

Limes

RIVISTA ITALIANA DI GEOPOLITICA

Anatomia dei poteri a stelle e strisce
Tra falsi miti e verità nascoste
Come funziona l'impero americano

U.S. CONFIDENTIAL

LIMES È IN EBOOK E SU IPAD • WWW.LIMESONLINE.COM



4/2015 • MENSILE

LA CORTE È DAVVERO SUPREMA

Al vertice del potere giudiziario statunitense regna la Corte suprema, formata da nove giudici che spesso esercitano un'influenza rilevante sulla vita pubblica del paese. Come nasce, discute e decide questo organo. Il conflitto fra originalists e living constitutionalists.

di Ilya SHAPIRO e Gabriel LATNER

L'innovazione principale della costituzione degli Stati Uniti è la separazione dei poteri. L'articolo I conferisce il potere legislativo al Congresso; l'articolo II conferisce il potere esecutivo al presidente mentre l'articolo 3 conferisce il potere giudiziario alla Corte suprema (o a qualsiasi Corte di grado inferiore alla Corte suprema creata dal Congresso).

La costituzione non specifica il numero dei giudici (*justices*) della Corte suprema, così questo è variato da 5 a 10 fino a che non è stato fissato definitivamente a 9 nel 1869. Una delle poche previsioni esplicite della costituzione riguardo la Corte è che i suoi membri sono nominati dal presidente con «il consiglio e il consenso del Senato». Di conseguenza il presidente presenta una nomina al Senato, che viene normalmente approvata dalla commissione Giustizia prima che voti l'intero Senato.

Nonostante si ritenga comunemente che la conferma del Senato fosse inizialmente una formalità, ciò non è propriamente vero. Il Senato è sempre stato pronto a non confermare le nomine, sia quando disapprovava le qualifiche o l'ideologia del candidato, sia come strategia politica di indebolimento e di ostruzione nei confronti del presidente. Non a caso, il primo candidato di George Washington per la carica di *chief justice* (presidente della Corte suprema) fu rifiutato.

La Corte attuale consiste di cinque membri scelti dai presidenti repubblicani (il *chief justice* John Roberts e i giudici Antonin Scalia, Anthony Kennedy, Clarence Thomas e Samuel Alito) e quattro dai presidenti democratici (i giudici Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan). Anthony Kennedy viene considerato ideologicamente il meno prevedibile, e quindi «il giudice oscillante». Dalle elezioni del 2016, i giudici Scalia, Kennedy e Ginsburg avranno tutti oltrepassato la soglia degli ottant'anni: ciò vuol dire che il prossimo presidente avrà presumibilmente un forte impatto sulla Corte.

I giudici sono nominati a vita ma possono dimettersi prima o essere rimossi dopo l'*impeachment*, anche se quest'ultimo caso non è mai capitato.

Mentre gli ultimi decenni hanno visto una Corte diversificata per quanto concerne le storie personali dei giudici che l'hanno composta, le vite professionali di questi ultimi sono diventate più omogenee. Dei giudici attuali, otto sono stati giudici di Corti federali d'appello, il livello appena sotto la Corte suprema; l'unica eccezione riguarda il giudice Kagan, che è stata avvocato generale, l'avvocato-capo del governo davanti alla Corte, un ufficio così importante che il suo titolare viene spesso chiamato «il decimo giudice».

Fin dalla sua prima sessione del 1789, il Congresso ha disegnato il sistema delle Corti federali nella sua moderna forma piramidale. Alla base ci sono le Corti distrettuali, Corti generali che giudicano le

cause federali, penali e civili, oltre che certe cause sorte sulla base di leggi statali. Ogni Corte distrettuale è in uno dei dodici «circuiti» geografici, che tratta tutti gli appelli diretti ad eccezione di alcune aree tecniche come il diritto dei brevetti, trattato dalla Corte d'appello per il circuito federale di Washington. Mentre ancora occasionalmente funge da Corte di «giurisdizione originaria» nelle cause tra Stati, la Corte suprema funziona primariamente come Corte d'appello finale per i casi provenienti dai circuiti, come pure dalle più alte corti di ogni Stato nei casi che coinvolgono la legislazione federale. Sebbene ci siano alcune tipologie di casi che la Corte è obbligata ad ascoltare, nel 1925 il Congresso ha reso la maggior parte dei suoi giudizi d'appello discrezionali, permettendo alle parti di presentare una richiesta (*petition*) per l'intervento della Corte. Quattro giudici devono essere concordi nell'accettare un caso.

