁹ Vedi *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 2000 (che stabilì che il Congresso non poteva revocare *Miranda v. Arizona* tramite legislazione, dato che *Miranda* dichiarò «una regola costituzionale»).

sistema di “*override*” sarebbero più generali: lo scopo principale sarebbe spostare il potere dalla Corte Suprema alle istituzioni elettive.

Come le altre due riforme precedentemente discusse, anche questa proposta non ha un’inerente valenza ideologica o di partito: un sistema di “*override*” può essere utilizzato per promuovere gli obiettivi di qualsiasi maggioranza legislativa. Infatti, le preoccupazioni relative all’eccessivo potere della Corte Suprema non sono limitate ad un solo campo politico: i conservatori hanno obiettato alla dichiarazione di supremazia giudiziaria nei casi della desegregazione e nei casi penali²⁰⁰, così come in casi più recenti che invalidavano restrizioni per il matrimonio tra persone dello stesso sesso; a sinistra, le obiezioni alla supremazia giudiziaria, diffuse all’inizio del Ventesimo secolo quando la Corte Suprema invalidava leggi a protezione dei lavoratori e dei consumatori, sono ritornate recentemente quando la Corte ha esercito meno deferenza nei confronti del Congresso circa lo scopo degli Emendamenti della Ricostruzione e dei diritti civili²⁰¹. Nonostante ciò, alcuni osservatori ritengono che gli interessi dell’*élite* abbiano più probabilità di trovare un campo favorevole nella Corte Suprema e, quindi, avrebbero più benefici in un sistema di supremazia giudiziaria; pertanto, trasferire il potere verso l’apparato legislativo sarebbe un vantaggio per la non-*élite*²⁰². Altri, però, hanno risposto che il Congresso è comunque più rappresentativo dell’*élite*²⁰³.

I sostenitori della proposta enfatizzano anche altri due obiettivi: il sistema di “*override*” rafforzerebbe il sistema di *checks and balances* permettendo al Congresso di oltrepassare la Corte, così come può superare il veto presidenziale; correlativamente, il

²⁰⁰ Vedi, per esempio, Ross William’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court, agosto 2021.

²⁰¹ Per esempio, nei casi relativi ai diritti di voto (come *Shelby County v. Holder*, cit. alla nota 90). Ma anche nei casi in cui ha utilizzato il Primo Emendamento per invalidare la regolamentazione del finanziamento elettorale. Vedi DOERFLER & MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, cit. alla nota 150, p. 1713; Tushnet Mark’s written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court, 17 agosto 2021.

²⁰² Vedi Bowie’s testimony, cit. alla nota 150. Vedi anche FORBATH W. E., *The Shaping of the American Labor Movement*, in *Harvard Law Review*, vol. 102, 1989, pp. 1129 ss.

²⁰³ BARTELS L. M., *Unequal Democracy: the political economy of the new gilded age*, 1st ed., Princeton, 2008; GILENS M., *Affluence and Influence: economic inequality and political power in America*, Princeton, 2012; GILENS M. & PAGE B. I., *Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*, in *Perspective on Politics*, vol. 12, 2014, pp. 564 ss.

discorso pubblico su questioni costituzionali sarebbe rafforzato, conferendo ai rappresentanti dei cittadini il potere di decidere²⁰⁴.

A livello teorico, un sistema di “*overrides*” legislativo dovrebbe raggiungere tutti e tre gli obiettivi avanzati dai proponenti: permettendo espressamente al Congresso di revocare le decisioni di costituzionalità della Corte, il potere del Congresso su materie sociali, politiche e culturali sarebbe aumentato, il potere della Corte sarebbe controllato e più attori sarebbero impegnati nell’interpretazione costituzionale.

Nella pratica, però, le esperienze dai Paesi che prevedono sia il *judicial review* sia il sistema di “*override*” legislativo (in particolare, Canada e Israele) sono varie²⁰⁵. Sia in Canada sia in Israele, nonostante il testo costituzionale consenta l’“*override*” legislativo, le legislature federali hanno usato il potere raramente²⁰⁶. Si potrebbe prevedere un risultato simile negli Stati Uniti, soprattutto se il sistema richiedesse un voto a maggioranza assoluta del Congresso. Anche se l’uso fosse infrequente, però, la mera possibilità potrebbe comunque influenzare la Corte.

In ogni caso, se il Congresso potesse revocare le sole decisioni della Corte Suprema, il sistema di “*override*” potrebbe non raggiungere i suoi obiettivi. Un approccio di questo tipo lascerebbe comunque ampio potere alle corti federali inferiori e alle corti statali. Dato che la Corte Suprema non ha alcun obbligo di garantire un *certiorari* quando una corte inferiore o una corte statale dichiarano una legge incostituzionale, un sistema di “*override*” che non permettesse di revisionare queste decisioni le lascerebbe ancora più isolate dal processo democratico di quando non lo siano simili decisioni della Corte Suprema. Questa problematica, comunque, è risolvibile autorizzando anche la revoca delle decisioni delle corti inferiori o delle corti statali, oltre a quelle della Corte Suprema.

Infine, alcuni si chiedono se permettere un sistema di “*override*” legislativo sia il miglior modo per raggiungere gli obiettivi desiderati. Secondo un altro approccio, infatti,

²⁰⁴ Vedi STEPHANOPOULOS, *The Case for the Legislative Override*, cit. alla nota 195, pp. 264 ss.; TUSHNET M., *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, in *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995, pp. 247 ss.

²⁰⁵ Vedi KAHANA T., *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, 2002, pp. 222 ss.; RUSSELL P. H., *Standing up for Notwithstanding*, in *Alberta Law Review*, vol. 29, 1991, pp. 297 ss.; STEPHANOPOULOS, *The Case for the Legislative Override*, cit. alla nota 195, pp. 254 ss.; WEILL R., *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 39, 2012, pp. 457 ss.

²⁰⁶ Vedi KAHANA, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, cit. alla nota 205, p. 223.

sarebbe più efficace modificare l'articolo 5 della Costituzione²⁰⁷, rendendo la Costituzione stessa più semplice da emendare: cambiare la Costituzione attraverso emendamenti produrrebbe decisioni democratiche più ragionate; al contrario, gli "overrides" sarebbe legati a particolari controversie. Allo stesso tempo, però, vale la pena notare che un sistema di "override" legislativo potrebbe permettere al Congresso di avanzare le sue visioni costituzionali, senza consentire riforme omnicomprehensive troppo frequenti relativamente alla struttura di governo o al testo della Costituzione.

Tuttavia, dato che il sistema proposto raggiungerebbe almeno in parte l'obiettivo di ridurre il potere della Corte Suprema nei confronti delle istituzioni politiche, una preoccupazione rilevante riguarda l'eventuale insufficiente protezione dei diritti individuali, in particolare quelli delle minoranze. Un altro dubbio, invece, è relativo all'eventuale instabilità della legge se si permette ad altri attori, oltre alla Corte, di determinare la costituzionalità delle leggi. Infine, alcuni ritengono che il sistema potrebbe avere implicazioni sul federalismo, con il Congresso potenzialmente più incline ad utilizzare l'"override" per aumentare il suo potere nei confronti degli Stati (anche se alcuni potrebbero ritenerlo un vantaggio, invece che uno svantaggio della riforma).

I sostenitori dell'introduzione del sistema (e i critici della supremazia giudiziaria in generale) rispondono a tali obiezioni osservando che, nella pratica, la Corte Suprema non ha protetto i diritti dei non privilegiati o delle minoranze politicamente più deboli in modo consistente; alcuni addirittura sostengono lo abbia fatto raramente²⁰⁸. Buona parte della dottrina evidenzia che le democrazie parlamentari non provviste di una supremazia giudiziaria "in stile americano" (tra cui Australia, Nuova Zelanda e numerosi Paesi europei) sono comunque in grado di proteggere i diritti costituzionali²⁰⁹.

²⁰⁷ Articolo 5, Costituzione degli Stati Uniti d'America: «Il Congresso, quando i due terzi di ciascuna Camera lo ritengano necessario, potrà proporre emendamenti a questa Costituzione o, su richiesta dei Legislativi dei due terzi dei vari Stati, potrà convocare una Convenzione per proporre emendamenti, che, in entrambi i casi, saranno validi ad ogni intento e proposito come parte di questa Costituzione quando ratificati dai Legislativi dei tre quarti dei diversi Stati, o da apposite Convenzioni nei tre quarti di essi, a seconda che l'uno o l'altro modo di ratifica sia proposto dal Congresso; con l'eccezione che nessun emendamento che sia fatto prima dell'anno 1808 potrà in qualsiasi modo incidere sulla prima e sulla quarta clausola della Sezione nona dell'articolo primo; e che nessuno Stato potrà, senza il suo consenso, esser privato della sua parità di suffragio nel Senato».

²⁰⁸ *Bowie's testimony*, cit. alla nota 150.

²⁰⁹ Bisogna però notare che un'analisi comparativa risulta complicata, poiché quelle giurisdizioni hanno strutture di governo molto diverse e un maggior impegno verso i benefici sociali universali. Vedi, per esempio, HAREL A. & SHINAR A., *Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 2012, pp. 951 ss.; COMELLA V. F., *Constitutional Courts and Democratic Values: a European perspective*, New Haven, 2009.

In ogni caso, le conseguenze sul sistema dipendono significativamente dai dettagli del sistema adottato: le preoccupazioni per i diritti delle minoranze e la stabilità della legge potrebbe potenzialmente trovare risposta nel sistema stesso. Ogni diverso approccio ha diversi compromessi. Per esempio, imporre un voto favorevole alla revoca della decisione di due terzi di entrambe le Camere ridurrebbe il rischio di minaccia ai diritti delle minoranze; ma renderebbe le revoche molto meno probabili. Una limitazione degli “*overrides*” per casi che coinvolgono determinati diritti fondamentali ridurrebbe il rischio per tali diritti, ma lascerebbe probabilmente molta discrezione alla Corte nell’interpretazione della limitazione stessa. L’adozione di un termine, secondo cui la revoca avrebbe applicazione per un periodo di tempo, dopo il quale dovrebbe essere adottata nuovamente, potrebbe salvaguardare i diritti individuali ma introdurrebbe incertezza e instabilità per la legge.

2.4. *Le procedure della Corte.*

Negli ultimi anni, la dottrina è stata impegnata in importanti dibattiti su come la Corte Suprema conduce il suo lavoro e motiva le sue decisioni. Infatti, le procedure interne e le pratiche della Corte possono avere un significativo impatto esterno: hanno effetto sulla percezione dell’imparzialità della Corte, sulla credibilità delle sue decisioni e sulla chiarezza della sua guida per gli avvocati e le altre corti; inoltre, hanno reali conseguenze per le parti in causa e per le persone e istituzioni interessate dalla legge federale o dal diritto costituzionale coinvolti.

2.4.1. *Gli ordini emergenziali.*

Il lavoro della Corte Suprema non si limita alla decisione dei casi nel merito²¹⁰, bensì, come la Corte spiega sul suo sito *web*, la «vasta maggioranza dei casi sollevati

²¹⁰ In questi casi, la Corte rilascia una decisione accompagnata da una sentenza scritta che spieghi il ragionamento e rende noti i voti dei giudici. Le relative procedure, come lo studio della documentazione ricevuta dalle parti e gli “*oral arguments*”, sono intese per assicurare che le decisioni della Corte siano ben informate, giuste nei confronti delle parti e attente rispetto alle implicazioni per il sistema legale nel suo insieme.

presso la Corte Suprema sono smaltiti attraverso ordini non firmati»²¹¹. Gli ordini più comuni (migliaia ogni anno) sono quelli in cui la Corte rifiuta di revisionare un caso negando la “*petition for certiorari*”.

In un'altra categoria di ordini non firmati la Corte risponde alle richieste emergenziali delle parti litiganti rilasciando un'ingiunzione, annullando un'ingiunzione della corte inferiore, confermando o revocando una sospensione del processo presso la corte inferiore o negando il rimedio emergenziale. Dato che spesso riguardano domande legali relative a decisioni e pratiche di governo, questi ordini emergenziali possono avere effetti sostanziali sui diritti e le obbligazioni dei governi, delle istituzioni private e di ampi segmenti di cittadinanza americana.

Diversamente dai casi decisi nel merito, la Corte rilascia gli ordini emergenziali senza la procedura regolata che prevede i “*briefings*” e gli “*oral arguments*”, senza molto tempo per la deliberazione, spesso senza un'opinione scritta che spieghi il ragionamento della Corte e senza rendere pubblico come hanno votato i giudici²¹². Molti di questi ordini rispondono a richieste delle parti litiganti nelle prime fasi del processo; perciò, sono emanati prima che le corti inferiori abbiano completato la loro *adjudications* e prima della revisione di appello.