Casi e argomentazioni

L'unico modo per portare la Corte a esaminare un caso è mostrare che questo faccia emergere un'importante questione di diritto, specialmente quando divide i giudici delle Corti inferiori. Durante la fase della *petition*, la Corte è meno interessata al fatto che il tribunale di grado inferiore abbia sbagliato che non all'importanza del caso, tanto che ogni richiesta di riesame non inizia con una esposizione dei fatti o con una descrizione della sentenza del tribunale di grado inferiore, ma con una chiara esposizione della «controversia presentata» (*question presented*). Se la questione sollevata dalla *petition* è «la legge consente X?», i vari argomenti durante la fase della richiesta non riguarderanno la risposta a tale domanda, bensì il perché la Corte suprema dovrebbe rispondere a questa particolare domanda.

La circostanza più comune che induce la Corte a concedere la revisione è quando i tribunali di grado inferiore sono in disaccordo. Una delle principali funzioni della Corte è quella di accertarsi che le leggi siano uniformemente applicate a livello nazionale. Differenti Stati possono promulgare differenti leggi, ma sarebbe anomalo che una legge federale significasse una cosa a New York e un'altra a Los Angeles. Così se una Corte afferma che una legge consente X e un'altra Corte afferma il contrario, è la Corte suprema che deve decidere in merito. Le questioni che la Corte risolve in questo genere di casi sono solitamente tecniche e relative ad ambiguità normative; non hanno una ovvia risposta corretta e mancano di una reale qualità morale e politica. La Corte non tratta quei casi perché sono importanti, ma perché è importante che la legge federale sia la stessa su scala nazionale.

Più raramente la Corte decide necessario trattare un caso perché semplicemente è importante che dica una parola definitiva. Queste questioni riguardano quasi sempre la costituzione. Come regola generale la Corte decide l'appello in tutti quei casi in cui un tribunale di grado inferiore abbia dichiarato che una legge federale (o statale) viola la costituzione.

Delle circa ottomila *petitions* che la Corte riceve all'anno, ne accoglie pressappoco ottanta (1%). La discussione orale davanti alla Corte suprema è diversa da qualsiasi altro procedimento legale. Non sono ammesse dichiarazioni d'apertura, esami di testimoni o presentazione di prove. L'avvocato è chiamato al leggio e ha la possibilità di pronunciare una o due frasi prima che arrivi la prima domanda. Se è fortunato, questa arriverà da un giudice comprensivo e l'avvocato avrà una risposta preparata, ma a metà della risposta, verrà interrotto dalla domanda successiva. Nei 30 minuti assegnati a ciascuna delle parti, i giudici solitamente fanno numerosissime interruzioni.

Una volta portata a termine questa prova, gli avvocati sanno che non è importante quanto male essi

abbiano reso, perché probabilmente non inciderà affatto. Molto più importanti sono le brevi relazioni che vengono presentate nelle settimane e nei mesi precedenti. Ogni parte presenta tomi fino a 15 mila parole, in cui vengono esposti gli argomenti e le sentenze che li sostengono. Molte cause attraggono anche relazioni di *amici curiae* («amici della Corte»): professori, gruppi industriali, organizzazioni di difesa, che presentano le loro argomentazioni. Tutte queste relazioni, insieme alla sentenza del tribunale di grado inferiore, ai promemoria degli assistenti dei giudici e all'opinione propria dei giudici, hanno molta più influenza sull'esito dei vari casi.