Negli ultimi anni, molti commentatori si sono concentrati sull'uso crescente degli ordini emergenziali, in particolare in casi di importanza pubblica²¹³. Diversi giudici della Corte hanno affrontato la tematica in recenti dichiarazioni, offrendo sia critiche sia difese di questa pratica²¹⁴. Tuttavia, le preoccupazioni sollevate al riguardo non sono relative all'esistenza stessa delle procedure di emergenza, poiché nessuno mette in discussione che siano necessarie per reali emergenze, bensì relative a specifici aspetti del loro attuale uso presso la Corte.

²¹¹ *Orders of the Court - Term Year 2021*, Supreme Court of the United States: <https://www.supremecourt.gov/orders/ordersofthecourt/21>. La Corte pubblica un elenco di ordinanze ogni lunedì in cui si riunisce ed emette ordinanze “*miscellaneous*” (varie) nei singoli casi «in qualsiasi momento».

²¹² PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, pp. 203 ss.

²¹³ *Vladeck Stephen's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021 (che presenta prove di un aumento degli ordini emergenziali in casi importanti).

²¹⁴ Vedi, per esempio, *Whole Woman's Health v. Jackson*, 141 S. Ct. 2494, 2021 (in cui la giudice Kagan, nell'opinione dissenziente, sostiene che la sentenza «illustra fino a che punto le decisioni “ombra” della Corte possano discostarsi dai soliti principi del processo d'appello» ed «è emblematica del troppo del processo decisionale “ombra” di questa Corte, che diventa ogni giorno più irragionevole, incoerente, e impossibile da difendere»).

I recenti ordini emergenziali della Corte hanno riguardato questioni di importanza nazionale e di pubblico dibattito, tra cui l'aborto²¹⁵, le politiche di immigrazione²¹⁶, le normative ambientali²¹⁷ e gli sfratti durante un'impennata della pandemia da COVID-19²¹⁸. Nonostante la rilevanza, la pratica della Corte nell'emettere questi ordini ha coinvolto “*briefing*” limitati, nessun “*oral argument*”, nessuna norma secondo cui il ragionamento della Corte debba essere spiegato in una sentenza scritta e nessuna aspettativa rispetto al fatto che il voto dei giudici sarebbe stato rivelato. Pertanto, sono comparse diverse critiche sulla dissonanza tra la rilevanza di molti degli ordini della Corte e le procedure limitate che sono loro applicate. La dottrina inizialmente ha concentrato le critiche sugli ordini che accettano richieste emergenziali di risultati contrari a quelli raggiunti dalle corti inferiori. Più recentemente, però, a seguito della prima decisione in *Whole Woman's Health v. Jackson*²¹⁹, che negò una richiesta emergenziale che avrebbe impedito alla legge sull'aborto del Texas di avere effetto, le critiche si sono spostate anche su questo tipo di negazione di rimedio.

Anche se gli ordini emergenziali tecnicamente sono temporanei e usati “a servizio” di una ulteriore aggiudicazione, spesso hanno l'effetto pratico di ultima parola sulla questione. Peraltro, spesso le questioni risolte attraverso decisioni emergenziali sono controverse: gli ordini emergenziali che dividono la Corte in votazione di sei contro tre o di cinque contro quattro, secondo linee di faglia ideologiche, sono moltiplicati negli ultimi anni, ad indicazione del fatto che la Corte sta decidendo sempre più problematiche legali contestate attraverso procedure emergenziali non trasparenti²²⁰.

Secondo chi difende questa pratica, decidere questioni importanti attraverso un processo “troncato” non sarebbe illegittimo poiché sarebbe nella natura stessa dell'aggiudicazione. Infatti, le richieste emergenziali sono sottoposte all'attenzione della Corte da parti litiganti che cercano un rimedio urgente: la natura consequenziale degli interessi “in gioco” è precisamente il motivo per cui la Corte deve agire velocemente²²¹,

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Per esempio, *Dep't of Homeland Sec. v. New York*, 140 S. Ct. 599, 2020.

²¹⁷ Per esempio, *West Virginia v. EPA*, 136 S. Ct. 1000, 2016.

²¹⁸ *Alabama Ass'n of Realtors v. Dep't of Health & Human Servs.*, No. 21A23, slip op. at 1 (U.S. 26 agosto 2021); *Alabama Ass'n of Realtors v. Dep't of Health & Human Servs.*, No. 20A169, slip op. at 1 (U.S. 29 giugno 2021); *Chrysfis v. Marks*, No. 21A8, slip op. at 1 (U.S. 12 agosto 2021).

²¹⁹ *Whole Woman's Health v. Jackson*, cit. alla nota 214.

²²⁰ *Vladeck's written testimony*, cit. alla nota 213.

²²¹ RIENZI M., *The Supreme Court's “Shadow” Docket—A Response to Professor Vladeck*, in *National Law Review*, 16 marzo 2021.

lasciando alcuni diritti meno significativi non protetti mentre il processo evolve. Secondo questa visione, la risoluzione finale di fatto attraverso un rimedio temporaneo è una parte inevitabile del compromesso.

In realtà, il disaccordo si rileva circa quali materie richiedano l'immediato intervento della Corte. Infatti, parte della dottrina ha criticato il fatto che la Corte utilizzi troppo spesso procedure "impovertite" per intervenire su questioni rilevanti. In parte, questi dibattiti potrebbero riflettere un disaccordo relativo al sottostante merito delle controversie. Inoltre, un'altra fonte di disaccordo è la caratterizzazione della condizione di base o "status quo" che il rimedio emergenziale dovrebbe preservare²²²: vi sono diverse concezioni di "status quo" ai fini della valutazione degli ordini emergenziali e la scelta sarà spesso contestata e «normativamente sfumata»²²³.

L'altro aspetto criticato degli ordini emergenziali è la mancanza di trasparenza: come anticipato, la Corte spesso rilascia gli ordini senza una spiegazione di accompagnamento, o comunque molto breve. La difesa classica di questa pratica è che il processo decisionale emergenziale non consente il tempo per l'espressione del completo ragionamento della Corte in ogni caso. Ma la domanda appropriata non è se tutti gli ordini emergenziali richiedano una spiegazione dettagliata²²⁴, bensì se alcuni di questi siano abbastanza importanti da richiedere che il pubblico riceva una dichiarazione espressa del ragionamento della Corte e come i giudici hanno votato.

Tutti gli osservatori riconoscono che la Corte talvolta emani opinioni spiegando i suoi ordini emergenziali e i giudici, anche più spesso, scrivono opinioni concorrenti o dissenzienti al riguardo. Secondo il parere dei critici, queste opinioni dimostrano che una sentenza ragionata è possibile; il problema sarebbe che non è fornita regolarmente in casi di importanza nazionale: ciò priva il pubblico di informazioni preziose su come la Corte e i giudici intendono e applicano i principi di diritto sostanziale²²⁵, così come le regole

²²² *Bray Samuel's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ I rifiuti di *routine* di rimedi chiaramente ingiustificati non hanno bisogno di essere accompagnati da una sentenza scritta.

²²⁵ Per esempio, alcuni citano le decisioni della Corte in una serie di casi tra il 2019 e il 2021 riguardanti i diritti delle persone che rischiano l'esecuzione di avere un consigliere religioso da loro scelto presente nella camera dell'esecuzione al momento della loro morte. Per alcuni osservatori, queste decisioni suggeriscono che alcuni dei giudici abbiano modificato la loro visione dei principi legali in materia nel corso dei quattro casi, ma in assenza di opinioni maggioritarie che parlano a nome "della Corte" e

procedurali che governano gli ordini emergenziali²²⁶. Più in generale, le critiche sottolineano che gli ordini di alto profilo non accompagnati da una spiegazione danneggiano la percezione di imparzialità della Corte e la legittimità delle decisioni o, addirittura, la Corte stessa agli occhi del pubblico: i cittadini potrebbero pensare che i giudici stiano prendendo decisioni basandosi su scelte politiche.

D'altra parte, nella pratica potrebbe essere più utile per i giudici non rivelare il ragionamento per raggiungere un accordo più velocemente sul risultato del caso, quando potrebbero non concordare sulla motivazione legale che dovrebbe essere dichiarata nell'opinione.

Infine, risulta incerto anche l'aspetto dell'effetto precedenziale delle decisioni prese con un ordine emergenziale: non è chiaro quali ordini e relative opinioni operano come precedente che vincola le corti inferiori²²⁷. Nel contesto degli ordini emergenziali, si potrebbe pensare che solo le decisioni designate come "opinioni della Corte" dovrebbero avere la funzione di precedente vincolante; ma è sembrato che la Corte talvolta si sia aspettata che i suoi ordini emergenziali fossero trattati come precedenti, anche se non designati come "opinioni"²²⁸. Pertanto, senza un chiarimento, l'incertezza relativa all'effetto del precedente potrebbe alimentare una certa confusione circa il contenuto delle leggi per le corti inferiori, le parti e il pubblico. In ogni caso, buona parte della dottrina sembra concordare sul fatto che gli ordini emergenziali, in via generale, non dovrebbero essere vincolanti per il futuro.

Diversi commentatori hanno avanzato varie proposte per rispondere alle preoccupazioni descritte, pur riconoscendo che gli ordini emergenziali siano una componente necessaria del lavoro della Corte.

Per risolvere la questione dell'inadeguata trasparenza, per esempio, chiaramente le principali proposte prevedono l'accompagnamento di una spiegazione della maggioranza della Corte per gli ordini emergenziali relativi a materie di grande interesse

informazioni su come ciascun giudice ha votato in ciascun caso, la risposta non è chiara. Vedi *Vladeck's written testimony*, cit. alla nota 213.

²²⁶ VLADECK S. I., *The Solicitor General and the Shadow Docket*, in *Harvard Law Review*, vol. 133, 2019, pp. 123 ss.

²²⁷ MCFADDEN T. N. & KAPOOR V., *The Precedential Effects of the Supreme Court's Emergency Stays*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 44, 2021, pp. 830 ss.

²²⁸ In *Gateway City Church v. Newsom*, 141 S. Ct. 1460, 2021, la Corte Suprema ha concluso che la decisione della Corte di appello di non garantire un rimedio fosse erranea e ha spiegato che «il risultato è chiaramente dettato dalla decisione della Corte in *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*». Ma quest'ultima fu una decisione di emergenza che non offrì nessun ragionamento della maggioranza.

pubblico. In questo modo, si garantirebbe una guida alle parti, agli avvocati e ai giudici delle corti inferiori ma si consentirebbe anche di conoscere il ruolo di ogni giudice nell'accettare o negare una richiesta emergenziale. Non è necessario che le spiegazioni siano lunghe, né che siano presenti per ogni caso: l'obiettivo sarebbe permettere agli osservatori di capire le basi per le decisioni più significative; pertanto, la Corte dovrebbe almeno articolare chiaramente il test che ha usato per valutare la richiesta e indicare come ha applicato ogni passaggio del test. La categoria di casi "importanti" in cui la spiegazione potrebbe essere di valore, però, non è facilmente definibile e vi sono opinioni diverse relativamente a quale sia la soglia. Tuttavia, la Corte potrebbe evitare la maggior parte delle problematiche relative alla trasparenza utilizzando più frequentemente la possibilità di trasferire discrezionalmente le richieste emergenziali a un procedimento di decisione nel merito più spedito, come recentemente è accaduto per la controversia relativa alla legge sull'aborto in Texas²²⁹.

2.4.2. *L'etica giudiziaria.*

I giudici della Corte Suprema sono gli unici membri dell'apparato giudiziario federale a non essere sottoposti ad un codice di condotta. Infatti, sin dal 1973, la Conferenza Giudiziaria degli Stati Uniti ha redatto ed aggiornato un Codice di condotta rivolto a tutti i giudici federali, che tuttavia non trova applicazione in riferimento ai componenti della Corte Suprema.

Nel *report* di fine anno 2011²³⁰, il *Chief Justice* Roberts rispose ad alcuni dubbi sull'esclusione dei giudici della Corte dal Codice, sostenendo che «tutti i membri della Corte nei fatti consultano il Codice di condotta per valutare le loro obbligazioni etiche. In questo modo, il Codice ha lo stesso ruolo sia per i giudici della Corte sia per gli altri giudici federali» dato che il Codice è pensato per fornire una guida ai giudici stessi. Tuttavia, non è chiaro se i giudici effettivamente seguano sempre il Codice dopo averlo

²²⁹ *United States v. Texas*, No. 21A85, slip op. (U.S. 22 ottobre 2021) (che ha trattato la richiesta di rimedio emergenziale come una petizione di *certiorari* prima del giudizio e accogliendo la petizione con un programma accelerato di "briefing" e "oral arguments").