Il processo decisionale

Dopo ogni settimana di discussione, i giudici si riuniscono in consiglio per discutere i casi della settimana. Questi incontri sono completamente privati e nessuno può prendervi parte oltre ai giudici. In ordine di anzianità decrescente, ogni giudice può esprimere il proprio parere, e nessuno può parlare una seconda volta prima che tutti abbiano esposto le loro argomentazioni. Successivamente prendono parte a un voto non vincolante; non sono rari i casi in cui, un giudice o due cambino il loro voto prima della sentenza definitiva. In questi casi l'opinione della maggioranza può trasformarsi in opinione dissenziente. Mentre il voto finale dei giudici determina l'esito della decisione, l'*opinion* che espone le ragioni di quella decisione è ciò che determina l'impatto di ogni caso. Ogni giudice può redigere la propria visione, ma la Corte cerca di mantenere il numero di interventi al minimo. Il giudice più anziano nella maggioranza assegnerà a un membro del suo blocco di votanti il compito di stilare l'opinione della maggioranza che a quel punto diverrà un precedente legale vincolante. Nel caso non ci fosse unanimità, i giudici dissenzienti possono redigere una o più motivazioni per spiegare la mancanza del loro supporto alla scelta della maggioranza.

Tali opinioni dissenzienti, che per definizione non determinano la decisione, possono avere un impatto significativo. Un forte attacco alle ragioni della maggioranza può intaccare la legittimità percepita e la persuasività del caso. Col tempo, le opinioni dissenzienti possono diventare più influenti dell'opinione di maggioranza. Per esempio, uno dei casi più scellerati della Corte fu quello di *Plessy vs. Ferguson* (1896), nel quale venne legittimata la segregazione razziale. Eppure oggi il caso *Plessy* viene molto più ricordato per l'emozionante motivazione scritta dall'unico membro dissenziente, il giudice John Marshall Harlan.

In ogni caso, sono poche le decisioni della Corte che ispirano un significativo dissenso. Nel 2013-14 due terzi delle sentenze della Corte hanno raggiunto l'unanimità sebbene alcune di esse contenessero «opinioni concorrenti», nelle quali i giudici concordano sull'esito del giudizio ma non necessariamente sulle argomentazioni – e pressappoco l'80% dei casi sono stati decisi da una maggioranza che includeva almeno sette giudici. Il numero delle sentenze unanimi è insolitamente alto (almeno per ciò che concerne l'epoca moderna), ma tali decisioni sono state molto comuni rispetto ai casi decisi a maggioranza semplice. Degli 8.561 casi che sono stati ascoltati tra il 1946 e il 2014, 3.394 sono stati votati all'unanimità e solo in 1.276 casi si è verificata una votazione con cinque giudici favorevoli e quattro contrari. Tale alto livello di accordo deriva dal fatto che la maggior parte delle sentenze della Corte riguardava questioni di interpretazione della Carta costituzionale che non erano particolarmente controverse. Ma il fatto che una legge possa essere interpretata in più di un modo non significa che tutte le interpretazioni proposte siano uguali. Nel momento in cui la questione arriva alla Corte suprema ed è

stata pienamente istruita, le argomentazioni di entrambe le parti sono state così accuratamente esaminate da mostrare, in maniera evidente, che un'interpretazione è migliore rispetto alle altre.

Questioni costituzionali

I casi a maggioranza ristretta sono tendenzialmente quelli nei quali la Corte esercita il controllo di legittimità costituzionale (*judicial review*) – il potere di dichiarare incostituzionali, e dunque nulli, atti del governo. Anche se nessun testo costituzionale prevede esplicitamente il controllo di costituzionalità, questo viene inteso come un elemento implicito del potere giudiziario. Alcune sentenze della Corte, intorno al 1790, facevano riferimento a questo potere e lo concepivano similmente al potere di un tribunale di annullare gli atti di un delegato (*agent*) che non erano stati autorizzati dal principio. Ad esempio, l'articolo I contiene un elenco delle materie su cui il Congresso può legiferare. Tutto il potere non concesso al governo federale è trattenuto dagli Stati, e così l'articolo I, in quanto elenco limitato di poteri congressuali, può essere esteso solo attraverso una modifica della costituzione.