²³⁰ ROBERTS J. G., *2011 year-end report on the federal judiciary*, 2011. Accessibile su: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2011year-endreport.pdf>.

consultato²³¹. In ogni caso, indipendentemente dalla consultazione e dall'applicazione, non avere un codice formalmente adottato potrebbe non essere la miglior pratica per la Corte: anche se non ci fossero evidenti problematiche al riguardo, l'adozione esplicita di un Codice potrebbe promuovere importanti valori istituzionali. Pertanto, anche per allineare la Corte con le altre corti, alcuni suggeriscono che sarebbe necessario che la Corte stessa si doti di un Codice oppure che il Congresso ne imponga uno.

Infatti, sono queste le due vie attraverso cui potrebbe essere previsto un Codice di condotta per i giudici della Corte Suprema: la Corte potrebbe adottarlo internamente oppure il Congresso potrebbe imporlo esternamente. In entrambi i casi, il Codice potrebbe riflettere quello già applicato agli altri giudici federali oppure potrebbe essere specifico per la Corte Suprema.

La Corte ha già adottato in passato regolamenti non vincolanti simili a quelli per gli altri giudici: nel 1991, aveva formalmente adottato regolamenti etici previsti dalla Conferenza Giudiziaria con l'*Ethics Reform Act* del 1989²³² e questi oggi regolano la possibilità dei giudici di ricevere regali e di procurarsi redditi esterni, oltre a prevedere dichiarazioni finanziarie periodiche da parte dei giudici. Pertanto, l'adozione del Codice attualmente previsto per gli altri giudici potrebbe essere completata velocemente e potrebbero non essere necessari emendamenti, dato che il linguaggio del Codice comprende principi ampi²³³.

In alternativa, la Corte potrebbe creare il suo proprio Codice. Un vantaggio di questa eventualità sarebbe che il linguaggio potrebbe essere meglio adattato al ruolo istituzionale svolto della Corte. Per esempio, potrebbe includere una guida per le apparizioni pubbliche e private dei giudici della Corte, che potrebbe essere diversa dagli altri giudici che non sono oggetto della stessa attenzione pubblica: i giudici della Corte devono prestare maggiore attenzione ad apparizioni in incontri di organizzazioni che potrebbero avere valenza politica o di altro tipo e che potrebbero essere controversi e

²³¹ Per esempio, gli osservatori hanno affermato che i giudici hanno trasgredito le disposizioni del Codice partecipando a cene di raccolta fondi per organizzazioni esterne o criticando apertamente i candidati politici. Vedi ROSENTHAL A., *Step Right Up. Buy Dinner with a Justice*, in *New York Times*, 10 novembre 2011; EDITORIAL BOARD, *Justice Ginsburg's Inappropriate Comments on Donald Trump*, in *Washington Post*, 12 luglio 2016.

²³² 1991 *Supreme Court Internal Ethics Resolution*. Accessibile a: <https://www.documentcloud.org/documents/296686-1991-supreme-court-internal-ethics-resolution.html>.

²³³ Chiaramente, alcune interpretazioni del Codice nel contesto di particolari situazioni relative ai giudici delle corti inferiori non troverebbero applicazione per i giudici della Corte Suprema.

causare dubbi sulla loro neutralità; pertanto, un codice scritto dai giudici stessi potrebbe aiutarli a “navigare le acque”.

In entrambi i casi, comunque, la Corte ha chiaramente sufficiente autorità per adottare un codice: non si sollevano problemi di costituzionalità sia nel caso decidesse di adottare il Codice già esistente sia decidesse di scriverlo apposito²³⁴. Infatti, la Corte ha il potere di modificare la sua *governance* interna finché continua a rispettare le sue responsabilità costituzionali.

Tuttavia, in assenza di un’azione da parte della Corte, il Congresso potrebbe emanare un codice da imporre. Diverse leggi sono state proposte in questo senso, ma nessuna è stata approvata²³⁵. Tipicamente, le proposte danno indicazione alla Conferenza Giudiziaria di creare un codice per la Corte oppure rendere l’attuale Codice applicabile anche ai giudici della Corte. Nel report del 2011, però, il *Chief Justice* Roberts notò che la Conferenza non avrebbe l’autorità per farlo, poiché «è uno strumento per la gestione delle corti inferiori, [pertanto] i suoi membri non hanno alcun mandato per prescrivere regole o *standards* destinati ad altri organi»²³⁶. Le proposte di legge risponderebbero proprio a questo problema di mancanza di autorità della Conferenza Giudiziaria.

In alternativa, il Congresso stesso potrebbe scrivere un codice. Infatti, il Congresso impone già dei requisiti alla Corte che sono analoghi a un codice di condotta²³⁷: per esempio, richiede che i giudici prestino giuramento di «amministrare la giustizia senza riguardo alle persone, e conferendo uguale diritto ai poveri e ai ricchi»²³⁸; il giuramento somiglia a disposizioni che potrebbero essere incluse in un codice di condotta. Tuttavia, se il Congresso scrivesse un codice, dovrebbe prestare attenzione ad assicurare che le imposizioni del codice non interferiscano con la funzione di decisione giudiziaria costituzionalmente esclusiva della Corte²³⁹.

²³⁴ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, pp. 216 ss.

²³⁵ Vedi, per esempio, *Supreme Court Ethics Act of 2015*, S. 1072, 114th Cong., 2015; *Supreme Court Ethics Act*, H.R. 1057, 116th Cong., 2019.

²³⁶ ROBERTS, *2011 year-end report*, cit. alla nota 230.

²³⁷ FROST A., *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 26, 2013, pp. 443 ss.

²³⁸ 28 U.S.C. §453.

²³⁹ Diversi osservatori hanno sostenuto che il Congresso è limitato nella sua capacità di regolare le pratiche etiche della Corte Suprema quando tale regolamento potrebbe intromettersi nei poteri costituzionali intrinseci della Corte. Vedi VIRELLI L. J., *Congress, the Constitution, and Supreme Court Recusal*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 69, 2012, pp. 1535 ss.; LEVY S., *Your Honor, Please Explain: Why Congress Can, and Should, Require Justices to Publish Reasons for Their Recusal Decisions*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2014, pp. 1161 ss.

Peraltro, la discussione relativa a un codice di condotta ha coinvolto un'ulteriore discussione relativa alla possibilità di assoggettare i giudici della Corte Suprema anche a un quadro disciplinare. Infatti, i giudici della Corte non sono soggetti alle regole di disciplina che, invece, sono applicate agli altri giudici. Il *Judicial Conduct and Disability Act* del 1980, una cornice di norme per disciplinare le condotte non conformi che non raggiungono il livello dell'*impeachment*, permette a chiunque di chiamare in giudizio un giudice federale che si ritiene abbia tenuto una «condotta pregiudiziale all'efficiente e rapida amministrazione del lavoro della corte» o «sia incapace di svolgere tutte le funzioni di ufficio per motivi di disabilità mentale o fisica»²⁴⁰. Ma questa legge esclude i giudici della Corte Suprema dal suo ambito di applicazione: date le procedure attualmente previste dalla legge, se si applicasse anche a questi ultimi senza modifiche, i giudici delle corti inferiori sarebbero nella posizione di valutare le condotte dei giudici della Corte Suprema, che è un organo gerarchicamente superiore. Inoltre, gli interessi coinvolti nelle procedure previste sarebbero molto più elevati: le sanzioni ai sensi della legge «possono includere [...] l'ordine che, temporaneamente per un determinato limite di tempo, nessun altro caso sia assegnato al giudice la cui condotta è soggetta a reclamo»²⁴¹; limitare temporaneamente un giudice della Corte in questo modo avrebbe rilevanti conseguenze che priverebbero le parti litiganti e la cittadinanza di qualunque numero costituisca un completo numero di giudici²⁴², dato che non vi è un meccanismo di sostituzione a differenza di quanto previsto per le corti inferiori.

Queste problematiche potrebbero essere evitate se si prevedessero delle procedure disciplinari interne²⁴³. Alcuni meccanismi stabiliti dal *Judicial Conduct and Disability Act* potrebbero fungere da modello per procedure apposite destinate ai giudici della Corte:

²⁴⁰ *Judicial Conduct and Disability Act*, 28 U.S.C. §351(a).

²⁴¹ Vedi 28 U.S.C. § 354(a)(2).

²⁴² Tale sanzione potrebbe anche essere incostituzionale in quanto sarebbe un "*impeachment de facto*" o una compromissione della capacità della Corte di adempiere ai suoi doveri costituzionalmente previsti. Al riguardo, vedi BAKER L. A., *Unnecessary and Improper: The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, in *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, pp. 1117 ss.

²⁴³ Un'opzione di supervisione della condotta spesso proposta da alcuni membri del Congresso è la creazione di un Ispettore Generale per i Tribunali Federali. Alcune varianti della proposta conferiscono all'Ispettore Generale il potere di indagare sui comportamenti scorretti presso la Corte Suprema. Questa proposta esiste da decenni ed è stata ampiamente discussa. Vedi, per esempio, HARTMUS D.M., *Inspection and Oversight in the Federal Courts: Creating an Office of Inspector General*, in *California Western Law Review*, vol. 35, 243, 1999; ROTUNDA R. D., *Judicial Transparency, Judicial Ethics, and a Judicial Solution: An Inspector General for the Courts*, in *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 41, 2010, pp. 301 ss.

se queste procedure prevedono un'applicazione interna, il *Chief Justice* (o il giudice associato più anziano, in caso di conflitto) potrebbe revisionare i reclami contro il determinato giudice. Quali effetti potrebbe avere una procedura di questo tipo sul ruolo del *Chief Justice* e sulle relazioni professionali tra i giudici non è chiaro.

È possibile ritenere che l'adozione di un codice di condotta non avrebbe importanti benefici se non fosse accompagnato da un meccanismo disciplinare. Tuttavia, alcune esperienze in altri contesti suggeriscono che l'adozione di un codice consultivo sarebbe un passo positivo di per sé, anche senza sanzioni vincolanti²⁴⁴.

Correlata a questi dibattiti, vi è anche la discussione circa la rikusazione dei giudici. Nonostante anche i giudici della Corte Suprema siano soggetti a norme di legge che richiedono la rikusazione in specifiche situazioni, le loro decisioni di rikusazione non sono soggette ad ulteriore revisione, a differenza di quelle dei giudici delle corti inferiori. La legge impone la rikusazione a un giudice di una corte inferiore o della Corte Suprema «in qualsiasi procedimento in cui la sua imparzialità possa ragionevolmente essere messa in dubbio»²⁴⁵. Quando un giudice di una corte inferiore applica la norma, la sua decisione di rikusazione, come ogni altra decisione, è soggetta a revisione in appello. I giudici della Corte Suprema, invece, solitamente non offrono neanche spiegazioni quando decidono di rikusarsi o quando rifiutano di farlo²⁴⁶. Inoltre, quando un giudice di una corte inferiore decide la sua rikusazione, un altro giudice è scelto per sostituirlo nel caso; al contrario, presso la Corte Suprema non è attualmente possibile un sistema di questo tipo.

Le proposte per la procedura di rikusazione presso la Corte Suprema, in un'ottica di maggior trasparenza e *accountability*, sono comunemente tre: imporre ai giudici di dichiarare le ragioni per la rikusazione o per il rifiuto della rikusazione; stabilire una procedura formale attraverso cui la decisione di rikusazione possa essere revisionata da un altro giudice o dall'intera Corte; modificare le leggi di rikusazione in modo da evitare più facilmente conflitti di tipo finanziario per i giudici.

²⁴⁴ WENDEL W. B., *Nonlegal Regulation of the Legal Profession: Social Norms in Professional Communities*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 1955 ss.

²⁴⁵ 28 U.S.C. §455(a).

²⁴⁶ I giudici Rehnquist e Scalia, notoriamente, scrissero dei *memoranda* spiegando la loro decisione di rikusazione in due casi di alto profilo, ma è un fatto inusuale. Vedi SAMAHON T., *Rehnquist's Recusals*, in *Green Bag*, vol. 10, 2007, pp. 205 ss.; *Memorandum of Justice Scalia in Cheney v. U.S. Dist. Court for D.C.*, 541 U.S. 913, 2004, disponibile a: <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-475scalia.pdf>.

Le dichiarazioni dei giudici rispetto ai motivi di riconsazione aumenterebbe la trasparenza del procedimento e aiuterebbe a creare una “*common law*” relativa alla riconsazione presso la Corte: le decisioni potrebbero servire da guida per i giudici e potrebbero chiarificare se i giudici usano sempre gli stessi *standards* in questioni ricorrenti. Tuttavia, tale requisito potrebbe essere dispendioso in termini di tempo se imposto per tutte le decisioni e potrebbe forzare i giudici a divulgare materie private in alcune situazioni. Una soluzione potrebbe essere richiedere solo una breve dichiarazione dei motivi senza specifici dettagli.

Per quanto riguarda la procedura di revisione di queste decisioni, il fatto che non ne sia prevista una posizione i giudici della Corte come arbitri finali di una mozione di riconsazione che mette in discussione l'imparzialità del giudice stesso. Infatti, i giudici della Corte possono consultarsi tra loro ma la decisione finale è sempre individuale e indipendente. Anche in questo caso, è difficile prevedere quali potrebbero essere gli effetti sulle relazioni tra i giudici se si implementasse un processo interno di revisione delle decisioni²⁴⁷: dato che le riconsazioni possono essere dispositive del caso, se la decisione finale spettasse alla Corte, la scelta di forzare un giudice a riconsarsi potrebbe portare ad accuse di scopo improprio.

La pratica, poi, suggerisce che un significativo numero di riconsazioni sono dovute a un conflitto finanziario del giudice. Pertanto, alcuni hanno suggerito che una riforma potrebbe ridurre il numero di riconsazioni per tale motivo. Per esempio, un consenso crescente si è realizzato sulla proposta²⁴⁸ volta a consentire al Congresso di proibire ai giudici, ai loro coniugi e figli da loro dipendenti il possesso di azioni in società quotate in borsa²⁴⁹.

²⁴⁷ Vi è stata almeno un'occasione nella storia della Corte in cui un disaccordo circa una riconsazione ha portato a significanti contese. Il giudice Black e il giudice Jackson hanno discusso per il rifiuto di Black di riconsare se stesso in un caso in cui l'avvocato di una delle parti era l'ex partner legale e avvocato personale di Black. Jackson ha scritto un'opinione concorrente a un ordine di negazione del riesame del caso che è stato interpretato come critico nei confronti di Black. Vedi *Jewell Ridge Coal Corp. v. Local No. 6167, United Mine Workers of America*, 325 U.S. 897, 1945.

²⁴⁸ PRESIDENTIAL COMMISSION, *Final Report*, cit. alla nota 1, p. 224.

²⁴⁹ ANDERSON J. M., HELLAND E. & MCALISTER M., *Measuring How Stock Ownership Affects Which Judges and Justices Hear Cases*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 103, 2015, pp. 1207 ss.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come la panoramica storica ha dimostrato¹, i dibattiti circa l'effettivo ruolo svolto della Corte Suprema sono tanto risalenti quanto la Costituzione. Nonostante le discussioni di oggi si concentrino sugli eventi attuali e del recente passato, considerare un arco temporale più ampio permette di procedere ad un'analisi più profonda e contestualizzata dei testi, delle strutture, della politica e delle riforme. La combinazione di questi fattori era presente quando la Costituzione fu redatta nel 1787, quando fu modificata attraverso gli Emendamenti della Ricostruzione del 1865, 1868 e 1870, quando il Presidente, il Congresso e l'apparato giudiziario discutevano del “*Court-packing*” del 1937 e quando i gruppi a sostegno dei *civil rights* combattevano le loro battaglie negli anni '50 e '60 del secolo scorso.

Per valutare se le proposte di riforma attuali siano necessarie e se potrebbe essere utile perseguire una determinata riforma, possono essere presi in considerazione diversi valori e principi. I temi comuni e più frequentemente invocati al riguardo sono il bisogno percepito di proteggere o accrescere la legittimità della Corte, le preoccupazioni relative all'indipendenza dell'apparato giudiziario federale (in particolare, della Corte) e la relazione della Corte con la democrazia². L'aspetto difficoltoso, però, è che a questi concetti sono attribuiti diversi significati.

Come abbiamo visto, sostanzialmente tutte le questioni che sono attualmente dibattute sembrano implicare questioni relative alla legittimità della Suprema Corte federale: essa potrebbe essere intesa in riferimento al livello generale di supporto che ha la Corte tra i cittadini americani (magari riflesso nei sondaggi dell'opinione pubblica) oppure potrebbe riferirsi alla misura in cui le persone che non concordano con una decisione della Corte sono comunque disposte a rispettarla³; inoltre, è talvolta utilizzata

¹ Vedi capitolo II.

² PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Final Report*, 2021, pp. 21 ss.

³ Chi intende la legittimità in questo senso, solitamente, aggiunge che essa è cruciale per l'istituzione poiché l'apparato giudiziario non ha un esercito o altro modo per forzare le persone a rispettare le decisioni. Vedi RAMIREZ M.D., *Procedural perceptions and support for the U.S. Supreme Court*, in *Political Psychology*, vol. 29, 2008, pp. 675 ss.

per esprimere un giudizio valutativo circa la Corte o le sue azioni, come coloro che sostengono essere divenuta la Corte un organo funzionalmente “politico” o partitico.

Anche l’indipendenza del sistema giudiziario è invocata in vari modi. Comunemente, e correttamente, è considerata come uno dei principi cardine dello stato di diritto⁴. Se intesa come il dovere di assolvere le responsabilità dell’ufficio senza timori o favoritismi, l’indipendenza giudiziaria non è differente da quanto è richiesto ai funzionari governativi; ma l’ideale di indipendenza giudiziaria potrebbe essere concepito come inclusivo di qualità distintive del lavoro dei giudici. Al di là di ciò, talvolta si sostiene che l’indipendenza giudiziaria richiede che i giudici decidano solo in base alla legge, ma anche questo solleva alcuni dubbi: le decisioni di un’istituzione come la Corte Suprema, che ha la responsabilità di decidere le questioni più impegnative del sistema americano, possono talvolta coinvolgere un esercizio di giudizio basato anche sulla storia o i costumi della società⁵. Ma ciò che solleva le domande più complesse è la concezione di indipendenza giudiziaria secondo cui l’apparato giudiziario ha un ruolo indipendente e distinto dagli altri rami: da un lato, vi è chi sostiene che il giudiziario non dovrebbe essere totalmente indipendente dall’esecutivo e dal legislativo⁶; dall’altro, i giudici hanno il compito di decidere i casi non in base alle preferenze degli attori politici, bensì in un modo che protegga le minoranze contro un eventuale esercizio illegittimo di potere politico.

Infine, come sottolineato più volte nell’analisi delle attuali proposte di riforma⁷, una critica di vasta portata riguarda la supposta intrusione della Corte in materie che dovrebbero essere lasciate al processo democratico. Secondo questa visione, molte preoccupazioni circa la Corte Suprema derivano dal suo ruolo da molti ritenuto “fuori misura” nel sistema: quando le decisioni della Corte sono così importanti, il processo di nomina e conferma diventa, come abbiamo visto⁸, più contenzioso e di lotta partitica e gli incentivi a tentare di sfruttare la Corte per scopi partitici aumentano. Questo evidenzia una tensione tra il ruolo di un apparato giudiziario indipendente che deve controllare il

⁴ Vedi capitolo I, paragrafo 2.2.

⁵ CARDOZO B. N., *The nature of the judicial process*, 1st ed, New Haven, 1921, p. 43.

⁶ Come abbiamo visto, vi sono alcuni aspetti del sistema che assicurano che l’apparato giudiziario sia in qualche modo connesso ai funzionari elettivi e quindi all’opinione pubblica: per esempio, il processo di nomina e conferma dei giudici e il ruolo del Congresso nel definire la giurisdizione e la dimensione della Corte Suprema.

⁷ Vedi, in generale, capitolo IV.

⁸ Vedi capitolo IV, paragrafo 1.

processo politico e l'idea che una democrazia costituzionale deve consentire un controllo democratico anche sull'apparato giudiziario.

Se lo scopo fondamentale della democrazia è assicurare che le decisioni siano prese da istituzioni democratiche, come il legislatore, un obiettivo di una riforma potrebbe essere quello di fare in modo che la Corte Suprema non interferisca con i risultati del processo democratico. Le riforme che propongono una limitazione della giurisdizione della Corte da parte del Congresso⁹ o l'introduzione di regole che rendano la Corte più deferente rispetto al Congresso¹⁰ rispondono a questa esigenza. Tuttavia, questa concezione solleva anche alcune domande: per esempio, la preoccupazione riguarda solo la dichiarazione di incostituzionalità degli atti del Congresso o si estende anche alle decisioni relative all'incostituzionalità dei governi statali e locali? Nonostante significanti differenze, queste due forme di *judicial review* implicano entrambe una possibile invalidità di atti emanati da organi democraticamente eletti. Ma, forse, la domanda fondamentale è: quando la deferenza è giustificata e quando non lo è? Abbiamo notato più volte come la Corte sia intervenuta in casi di estrema importanza per proteggere le minoranze razziali o religiose¹¹. Se la Corte adottasse un comportamento di deferenza, non avrebbe più questo ruolo. È, però, altrettanto vero che vi sono state occasioni in cui la Corte ha impedito ai rami governativi democraticamente eletti di servire gli interessi della nazione, interferendo con le azioni mirate a proteggere i diritti di gruppi svantaggiati¹².

Anche la proposta di un emendamento costituzionale che adotti un sistema di “*override*” legislativo delle decisioni della Corte¹³ rientra in questa concezione di garantire più potere decisionale ai rami elettivi: in questo modo, infatti, il potere della Corte Suprema su questioni sociali fondamentali sarebbe ridotto a favore del Congresso. Il modo in cui si strutturerebbe questo sistema potrebbe mitigare le preoccupazioni

⁹ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.3.1. Tuttavia, come sottolineato, queste proposte non sembrano efficaci se riguardano la limitazione della giurisdizione della sola Corte Suprema.

¹⁰ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.3.2.

¹¹ Vedi, per esempio, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 1954 (che ha dichiarato la segregazione nelle scuole incostituzionale); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992 (che ha dichiarato incostituzionale una legge restrittiva dell'aborto della Pennsylvania); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 664, 2015 (che ha concluso che il Quattordicesimo Emendamento imponga agli Stati di autorizzare e riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso).

¹² Per esempio, le decisioni della Corte che invalidarono la legislazione del *New Deal*. Vedi capitolo II, paragrafo 6.

¹³ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.3.3.

relative allo stato di diritto, alla struttura costituzionale e ai diritti delle minoranze. Tuttavia, è difficile raggiungere una conclusione al riguardo: questa proposta di riforma ha attirato poca attenzione e, richiede, pertanto maggiore elaborazione.

Un secondo argomento relativo alla democrazia suggerisce che la Corte dovrebbe riflettere la composizione politica del Paese, presupponendo che in questo modo la Corte non rilascerebbe decisioni che si discostano in modo rilevante dalle preferenze della maggior parte del pubblico. Il sistema attuale, secondo alcuni, produrrebbe un divario persistente tra la composizione della Corte e i movimenti a lungo termine nell'opinione popolare¹⁴. Come analizzato sopra¹⁵, il disallineamento può avvenire per una serie di coincidenze, poiché la natura fortuita dei seggi vacanti¹⁶ può consentire ad alcuni Presidenti di nominare più giudici rispetto ad altri e, quindi, avere molta più influenza sulla direzione della Corte. Alcuni osservatori ritengono che un tale disallineamento esista oggi: i Presidenti Repubblicani hanno nominato sedici degli ultimi venti giudici della Corte Suprema e sei degli attuali nove, «nonostante i Democratici siano stati alla presidenza per sedici degli ultimi ventotto anni e abbiano ricevuto più voti in sei delle ultime sette elezioni presidenziali»¹⁷. Infatti, il Presidente Trump ha potuto nominare tre giudici nel suo unico mandato presidenziale; mentre i suoi immediati predecessori, i Presidenti Obama, Clinton e Carter hanno nominato solo quattro giudici in un totale di venti anni di ufficio¹⁸. Questo argomento coincide con alcune delle preoccupazioni circa la legittimità della Corte. Peraltro, un risultato concreto di questi eventi lo abbiamo riscontrato¹⁹ nel recente “*overturning*” della decisione di *Roe v. Wade*²⁰ e *Planned Parenthood*²¹ con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*²². In questa occasione, la Corte ha revocato precedenti di vecchia data che, apparentemente, godevano del favore di una larga parte dei cittadini. Gli attuali appelli di espansione della

¹⁴ *Bowie Nikolas' written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 30 giugno 2021.