Il fatto che il Congresso oltrepassasse i suoi poteri costituzionalmente elencati fu la base principale per il controllo di costituzionalità fino al XX secolo, primariamente perché la Corte suprema interpretò in maniera restrittiva l'elenco di competenze dell'articolo I. Mentre gli Stati hanno un «potere di polizia» generale al fine di disciplinare la condotta dei cittadini, il governo federale può punire solo quei reati che il Congresso è espressamente autorizzato a punire (come il tradimento, la pirateria e la contraffazione), i reati commessi all'interno dei territori di proprietà federale (come parchi nazionali o basi militari) o i crimini in cui il colpevole ha varcato i confini di uno Stato. Anche il potere di regolare le attività economiche da parte del Congresso è stato pensato come molto limitato. I tribunali interpretavano la clausola del commercio interstatale (*Interstate Commerce Clause*) come idonea a regolamentare il commercio tra gli Stati, ma non a regolare le attività non commerciali (come l'attività manifatturiera o l'agricoltura), in maniera che fosse esclusa l'attività economica che aveva luogo interamente all'interno dello Stato.

Questi erano limiti di scarsa rilevanza quando il paese era prevalentemente rurale e agrario, ma la fine della guerra civile diede il via all'industrializzazione e alla rapida crescita urbana. La risposta del Congresso a questi cambiamenti fu incentrata su leggi che regolavano interamente le attività industriali (dall'industria mineraria alla produzione di carne in scatola al commercio d'abbigliamento) e le condizioni di lavoro nelle fabbriche, oltre a leggi che tutelavano il mercato da pratiche anticoncorrenziali – tutte materie che, inizialmente, la Corte suprema aveva dichiarato fuori dai confini del potere federale. Ma i nodi vennero al pettine quando, negli anni Trenta del XX secolo, la Corte invalidò diverse leggi facenti parte del *New Deal* del presidente Franklin Delano Roosevelt – una serie di riforme economiche e sociali volte a combattere la povertà e la disoccupazione causata dalla Grande depressione. Roosevelt rispose annunciando che se la Corte avesse continuato a contrastare il suo programma avrebbe convinto il Congresso a raddoppiare il numero dei componenti della Corte in modo da poter nominare nuovi giudici che sarebbero stati fedeli alla sua politica.

Gli storici oggi si interrogano ancora su quali conseguenze ebbe sulla Corte la minaccia di Roosevelt, ma è possibile notare un certo mutamento giurisprudenziale a partire dal 1937. Infatti la Corte cominciò ad adottare una visione più ampia della clausola del commercio, ponendo il controllo governativo su tutte le attività relative all'infrastruttura utilizzata nel commercio interstatale così come nelle attività statali

che interessassero l'economia nazionale. Tale cambiamento ha portato, in maniera molto efficace, alla prassi della Corte di invalidare leggi federali per mancanza di competenza. A quel punto però, la Corte cominciò a utilizzare più frequentemente un altro tipo di controllo giurisdizionale. Nel caso *Marbury vs. Madison* (1803), la Corte annullò una legge non perché fosse fuori dal catalogo delle competenze legislative federali, ma perché «contraria alla costituzione». Questi casi oggi sono spesso circoscritti alle violazioni della Carta dei diritti (Bill of Rights) – i primi 10 emendamenti costituzionali – ma in quanto esito di uno sviluppo moderno.

Per i primi centocinquant'anni della sua esistenza, la Carta dei diritti è stata raramente applicata per invalidare leggi federali. Le rare disposizioni più spesso invocate riguardavano il Quarto, il Quinto e il Sesto emendamento, ovvero quelli concernenti i diritti degli imputati. La Carta dei diritti non si applica direttamente agli Stati. Per questo le uniche leggi statali non valide erano quelle riguardanti la violazione di alcune limitazioni imposte espressamente dalla costituzione agli Stati – soprattutto i divieti d'approvazione di leggi retroattive penali o la tassazione degli scambi interstatali. La situazione cambiò dopo l'approvazione del Quattordicesimo emendamento, successiva alla conclusione della guerra civile, il quale prevede che nessuno Stato può «privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge; né negare a qualsiasi persona, sotto la sua giurisdizione, l'eguale protezione delle leggi».

Anche se la clausola per l'eguale protezione delle leggi (Equal Protection Clause) – che vieta la discriminazione pubblica e che fu utilizzata per invalidare la legislazione contro il matrimonio interrazziale (il caso *Loving vs. Virginia* del 1967) e la segregazione razziale (*Brown vs. Board of education*, 1955), così come le leggi sulla discriminazione di genere e di religione – è la più famosa delle disposizioni del Quattordicesimo emendamento, la clausola del giusto processo (Due Process Clause) è stata storicamente la più importante. A partire dal 1920, la Corte suprema ha ritenuto che la protezione di tale clausola includesse la Carta dei diritti federale, in maniera tale che qualsiasi legge statale che violasse uno di quei diritti risultava incostituzionale.

Alla fine degli anni Trenta del XX secolo, la Corte ha adottato una definizione ancora più ampia di «libertà», che comprende le libertà fondamentali in aggiunta a quelle esplicitamente menzionate nella costituzione, compreso un diritto generale alla *privacy*. Mentre il Quattordicesimo emendamento non si applica al governo federale, la Corte ha interpretato il Quinto e il Nono come aventi lo stesso effetto sostanziale delle clausole per l'eguale tutela e per il giusto processo. Ciò significa che dalla seconda guerra mondiale la Corte suprema ha liberamente esercitato il potere di dichiarare incostituzionale una legge federale o statale, o le azioni dei funzionari pubblici, quando violano la Carta dei diritti, discriminano in modo illegittimo, o privano gli individui di altre libertà fondamentali.

Ma nessuna di queste protezioni è assoluta. Ad esempio, anche se il Primo emendamento afferma che «il Congresso non adotterà leggi che limitino la libertà di parola», la Corte ha confermato che non rientrano in questo campo alcune forme d'espressione (come la pornografia infantile o calunnia dannosa). Allo stesso modo, alcune azioni del governo che distinguono sulla base della razza sono ammesse se sono necessarie per importanti obiettivi governativi (ad esempio, per prevenire la violenza nelle carceri). Ogni diritto costituzionale può essere violato se il governo ha buone ragioni per farlo, ma l'asticella della ragionevolezza è molto alta. Ad esempio, la sentenza che nel 1944 permise al presidente il trasferimento forzato di alcuni cittadini americani di origine giapponese nei campi d'internamento per motivi di sicurezza nazionale (il caso *Korematsu vs. Stati Uniti*) è oggi vista come una delle peggiori decisioni mai prese.

Le risposte «corrette» per le questioni costituzionali sottoposte alla Corte dipendono dalle convinzioni filosofiche dell'osservatore. Qui la cultura politica americana produce una strana dinamica. Mentre lo spettro politico nella maggior parte delle democrazie è suddiviso tra una «destra» autoritaria e una «sinistra» socialmente progressista, negli Stati Uniti tutte le principali fazioni politiche sono abbastanza antiautoritarie. Tutti ritengono che la «libertà» sia una buona cosa e che i «diritti» debbano essere protetti, ma non concordano su quali diritti e su chi debbano esserne i titolari. I conservatori tendono a pensare che le leggi contro la pornografia e l'omosessualità siano giustificate in quanto impongono una visione morale del mondo. I progressisti tendono a pensare che le normative ambientali e del lavoro che privano le persone dei loro diritti di proprietà siano giustificate perché portano a un benessere collettivo. Per lungo tempo, tutti gli americani hanno supportato l'espansione della tutela della libertà di parola da parte della Corte. Ma di recente la libertà di parola è stata oggetto di attacchi da entrambe le parti. Ad esempio, alcuni esponenti della sinistra estrema invocano leggi contro l'incitamento all'odio (*hate-speech laws*), che renderebbero un crimine insultare qualcuno sulla base della razza, della religione, del genere o dell'orientamento sessuale. I politici di entrambi i partiti principali hanno sostenuto leggi che limitano la libertà di espressione durante le elezioni, riducendo fortemente la quantità di denaro che i singoli possono spendere per pubblicizzare le loro opinioni. Finora la Corte ha respinto questi attacchi, ma con più difficoltà rispetto al passato.