¹⁵ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.2.

¹⁶ I giudici della Corte Suprema, attualmente, godono di un mandato a vita. Pertanto, un seggio diventa vacante al momento del volontario pensionamento oppure della morte di uno dei componenti.

¹⁷ *Green Jamal's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 20 luglio 2021.

¹⁸ *Supreme Court Nominations (1789-Present)*, accessibile sul sito web del Senato U.S.

¹⁹ Vedi capitolo II, paragrafo 8.4.

²⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

²¹ *Planned Parenthood v. Casey*, cit. alla nota 10.

²² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228, 2022.

dimensione numerica della Corte²³ e di modifica della durata del mandato dei giudici²⁴ fondano le basi su queste considerazioni.

Tuttavia, ciò che è visto come disallineamento da alcuni, è visto come funzionale a importanti valori o scopi del sistema costituzionale da altri. La protezione del mandato a vita dei giudici potrebbe aiutare a mantenere l'indipendenza giudiziaria: in un clima polarizzato come quello descritto, qualsiasi modifica alla struttura della Corte dovrebbe essere analizzata con sospetto, poiché i rischi di conseguenze non volute sono significativi. Peraltro, i tentativi di allineare le decisioni della Corte alle preferenze delle maggioranze politiche trascurerebbero il fatto che la Corte sia obbligata nei confronti della Costituzione e delle leggi: se le sue decisioni non fossero gradite dalla maggioranza politica del momento, questo potrebbe semplicemente essere una conseguenza inevitabile di un sistema in cui l'apparato giudiziario deve interpretare ed applicare la legge, non fare politica. D'altronde, alcune delle decisioni storiche della Corte non furono inizialmente accolte dalla volontà popolare²⁵: per esempio, *Brown v. Board of Education*²⁶ incontrò una significativa resistenza, ma oggi è una delle più fondamentali decisioni. Al di là di ciò, le proposte per introdurre un mandato a tempo determinato devono essere attente a non sembrare un "regolamento di conti" o un attacco a determinati giudici. Peraltro, una modifica in questo senso non sarebbe di per sé garanzia di nomine di individui di elevate qualità. Coloro che non condividono questa proposta di riforma ritengono che potrebbe politicizzare ulteriormente il processo di nomina e avere conseguenze sulla cultura e posizione della Corte.

Nonostante ciò, se si ritiene che il sistema attuale presenti profili problematici, anche l'inerzia potrebbe avere delle conseguenze non volute, come illustrato dal graduale allungamento dell'ufficio dei giudici nel tempo e dall'aumentare della percezione che i giudici si ritirino in modo strategico: la durata media dei mandati dei giudici dalla nascita della Corte Suprema al 1970 era meno di diciotto anni²⁷; pertanto, la Corte storicamente

²³ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.1.

²⁴ Vedi capitolo IV, paragrafo 2.2.

²⁵ Vedi GASH A. & GONZALES A., *School Prayer*, in PERSILY N., CITRIN J. & EGAN P. J. (a cura di), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford, 2008, pp. 68 ss.; LERMAN A. E., *The rights of the accused*, in *Public Opinion*, *ibidem*, pp. 42 ss.

²⁶ *Brown v. Board of Education*, cit. alla nota 10. Per una discussione sulla resistenza alla decisione, vedi DRIVER J., *The schoolhouse gate: public education, the Supreme Court, and the battle for the American mind*, New York, 2018, pp. 242 ss.

²⁷ *Supreme Court Practitioners' Committee's written testimony to the Presidential Commission on the Supreme Court*, 16 luglio 2021.

ha sperimentato un “ricambio” di giudici più frequente di quello che proporrebbe il sistema di un mandato a tempo determinato per diciotto anni. Inoltre, le preoccupazioni circa l’indipendenza del giudiziario non trovano riscontro nelle esperienze di corti in altri ordinamenti che prevedono mandati a tempo determinato o un’età di pensionamento obbligatorio²⁸. In ogni caso, queste osservazioni possono essere affrontate disegnando attentamente il sistema: per esempio, si può introdurre un limite di mandato di lunga durata e non rinnovabile, la garanzia di un altro ufficio giudiziario con una compensazione a vita e alcune restrizioni sulle possibilità di impieghi dopo la fine del mandato presso la Corte²⁹.

Come anticipato sopra, anche la diffusa richiesta di espansione numerica della Corte vorrebbe rispondere al supposto attuale divario tra i membri della Corte, la cui maggioranza è stata nominata da Presidenti Repubblicani, e l’opinione pubblica. Come ampiamente analizzato precedentemente, la proposta ha sollevato un grande dibattito, anche elettorale: in breve, i Democratici ritengono che l’aggiunta di nuovi giudici alla Corte sanerebbe la recente violazione delle regole del processo di nomina da parte dei Repubblicani³⁰, proteggendo di conseguenza anche la legittimità della Corte. In quest’ottica, aumentare il numero dei giudici sarebbe una risposta immediatamente realizzabile e certamente costituzionale per rispondere alla presunta minaccia alla democrazia. Tuttavia, è necessario sottolineare che un sistema che permettesse una sorta di sistema di “*Court-packing*” da parte del partito in carica nel momento in cui la Corte rilasciasse una decisione in contrasto con le preferenze di quest’ultimo metterebbe in serio pericolo l’indipendenza dell’apparato giudiziario e, di conseguenza, la perdita di legittimità della Corte, che sarebbe vista come uno strumento partitico.

²⁸ Vedi EPSTEIN L., KNIGHT J. C. & SHVETSOVA O., *Comparing judicial selection systems*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 10, 2001, pp. 36 ss.

²⁹ Anche alcuni critici dell’introduzione di un mandato a tempo determinato riconoscono che termini di lunga durata con la seguente assegnazione del giudice presso una Corte di appello potrebbe garantire un grado di indipendenza al giudice in quanto individuo comparabile al sistema attuale. Vedi FARNSWORTH W., *The Regulation of Turnover on the Supreme Court*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2005, 2005, pp. 407 ss.

³⁰ Il Congresso a maggioranza Repubblicana nel 2016 ha rifiutato di considerare la nomina del giudice Garland da parte del Presidente Obama, sostenendo che fosse necessario attendere i risultati delle elezioni presidenziali che si sarebbero tenute a distanza di trentotto settimane. Tuttavia, nel 2020, la nomina della giudice Barrett da parte del presidente Trump fu confermata quando mancava un mese alle elezioni presidenziali.

Peraltro, l'espansione numerica della Corte lascerebbe intatti quelli che sono, probabilmente, i più rilevanti problemi attuali della Corte stessa. Nella recente controversia del Texas relativa all'aborto³¹, le parti litiganti e le corti hanno principalmente discusso di aspetti procedurali: per esempio, la Corte Suprema, infine, non ha riconosciuto la presenza dello “*standing*”, una dottrina procedurale che impedisce a una domanda relativa a una violazione di un diritto costituzionale fondamentale di raggiungere la fase di analisi del merito. Il risultato, secondo alcuni, era prevedibile sulla base della giurisprudenza moderna della Corte Suprema su questo tipo di dottrine procedurali³²: il processo decisionale della Corte è controverso e altamente politicizzato e le dottrine procedurali sembrano essere diventate un mezzo potente nelle mani della Corte per controllare sviluppi sociali ed economici. La supremazia giudiziaria della Corte “incarnata” nel potere di *judicial review* ha reso la Corte «il punto focale delle nostre più aspre polemiche politiche e costituzionali»³³. Come abbiamo già ricordato, la Corte nel corso della storia ha preso decisioni miliari, noncurante delle preferenze morali o politiche del pubblico, bensì agendo in accordo alla Costituzione e concludendo che in essa siano presenti determinati diritti fondamentali o, in assenza di un'azione legislativa federale, scegliendo di creare diritti costituzionali che non erano riconosciuti prima (per esempio, il diritto fondamentale all'intimità sessuale³⁴). Gli attivisti per i diritti umani hanno accolto favorevolmente queste sentenze, che hanno consentito alla società americana di evolvere; mentre, senza dubbio, condannano le decisioni degli ultimi anni che non hanno analizzato il merito delle parti per motivi procedurali³⁵. In ognuno di questi casi, la Corte ha reso decisioni giudiziarie controverse che hanno avuto significanti conseguenze per la società, per l'economia e talvolta per il rispetto dello stato di diritto. Nonostante ciò, però, vi è la necessità di una Corte Suprema che imponga l'uguaglianza e la libertà su base nazionale: l'intervento della magistratura è essenziale per la sopravvivenza di un sistema costituzionale che si basi sui principi della separazione dei

³¹ Vedi capitolo II, paragrafo 8.4.

³² Vedi, per esempio, GROSSI S., *Roe v. Wade under attack: choosing procedural doctrines over fundamental constitutional rights*, in *ConLawNow*, vol. 13, 2022, p. 40.

³³ LERNER M., *The Supreme Court and American capitalism*, in *Yale Law Journal*, vol. 42, 1933, p. 669.

³⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003.

³⁵ Per esempio, *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662, 2009; *Clapper v. Amnesty International USA*, 568 U.S. 398, 2013.

poteri, del federalismo e del rispetto dei diritti individuali. La chiave è che la Corte trovi il giusto equilibrio.

Per quanto riguarda la dottrina dello “*standing*”³⁶, abbiamo sottolineato³⁷ il controverso *standard* che richiede che il danno minacciato sia “certamente imminente”³⁸, ma che non è facilmente riconciliabile con la pratica del “*qui tam*”³⁹ e con le considerazioni di praticità e necessità per motivi amministrativi che hanno portato la Corte ad allentare lo *standard* nel 2013⁴⁰. Nel chiedersi se il bisogno di proteggere i diritti fondamentali costituzionali non sia una ragione più significativa per un ritorno alla concezione del diritto processuale come strumento per far valere i diritti individuali⁴¹, non sembra fuori luogo chiedere al Congresso un eventuale intervento in questo ambito, invece che relativamente ad un semplice aumento numerico di giudici.

Come abbiamo visto, però, nel processo decisionale della Corte Suprema si possono riscontrare ulteriori problematiche. Infatti, se le ragioni per mantenere la pratica del *certiorari*⁴² sono molteplici, tra cui l’evitato “intasamento” della Corte con relativi ritardi e il potere di scegliere il momento adatto per un eventuale mutamento giurisprudenziale, è anche vero che la totale discrezione che la Corte nel tempo ha guadagnato nella scelta dei casi e delle particolari questioni da ascoltare richiederebbe una maggiore chiarezza per le regole di selezione. Infatti, dato che questo potere discrezionale non è espressamente garantito dalla Costituzione e pone diversi problemi di riconciliazione con il potere di *judicial review*, potrebbe essere necessario introdurre una “*principled discretion*” in materia di giurisdizione: se fossero previsti dei criteri conoscibili all’esterno, le parti litiganti e gli avvocati avrebbero una guida usufruibile e tale discrezionalità potrebbe essere compatibile con il potere di *judicial review* poiché richiederebbe una decisione motivata.

³⁶ Lo “*standing*” determina se una parte ha il potere di intentare la causa. La parte deve dimostrare l’esistenza di un danno concreto e che sia legalmente conoscibile, deve riuscire a ricondurlo al convenuto e, infine, il danno deve essere riparabile dalla corte.

³⁷ Vedi capitolo III, paragrafo 3.2.

³⁸ *Clapper v. Amnesty International USA*, cit. alla nota 36.

³⁹ Il Congresso (o un legislatore statale) può delegare i privati cittadini ad intraprendere azioni per suo conto, premiandoli con una “taglia” o con la promessa di una quota dell’eventuale somma recuperata, in modo che serva come incentivo e che procuri loro artificialmente un danno particolare che altrimenti mancherebbe.

⁴⁰ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744, 2013.

⁴¹ Vedi capitolo III, paragrafo 3.1.

⁴² Vedi capitolo III, paragrafo 1.

Infine, abbiamo notato le criticità del principio di *stare decisis*⁴³. Nonostante sia difficile trovare una sua giustificazione nel testo della Costituzione se si adotta una concezione testualista, il rispetto del precedente vincolante è il principio fondamentale su cui si basa il processo decisionale. La questione è diventata centrale nel dibattito pubblico a seguito della già citata decisione in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁴⁴, in cui la Corte ha revocato quello che si pensava essere un “ben stabilito” precedente giudiziario che riconosceva il diritto all’interruzione volontaria di gravidanza. Invece, secondo la maggioranza, la Costituzione non menziona il diritto in questione, che non è nemmeno «profondamente radicato nella storia della nazione, né una componente essenziale della “libertà ordinata”»⁴⁵. Tuttavia, i criteri che la Corte stessa aveva fornito nella decisione in *Planned Parenthood v. Casey*⁴⁶ sarebbero una buona guida alla questione del superamento del precedente: offrono un equilibrato bilanciamento tra il mantenimento della stabilità del sistema e l’opposto interesse di dare risposte a un sistema che muta nel tempo⁴⁷. Infatti, la Corte aveva dichiarato: «ad esempio, ci si può chiedere se la norma si sia rivelata intollerabile semplicemente per l’inapplicabilità pratica; se la norma è soggetta a un tipo di affidamento che comporterebbe un grave disagio come conseguenza dell’annullamento e aggiungerebbe l’iniustizia al costo del ripudio; se i relativi principi di diritto si siano sviluppati a tal punto da aver lasciato la vecchia regola nient’altro che un residuo di dottrina abbandonata; o se i fatti sono così cambiati, o vengono visti in modo così diverso, da aver privato la vecchia regola di una significativa applicazione o giustificazione»⁴⁸. Non sembra, però, che la Corte abbia rispettato le sue stesse parole nel raggiungere la conclusione nell’ultima sentenza relativa all’aborto.

Tuttavia, come si evince dalla panoramica sulle proposte di riforma attuali, il processo decisionale della Corte Suprema non sembra essere al centro dell’attenzione in termini di proposte legislative che rispondano alle problematiche evidenziate. Nonostante si possano ritenere meritevoli alcune delle attuali proposte, come l’introduzione di un mandato a tempo determinato per i giudici della Corte Suprema, proposte che si limitino a questioni principalmente “formalistiche” (come la dimensione numerica) non

⁴³ Vedi capitolo III, paragrafo 2.

⁴⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit. alla nota 22.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Planned Parenthood v. Casey*, cit. alla nota 11.

⁴⁷ GROSSI, *Roe v. Wade under attack*, cit. alla nota 32, p. 99.

⁴⁸ *Planned Parenthood v. Casey*, cit. alla nota 11.

risolverebbero le questioni “sostanziali” implicate nel processo decisionale. Dato il ruolo unico, più volte sottolineato, che ha la Corte Suprema nell’ordinamento, le implicazioni di qualsiasi decisione di riforma sono significative per i diritti fondamentali di ogni cittadino, ma lo stesso vale anche per le non-decisioni di riforma.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ABRAMOWITZ A. I. & SAUNDERS K. L., *Is Polarization a Myth?*, in *Journal of Politics*, vol. 70, 2008, pp. 545.
- ACHTENBERG D., *Immunity under 42 U.S. C. §1983: Interpretive Approach and the Search for the Legislative Will*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 86, n. 284, 1992, pp. 497 ss.
- ALEXANDER L. & SCHAUER F., *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, in *Harvard Law Review*, vol. 110, 1997, pp. 1359 ss.
- ALSOP J. & CATLEDGE T., *The 168 days*, New York, Doubleday, Doran & Co., Inc., 1938.
- AMAR A. R., *America's unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*, 1st ed., New York, Basic Books, 2012.
- ANDERSON J. M., HELLAND E. & MCALISTER M., *Measuring How Stock Ownership Affects Which Judges and Justices Hear Cases*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 103, 2015, pp. 1163 ss.
- ARNOLD C., *Comparison of Civil Law and Common Law*, in *Common Law Review*, vol. 8, 2007, pp. 5 ss.
- BAFUMI J. & SHAPIRO R. Y., *A New Partisan Voter*, in *Journal of Politics*, vol. 71, 2009, pp. 1 ss.
- BAKER L. A., *Unnecessary and Improper: The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, in *Yale Law Journal*, vol. 94, 1985, pp. 1117 ss.
- BALKIN J. M. & LEVINSON S., *Understanding the Constitutional Revolution*, in *Virginia Law Review*, vol. 87, 2001, pp. 1045 ss.
- BARTELS L. M., *Unequal Democracy: the political economy of the new gilded age*, 1st ed., Princeton, Princeton University Press, 2008.
- BARTH A., *Prophets with honor: great dissents and great dissenters in the Supreme Court*, 1st ed., New York, Knopf, 1974.
- BARTOLE S., *Stare decisis e Corte Suprema: a proposito della successione di Ruth Bader Ginsburg*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, pp. 192 ss.
- BAUDE W., *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 9, 2015, pp. 1 ss.
- BENNET R., *Originalist Theories of constitutional interpretation*, in *Cornell Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 355 ss.
- BICKEL A. M., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1st ed., New York, Yale University Press, 1962.

- BLACK R. & BOYD C., *The role of law clerks in the U.S. Supreme Court's agenda-setting process*, in *American Politics Research*, vol. 40, 2012, pp. 147 ss.
- BLUMSTEIN J. F., *The Supreme Court's Jurisdiction–Reform Proposals, Discretionary Review, and Writ Dismissals*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 26, 1973, pp. 895 ss.
- BORK R., *The tempting of America: the political seduction of the law*, New York, Free Press, 1990.
- BOYER C., *The Supreme Court and Politics in the Trump Era*, in *Elon Law Review*, vol. 12, 2020, pp. 215 ss.
- BRAVER J., *Court-Packing: An American Tradition?*, in *Boston College Law Review*, vol. 61, 2020, pp. 2747 ss.
- BRENNAN W. J., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Review*, vol. 90, 1977, pp. 489 ss.
- BREST P., *Process of Constitutional decisionmaking: cases and materials*, 7th ed., New York, Wolters Kluwer, 2018.
- BREYER S., *Active liberty: interpreting our democratic Constitution*, 1st ed., New York, Vintage, 2005.
- BRINKLEY A., *The end of reform: New Deal liberalism in recession and war*, New York, Knopf, 1995.
- BURBANK S. B., *Alternative Career Resolution II: Changing the Tenure of Supreme Court Justices*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, 2006, pp. 1511 ss.
- CALABRESI S. G. & LINDGREN J., *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 29, 2006, pp. 769 ss.
- CALABRESI S. G. & PRESSER D. C., *Reintroducing Circuit Riding: A Timely Proposal*, in *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, pp. 1386 ss.
- CAMINKER E., *Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rules: Lessons from the Past*, in *Indiana Law Journal*, vol. 78, 2003, pp. 73 ss.
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968.
- CARSON H. L., *The history of the Supreme Court of the United States with biographies of all the Chief and Associate Justices*, Philadelphia, P. W. Ziegler Co., 1902.
- CASPER G. & POSNER R., *The Workload of the Supreme Court*, Chicago, American Bar Foundation, 1976.
- CASSESE S., *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, pp. 993 ss.

- CHACE J., *1912: Wilson, Roosevelt, Taft & Debs. The election that changed the country*, New York, Simon & Schuster, 2004.
- CHEMERINSKY E., *Constitutional Law*, 6th ed., New York, Wolters Kluver, 2019.
- CHILTON A., EPPS D., ROZEMA K. & SEN M., *Designing Supreme Court Term Limits*, in *Southern California Law Review*, vol. 95, 2021, pp. 1 ss.
- CHOPER J. H., *Judicial Review and the national political process*, 1st ed., Chicago, University of Chicago Press, 1980.
- CHOPER J.H., *Consequences of Supreme Court decisions upholding individual constitutional rights*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, 1984, pp. 1 ss.
- CLARK C. E., *Pleading under the Federal Rules*, in *Wyoming Law Journal*, vol. 12, 1958, pp. 177 ss.
- CLARK C. E., *The Courts and the People*, in *Locomotive Engineers Journal*, vol. 57, 1923, pp. 626 ss.
- CLARK C. E., *The Handmaid of Justice*, in *Washington University Law Quarterly*, vol. 23, 1938, pp. 297.
- CLARK J. P., *Some recent proposals for Constitutional Amendment*, in *Wisconsin Law Review*, vol. 12, 1937, pp. 313 ss.
- COMELLA V. F., *Constitutional Courts and Democratic Values: a European perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- CRAMTON R. C., *Reforming the Supreme Court*, in *California Law Review*, vol. 95, 2007, pp. 1313 ss.
- CROWE J., *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of institutional development*, 1st ed., Princeton, Princeton University Press, 2012.
- CURRIE D. P., *The Constitution in the Supreme Court: the first hundred years*, Chicago, University of Chicago Press, 1992.
- CURTIS B. R., *Jurisdiction, Practice, and Peculiar Jurisprudence of the Courts of the United States*, 2nd ed., Boston, Little, Brown & Co., 1896.
- CUSHMAN B., *Rethinking the New Deal Court: the structure of a Constitutional Revolution*, 1st ed., Oxford, Oxford University Press, 1998.
- CUSHMAN R. E., *History of the Supreme Court in resume*, in *Minnesota Law Review*, 1922-1923, vol. 7, pp. 275-305.
- DAVIS J. P. & EISENHARDT K. M., *Rotating Leadership and Collaborative Innovation: Recombination Processes in Symbiotic Relationships*, in *Administrative Science Quarterly*, vol. 56, 2011, pp. 159 ss.

- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 2013.
- DEVINS N. & BAUM L., *The Company They Keep: How Partisan Divisions Came to the Supreme Court*, 1st ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- DI TULLIO J. E. & SCHOCHET J. B., *Saving This Honorable Court: A Proposal to Replace Life Tenure on the Supreme Court with Staggered, Nonrenewable Eighteen-Year Terms*, in *Virginia Law Review*, 2004, pp. 1093 ss.
- DOERFLER R. & MOYN S., *Democratizing the Supreme Court*, in *California Law Review*, vol. 109, 2021, pp. 1703 ss.
- DORF M. C., *How the Written Constitution Crowds Out the Extraconstitutional Rule of Recognition*, in ADLER M. & HIMMA K. E. (a cura di), *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- DOUGLAS W. O., *The Supreme Court and its Caseload*, in *Cornell Law Review*, vol. 45, 1960, pp. 401 ss.
- DOUGLASS F., *The Dred Scott decision*, in *Two Speeches by Frederick Douglass*, New York, 1857.
- DOWNS D. A., *Supreme Court nominations at the bar of political conflict: the strange and uncertain career of the liberal consensus in law*, in *Law & Society Inquiry*, vol. 46, 2021, pp. 540 ss.
- DRIVER J., *Supremacies and the Southern Manifesto*, in *Texas Law Review*, vol. 92, 2014, pp. 1053 ss.
- DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
- EPSTEIN L., SEGAL J. A., ET AL., *The Supreme Court compendium: data, decisions & developments*, 6th ed., Los Angeles, CQ Press, 2015.
- EREZ A., LEPINE J. A. & ELMS H., *Effects of Rotated Leadership and Peer Evaluation on the Functioning and Effectiveness of Self-Managed Teams: A Quasi-Experiment*, in *Journal of Personnel Psychology*, vol. 55, 2002, pp. 929 ss.
- EVERETT P. WHEELER ET AL., *Report of the Committee on Jurisprudence and Law Reform*, in *Report A.B.A.*, vol. 46, 1921, pp. 384 ss.
- EVERETT P. WHEELER ET AL., *Report of the Standing Committee on Jurisprudence and Law Reform*, in *Report A.B.A.*, vol. 47, 1922, pp. 356.
- FALLON JR. R. H., *“The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse*, in *Columbia Law Review*, vol. 97, 1997, pp. 1 ss.
- FALLON JR. R. H., MANNING J. F. ET AL., *The Federal Courts and the Federal System*, 7th ed., Goleta, Foundation Press, 2015.

- FARBER D. & FRICKEY P. P., *Law and Public Choice*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.
- FARBER D., *Legal pragmatism and the Constitution*, in *Minnesota Law Review*, vol. 72, 1988, pp. 1331 ss.
- FARNSWORTH W., *The Regulation of Turnover on the Supreme Court*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2005, 2005, pp. 407 ss.
- FINKEL J., *Judicial Reform in Argentina in the 1990s: How Electoral Incentives Shape Institutional Change*, in *Latin America Research Review*, vol. 39, 2004, pp. 56 ss.
- FISS O. M., *Against settlement*, in *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, pp. 1073 ss.
- FONER E., *Reconstruction: America's unfinished Revolution, 1863-1877*, 1st ed., New York, Harper & Row, 1988.
- FONER E., *The Second Founding: how the Civil War and Reconstruction remade the Constitution*, New York, W. W. Norton & Company, 2019.
- FORBATH W. E., *The Shaping of the American Labor Movement*, in *Harvard Law Review*, vol. 102, 1989, pp. 1109 ss.
- FRANKFURTER F. & LANDIS J. M., *The Business of the Supreme Court at October Term, 1929*, in *Harvard Law Review*, vol. 44, 1930, pp. 1 ss.
- FRANKFURTER F. & LANDIS J. M., *The Business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system*, Boston, Routledge, 1928.
- FRANKLIN J. H., *The enforcement of the Civil Rights Act of 1785*, in *Prologue*, vol. 6, 1974, pp. 225 ss.
- FREUND P. A., *Why We Need the National Court of Appeals*, in *A.B.A. Journal*, vol. 59, 1973, pp. 247 ss.
- FRIEDMAN B., *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- FROST A., *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 26, 2013, pp. 443 ss.
- GASH A. & GONZALES A., *School Prayer*, in PERSILY N., CITRIN J. & EGAN P. J. (a cura di), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GELY R. & SPILLER P. T., *The political economy of Supreme Court constitutional decisions: the case of Roosevelt's Court-packing plan*, in *International Review Law & Economics*, vol. 12, 1992, pp. 45 ss.
- GERSEN J. E. & VERMEULE A., *Chevron as a Voting Rule*, in *Yale Law Journal*, vol. 116, 2007, pp. 676 ss.

- GIENAPP J., *The second creation: fixing the American Constitution in the Founding Era*, Boston, Belknap Press, 2018.
- GILENS M. & PAGE B. I., *Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*, in *Perspective on Politics*, vol. 12, 2014, pp. 564 ss.
- GILENS M., *Affluence and Influence: economic inequality and political power in America*, Princeton, Princeton University Press, 2012.
- GILLMAN H., *How political parties can use the courts to advance their agendas: federal courts in the United States, 1875-1891*, in *American Political Science Review*, vol. 96, 2002, pp. 511 ss.
- GINSBURG R. B., *Remarks on appellate advocacy*, in *Supreme Court Law Review*, vol. 50, 1999, pp. 567-569.
- GINSBURG R. B., *The role of dissenting opinions*, in *The 20th Annual Leo and Berry Eizenstat Memorial Lecture*, 2007.
- GREENE J., *Giving the Constitution to the Courts*, in *Yale Law Journal*, vol. 117, 2008, pp. 886 ss.
- GREENE J., *The case for Original Intent*, in *George Washington Law Review*, vol. 80, 2012, pp. 1683 ss.
- GRESSMAN E., *Much Ado About Certiorari*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 52, 1964, pp. 742 ss.
- GRESSMAN E., *The National Court of Appeals: A Dissent*, in *A.B.A. Journal*, vol. 59, 1973, pp. 253 ss.
- GROSSI S., *Roe v. Wade under attack: choosing procedural doctrines over fundamental constitutional rights*, in *ConLawNow*, vol. 13, 2022, pp. 39 ss.
- GROSSI S., *The Courts and the People in a Democratic System: Against Federal Court Exceptionalism*, in *Notre Dame Law Review Online*, vol. 92, 2016, pp. 106 ss.
- GROVE T. L., *The Article II safeguards of Federal Jurisdiction*, in *Columbia Law Review*, vol. 112, 2012, pp. 250 ss.
- GROVE T. L., *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 71, 2018, pp. 465 ss.
- GROVE T. L., *The Structural Safeguards of Federal Jurisdiction*, in *Harvard Law Review*, vol. 124, 2011, pp. 869 ss.
- GUNTHER G. (a cura di), *John Marshall's defense of McCulloch v. Maryland*, Stanford, Stanford University Press, 1969.
- GUTMANN A. (a cura di), *A matter of interpretation: federal courts and the law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

- HALL F. W., *The Common Law: An Account of Its Reception in the United States*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 4, 1951, pp. 791 ss.
- HAMILTON A., *The Federalist No. 78*, in SHAPIRO I. (a cura di), *The Federalist*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- HAREL A. & SHINAR A., *Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 2012, pp. 950 ss.
- HART JR. H. M. & WECHSLER H., *The federal courts and the federal system*, 7th ed., New York, Foundation Press, 2015.
- HARTMUS D.M., *Inspection and Oversight in the Federal Courts: Creating an Office of Inspector General*, in *California Western Law Review*, vol. 35, 243, 1999.
- HARTNETT E. A., *Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' bill*, in *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, pp. 1643 ss.
- HELLMAN A. D., *Reining in the Supreme Court: Are Term Limits the Answer?*, in CRAMTON R. C. & CARRINGTON P. D. (a cura di), *Reforming the Court: term limits for Supreme Court Justices*, Durham, Carolina Academic Press, 2006, pp. 291 ss.
- HEMEL D., *Can structural changes fix the Supreme Court?*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 2021, pp. 119 ss.
- HESSICK, F. A. & SAMUEL P. J., *Setting the Size of the Supreme Court*, in *Arizona State Law Journal*, vol. 41, no. 3, 2009, pp. 645-708.
- HONG J. S., *Signaling the Turn: The Supermajority Requirement and Judicial Power on the Constitutional Court of Korea*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, 2019, pp. 177 ss.
- HOWARD A. E. D., *The changing face of the Supreme Court*, in *Virginia Law Review*, 2015, pp. 231 ss.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, 4^o ed., Milano, Giuffrè, 1999.
- ISRAEL F. L. (a cura di), *The State of the Union Messages of the Presidents, 1790-1966*, vol. 3, 1966, pp. 2642 ss.
- JOHNSTON H. P., *Correspondence and Public Papers of John Jay*, New York, Gale, Making of Modern Law, 1801.
- KAHANA T., *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, 2002, pp. 221 ss.
- KALMAN L., *The Constitution, the Supreme Court, and the New Deal*, in *American Historical Review*, vol. 110, 2005, pp. 1052 ss.

- KALMAN L., *The long reach of the sixties: LBJ, Nixon, and the making of contemporary Supreme Court*, 1st ed., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- KALMAN L., *The strange career of legal liberalism*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- KAPLAN D. A., *The Most Dangerous Branch: Inside the Supreme Court in the Age of Trump*, New York, Crown, 2018.
- KEITH L., *The Colfax Massacre: the untold story of black power, white terror, and the death of Reconstruction*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- KLARMAN M. J., *Foreword: The Degradation of American Democracy—and the Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 134, 2020, pp. 1 ss.
- KLARMAN M. J., *How great were the “great” Marshall Court decisions?*, in *Virginia Law Review*, 2001, pp. 1111-1184.
- KLONOFF R. H., *Introduction to the study of U.S. law*, 2nd ed., St. Paul, West Academic Publishing, 2021.
- KRAMER L. D., *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 1st ed., Oxford, Oxford University Press, 2004.
- KREIMER S. F., *Exploring the dark matter of judicial review: a constitutional census of the 1990s*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 5, 1997, pp. 427 ss.
- KRISHNAMURTHI G., *For Judicial Majoritarianism*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 22, 2020, pp. 1201 ss.
- KROL J. F. & BRENNER S., *Strategies in Certiorari Voting on the United States Supreme Court: A Reevaluation*, in *The Western Political Quarterly*, 1990, vol. 43, no. 2, 1990, pp. 335 ss.
- LACROIX A. L., *The ideological origins of American federalism*, Boston, Harvard University Press, 2011.
- LANDAU D., *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis Law Review*, vol. 47, 2013, pp. 189 ss.
- LERMAN A. E., *The rights of the accused*, in *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- LERNER M., *The Supreme Court and American Capitalism*, in *Yale Law Journal*, vol. 42, 1933, p. 668.
- LEUCHTENBURG W., *Franklin D. Roosevelt and the New Deal, 1932-1940*, 1st ed., New York, Harper Perennial, 1963.
- LEUCHTENBURG W., *The origins of Franklin D. Roosevelt’s “Court-packing” plan*, in *The Supreme Court Review*, vol. 1966, 1966, pp. 347-400.

- LEUCHTENBURG W., *The Supreme Court reborn: the Constitutional Revolution in the age of Roosevelt*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- LEVENDUSKY M., *The partisan sort: how liberals became Democrats and conservatives became Republicans*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.
- LEVI E. H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1949.
- LEVINSON S., BALKIN J. M., AMAR A. R., SIEGEL R. B., RODRIGUEZ C. M., *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*, New York, Aspen Publishing, 2018.
- LEVITSKY S. & LOXTON J., *Populism and Competitive Authoritarianism in Latin America*, in DE LA TORRE C. (a cura di), *Routledge Handbook of Global Populism*, 1st ed., Londra, Routledge, 2018.
- LEVY S., *Your Honor, Please Explain: Why Congress Can, and Should, Require Justices to Publish Reasons for Their Recusal Decisions*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2014, pp. 1161 ss.
- LINCOLN A., *First Inaugural Address (Mar. 4, 1861)*, in BASLER R.P. (a cura di), *Collected Works of Abraham Lincoln*, vol. 4, New Brunswick, Rutgers University Press, 1953.
- LINCOLN A., *Speech at Springfield, Ill. (June 26, 1857)*, in BASLER R.P. (a cura di), *Collected Works of Abraham Lincoln*, vol. 2, New Brunswick, Rutgers University Press, 1953.
- MADISON J., *Virginia Resolutions, Dec. 21, 1798*, in MATTERN, STAGG, CROSS & HOLBROOK (a cura di), *The Papers of James Madison*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1991.
- MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, 6^o ed., Torino, Giappichelli, 2018.
- MASON A. T., *William Howard Taft: Chief Justice*, New York, Simon and Schuster, 1965.
- MAY C. N., IDES A. & GROSSI S., *Examples and Explanations for Constitutional Law: National Power and Federalism*, 8th ed., New York, Wolters Kluwer, 2019.
- MCCLOSKEY R. G., *The American Supreme Court*, 6th ed., Chicago, University of Chicago Press, 2005.
- MCFADDEN T. N. & KAPOOR V., *The Precedential Effects of the Supreme Court's Emergency Stays*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 44, 2021, pp. 827 ss.
- MCGINNIS J. O. & RAPPAPORT M. B., *Supermajority Rules as a Constitutional Solution*, in *William & Mary Law Review*, vol. 40, 1999, pp. 365 ss.
- MCGLYNN GAFFNEY JR. E., *The Importance of Dissent and the Imperative of Judicial Civility*, in *Valparaiso University Law Review*, vol. 28, 1994, pp. 583 ss.

- MCMANAMON M. B., *Felix Frankfurter: The Architect of "Our Federalism"*, in *Georgia Law Review*, vol. 27, 1993, pp. 697.
- MERRILL T. W., *Originalism, Stare Decisis, and the Promotion of Judicial Restraint*, in *Const. Comment.*, vol. 22, 2005, pp. 271 ss.
- MERTON R., *Social theory and social structure*, 1st ed., New York, Free Press, 1968.
- MITCHELL J. F., *Stare decisis and constitutional text*, in *Michigan Law Review*, vol. 110, n. 1, 2011, pp. 1 ss.
- MONAGHAN H. P., *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review* 723, vol. 88, 1988, pp. 723 ss.
- MOORE J. W. & VESTAL A. D., *Present and Potential Role of Certification in Federal Appellate Procedure*, in *Virginia Law Review*, vol. 35, 1949, pp. 1 ss.
- MORBIDELLI G., *Il potere giudiziario*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 2^o ed., Monduzzi, 1997.
- MORBIDELLI G., VOLPI M., CERRINA FERONI G., *Diritto Costituzionale Comparato*, 1^o ed., Torino, Giappichelli, 2020.
- MURPHY W. F., *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, Quid Pro LLC, 1964.
- MYERS G., *History of the Supreme Court*, Chicago, Charles H. Kerr, 1912.
- NETTELS C., *The Mississippi Valley and the Federal Judiciary, 1807-1837*, in *The Mississippi Valley Historical Review*, vol. 12, n. 2, 1925, pp. 202 ss.
- O'BRIEN D. M., *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 4th ed., New York, W. W. Norton & Company, 1996.
- O'DONNELL G., *Delegative Democracy*, in *Journal of Democracy*, vol. 5, 1994, pp. 55 ss.
- OBERTO G., *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Padova, CEDAM, 2008.
- OWENS R. & SIMON D., *Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket*, in *William & Mary Law Review*, vol. 53, 2012, pp. 1219 ss.
- PACELLE JR. R. L., *The Transformation of the Supreme Court's Agenda: From the New Deal to the Reagan Administration*, 1st ed., New York, Routledge, 1991.
- PALMER J., *An Econometric Analysis of the U.S. Supreme Court's Certiorari Decisions*, in *Pub. Choice*, vol. 39, 1982, pp. 387 ss.
- PELTASON J.W., *Reapportionment Cases*, in HALL K. L. (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2nd ed., 2005.

- PERETTI T. L., *Promoting Equity in the Distribution of Supreme Court Appointments*, in CRAMTON R. C. & CARRINGTON P. D. (a cura di), *Reforming the Court: term limits for Supreme Court Justices*, Durham, Carolina Academic Press, 2006, pp. 435 ss.
- PETHER P., *American Common Law: Politics, History, Democracy*, in *Law & Literature*, vol. 26, 2014, pp. 249 ss.
- PFANDER J. E., *Jurisdiction Stripping and the Supreme Court's Power to Supervise Inferior Tribunals*, in *Texas Law Review*, vol. 78, 2000, pp. 1433 ss.
- PFANDER J. E., *Marbury, original jurisdiction, and the Supreme Court's supervisory powers*, in *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001, pp. 1515-1607.
- PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario*, Milano, Giappichelli, 1962.
- POSNER R. A., *How Judges Think*, Boston, Harvard University Press, 2008.
- POST R., *Judicial Management and Judicial Disinterest: The Achievements and Perils of Chief Justice William Howard Taft*, in *Journal of Supreme Court History*, 1998, pp. 50 ss.
- POWE JR. L. A., *The Supreme Court and the American elite, 1789-2008*, 2nd ed., Boston, Harvard University Press, 2011.
- POWE JR. L. A., *The Warren Court and American politics*, Boston, Harvard University Press, 2000.
- PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Final Report*, 2021.
- PROVINE D. M., *Case selection in the United States Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1980.
- PURCELL JR. E. A., *Litigation and inequality: federal diversity jurisdiction in industrial America, 1870-1958*, New York, Oxford University Press, 1992.
- PUSEY M. J., *Judiciary Act of 1925: The "Judges' Bill" After Half a Century*, in *California Supreme Court Historical Society Yearbook*, vol. 73, 1976.
- REDENTI E., *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, Giappichelli, 1962.
- RESNIK J., *Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*, in *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, pp. 2804 ss.
- RESNIK J., *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, vol. 96, 1982, pp. 374 ss.
- REVESZ R. L. & KARLAN P. S., *Nonmajority Rules and the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 136, 1988, pp. 1067 ss.
- RIZZO S., *Magistratura e potere politico negli Stati Uniti*, in *Dem. dir., Sistema politico e magistrature*, 3-4/2011.

- ROBBINS I. P., *Hiding Behind the Cloak of Invisibility: The Supreme Court and Per Curiam Opinions*, in *Tulane Law Review*, vol. 86, 2012, pp. 1197 ss.
- ROBBINS I., *Justice by the numbers: the Supreme Court and the rule of four – or is it five?*, in *Suffolk University Law Review*, vol. 36, 2002, pp. 1 ss.
- ROBERTS J. G., *2019 year-end report on the federal judiciary*, Washington, 2019.
- ROOSEVELT T., *A Charter of Democracy: Address before the Ohio Constitutional Convention*, in *Theodore Roosevelt Collection*, 1912.
- ROSENBLUM D. & NILI Y., *Board Diversity by Term Limits?*, in *Alabama Law Review*, vol. 71, 2019, pp. 211 ss.
- ROSS W. G., *A muted fury: Populists, Progressives, and Labor Unions confront the courts, 1890-1937*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- ROTUNDA R. D., *Judicial Transparency, Judicial Ethics, and a Judicial Solution: An Inspector General for the Courts*, in *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 41, 2010, pp. 301 ss.
- RUSSELL P. H., *Standing up for Notwithstanding*, in *Alberta Law Review*, vol. 29, 1991, pp. 293 ss.
- SACCO R., *Legal Formants: a dynamic approach to comparative law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, pp. 1 ss.
- SAMAHON T., *Rehnquist's Recusals*, in *Green Bag*, vol. 10, 2007, pp. 205 ss.
- SCALIA A., *Address before the Attorney General's conference on economic liberties in Washington, D.C. – June 14, 1986*, in *Original Meaning Jurisprudence: a sourcebook*, 1987, pp. 103 ss.
- SCALIA A., *Dissents*, in *OAH Magazine of History*, vol. 13, no. 1, 1998, pp. 18 ss.
- SCHEPPELE K. L., *Autocratic Legalism*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018, pp. 545 ss.
- SEGAL J. A. & SPAETH H. J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York, Cambridge University Press, 1993.
- SEGAL J. A. & SPAETH H. J., *The Influence of Stare Decisis on the Votes of United States Supreme Court Justices*, in *American Journal of Political Science*, vol. 40, n. 4, 1996, pp. 971 ss.
- SEGAL J. A. & SPAETH H. J., *The Supreme Court and Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- SHAPIRO D. L., *Jurisdiction and Discretion*, in *New York University Law Review*, vol. 60, 1985, pp. 543 ss.

- SHAPIRO M., *Toward a theory of Stare Decisis*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 125 ss.
- SHE SOL J., *Supreme power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*, New York, W. W. Norton & Company, 2010.
- SHUGERMAN J. H., *A Six-Three Rule: Reviving Consensus and Deference on the Supreme Court*, in *Georgia Law Review*, vol. 37, 2003, pp. 893 ss.
- SMITH J. H., *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Columbia University Press, 1950.
- SONGER D. R., SEGAL J. A. & CAMERON C. M., *The Hierarchy of justice: testing a principal-agent model of Supreme Court-Circuit Court interactions*, in *American Journal of Political Science*, vol. 38, 1994, pp. 673 ss.
- SPRIGMAN C. J., *Congress's Article III Power and the Process of Constitutional Change*, in *New York University Law Review*, vol. 95, 2020, pp. 1778 ss.
- STEPHANOPOULOS N., *The Case for the Legislative Override*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 250 ss.
- STERN R. L. ET AL., *Supreme Court practice*, 9th ed., Arlington, Bna Books, 1993.
- STEVENS J. P., *The Lifespan of a Judge-Made Rule*, in *New York University Law Review*, vol. 58, 1983, pp. 1 ss.
- STONE H. F., *The Common Law in the United States*, in *Harvard Law Review*, vol. 50, 1936, pp. 4 ss.
- STORY J., *Commentaries on the Constitution*, vol. 1, 2nd ed., Boston, Hilliard, Gray & Company, 1851.
- STRAS D. R., *Why Supreme Court Justices Should Ride Circuit Again*, in *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007, pp. 1710 ss.
- STRAUSS D. A., *The living Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SUMNER MAINE H. J., *Dissertations on early law and custom: chiefly selected from lecturers delivered at Oxford*, New York, John Murray, 1883.
- SUNDBY C. & SHERRY S., *Term Limits and Turmoil: Roe v. Wade's Whiplash*, in *Texas Law Review*, vol. 98, 2019, pp. 121 ss.
- TAFT W. H., *Possible and Needed Reforms in the Administration of Justice in the Federal Courts*, in *Report A.B.A.*, vol. 47, 1922, pp. 250 ss.
- TAFT W. H., *The Attacks on the Courts and Legal Procedure*, in *Kentucky Law Journal*, vol. 5, 1916, p. 18.

- THAYER J. B., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, pp. 129 ss.
- TUSHNET M., *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, in *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995, pp. 245 ss.
- TUSHNET M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET M., *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- UROFSKY M. I., *Brandeis, Louis Dembitz*, in HALL K. L. (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2nd ed., 2005.
- VAROL O., DALLA PELLEGRINA L. & GAROUPA N., *An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, pp. 187 ss.
- VIRELLI L. J., *Congress, the Constitution, and Supreme Court Recusal*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 69, 2012, pp. 1535 ss.
- VLADECK S. I., *The Solicitor General and the Shadow Docket*, in *Harvard Law Review*, vol. 133, 2019, pp. 123 ss.
- WALKER HOWE D., *What hath God wrought: the transformation of America, 1815-1848*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- WARREN C., *The Supreme Court in United State History*, Boston, Little, Brown, and Company, 1922.
- WASBY S., *The impact of the United States Supreme Court*, Homewood, The Dorsey Press, 1970.
- WEILL R., *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 39, 2012, pp. 457 ss.
- WENDEL W. B., *Nonlegal Regulation of the Legal Profession: Social Norms in Professional Communities*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 1955 ss.
- WHITTINGTON E., *Extrajudicial constitutional interpretation: Three Objections and Responses*, in *North Carolina Law Review*, vol. 80, 2002, pp. 773 ss.
- WIECEK M., *Murdock v. Memphis: section 25 of the 1789 Judiciary Act and judicial federalism*, in MARCUS M. (a cura di), *Origins of the Federal Judiciary*, 1st ed., Oxford, Oxford University Press, 1992.
- WIECEK W., *The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1875*, in *The American Journal of Legal History*, vol. 13, n. 4, 1969, pp. 333 ss.

WILEY H. B., *Jurisdictional Statements on Appeals to U.S. Supreme Court*, in *A.B.A. Journal*, vol. 31, 1945, pp. 239 ss.

ZANE J., *The story of law*, Carmel, Liberty Fund, 1927.

ZIÓLKOWSKI M., *Two Faces of the Polish Supreme Court After “Reforms” of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments*, in *European Papers*, vol. 5, 2020, pp. 347 ss.

RINGRAZIAMENTI

A conclusione di questo elaborato, vorrei dedicare questo spazio a chi mi ha supportato nel percorso che mi ha condotto fino a qui.

Innanzitutto, un ringraziamento alla mia relatrice, la Professoressa Patrizia Magarò, per la sua disponibilità e la sua guida. Quando un anno fa le ho comunicato il desiderio di unire la mia esperienza negli Stati Uniti al mio percorso di studi italiano, lei mi ha subito proposto un tema non solo stimolante e attuale, ma che racchiude molti dei miei interessi personali.

Un grazie particolare alla Professoressa Simona Grossi per i suoi preziosi consigli nella progettazione dell'elaborato ma, soprattutto, per essere una naturale fonte di ispirazione per tutti quelli che hanno la fortuna di incontrarla.

Grazie al Professor Lorenzo Schiano di Pepe e alla Professoressa Michela Miraglia per l'opportunità che mi hanno fornito e per il supporto che non mi hanno mai fatto mancare. Spero che il loro impegno nel coordinare i programmi internazionali di LL.M. sia, almeno in parte, ripagato dai racconti del bagaglio di esperienze guadagnate da noi studenti.

Non posso, poi, non menzionare i miei colleghi, i miei "amici dell'Università". Martina, Lara, Federico, Edoardo e Alessandro, senza di voi le lezioni sarebbero state molto più noiose. Tra sbobine, pranzi seduti sulle scale, risate nel mezzo della biblioteca silenziosa, ansie prima degli esami e incoraggiamenti a vicenda, siete stati un grande supporto in questi lunghi cinque anni.

Un ringraziamento speciale va a Vittoria, compagna di studio e di aperitivi. In questi anni, ci siamo fatte forza a vicenda nelle nostre infinite giornate in biblioteca, ma non possiamo nascondere quanto, alla fine, ci siamo divertite.

Un grazie a Gianmaria, che ha sempre cercato di avere una risposta alle mie centinaia di domande e, quando non ce l'aveva, mi faceva sentire meno sola mentre cercavamo di inventarci una soluzione.

Grazie a "i ragazzi" per essere sempre stati pronti a regalarmi momenti di svago durante le sessioni d'esame più impegnative, trovando ogni volta un buon motivo per festeggiare tutti insieme.

Grazie alle mie amiche: Alessia, Giorgia, Alessia, Giulia. Grazie per aver ascoltato tutti i miei sfoghi con pazienza e avermi sempre aiutato, ma anche per avermi regalato tanti momenti di spensieratezza. Mi rendo conto di quanto sia fortunata ad avere un'amicizia come la nostra e, anche se ormai si può dire che siamo cresciute insieme, non vedo l'ora di scoprire quante altre avventure vivremo ancora.

Grazie a Luca, che in questi mesi mi è stato vicino nelle lunghe ore di scrittura di questa tesi, incoraggiandomi sempre e facendomi capire che gli ostacoli esistono per essere superati.

Infine, un grazie di cuore alla mia famiglia. Ai miei nonni Pina e Vinicio, che, anche se non possono essere entrambi fisicamente presenti in questo momento, non mi hanno mai fatto mancare il loro infinito supporto e sono sempre stati il pilastro a cui appoggiarmi. Ai miei nonni Renata e Giulio, che oggi non possono essere qui, ma che mi hanno sempre spinto ad aspirare il meglio per me e che spero oggi siano orgogliosi. A mia zia Sonia, la mia "seconda mamma", e a mio zio Gaetano. Ai miei zii Giuliana, Mariangela, ed Erwin. E, soprattutto, ai miei genitori, che hanno sempre creduto in me e mi hanno sempre messa al primo posto, regalandomi opportunità che spero di essermi meritata e non facendomi mai mancare il loro amore.