La questione dell'uguaglianza è sempre stata controversa, ma la Corte ha respinto i primi tentativi da parte del governo federale di fermare la discriminazione a opera di privati perché il Quattordicesimo emendamento può essere applicato soltanto ai governi statali. Solo a partire dagli anni Sessanta la Corte ha ritenuto costituzionali le leggi federali contro la discriminazione negli alloggi, nell'occupazione, nell'istruzione e nella fornitura di alloggi pubblici, sulla base del fatto che questi comportamenti influenzavano il commercio interstatale. Queste leggi erano fortemente osteggiate dalla comunità imprenditoriale, in particolare negli Stati del Sud, perché venivano viste come limitazioni illegittime della libertà contrattuale. Questo tema è recentemente ridiventato controverso in quegli Stati in cui vigono leggi che vietano alle imprese di discriminare i clienti gay. Dall'altra parte, mentre la sinistra ha tradizionalmente favorito leggi che limitano la discriminazione da parte di soggetti privati, ha sostenuto anche una particolare forma di discriminazione da parte dei governi: l'azione positiva (*affirmative action*), che privilegia l'ammissione alle università pubbliche o al pubblico impiego per membri di minoranze razziali sottorappresentate. La prima sentenza della Corte suprema stabilì che le preferenze razziali erano giustificate in tutti quei casi in cui fossero necessarie a porre rimedio a discriminazioni precedenti. Ma cinquant'anni dopo la fine ufficiale della segregazione, la Corte ha espresso scetticismo riguardo a tale ragionamento. Per questo tipo di legislazione sono state presentate altre giustificazioni – tra cui il valore sociale di una collettività diversificata di studenti e lavoratori – ma la Corte deve ancora stabilire con fermezza un nuovo principio nel settore in questione, pur avendo trattato diversi casi negli ultimi dieci anni.

La tutela della *privacy* da parte della Corte ha respinto certe forme di paternalismo e ha riconosciuto che ci sono alcuni aspetti intimi della vita che non sono affare dello Stato. Tra questi sono inclusi il diritto per adulti consenzienti ad avere rapporti sessuali e l'applicazione del controllo delle nascite, anche se i tradizionalisti hanno spesso sostenuto che il controllo delle nascite, l'adulterio, la sodomia, sono in realtà intrinsecamente dannose per la società. Allo stesso tempo, i fondamentalisti religiosi hanno

il diritto di crescere i loro figli come meglio credono – e ciò include l’insegnamento scolastico domestico. Il più famoso dibattito in quest’area riguardò l’aborto. Il caso *Roe vs. Wade* del 1973, in cui fu dichiarato che il diritto alla riservatezza di una donna incinta prevale sull’interesse dello Stato nel preservare la vita del feto, rimane uno dei casi più controversi della Corte. Poiché la costituzione si basa sulla sovranità popolare – e il controllo di costituzionalità coinvolge necessariamente giudici non eletti che annullano la volontà della maggioranza – i critici esortano la Corte a esercitare «automoderazione», rimandando la decisione ai rami politici, tranne nei casi in cui la legge sia palesemente incostituzionale. I difensori del controllo di costituzionalità insistono sul fatto che un potere giudiziario attivo è necessario per evitare che la democrazia regredisca nella tirannia delle masse (*mob rule*). Le costituzioni esistono per limitare l’autorità e per proteggere le persone dalla tirannia della maggioranza, e la fedeltà alla costituzione richiede che la Corte invalidi leggi incompatibili. Ma gli oppositori di qualsiasi decisione accusano il Tribunale di «attivismo», mentre i suoi sostenitori insistono sul fatto che tutto ciò che la Corte ha fatto è stato rispettare fedelmente il chiaro significato della costituzione.

Quale sia il significato, e come dovrebbe essere scoperto, è oggetto di un dibattito distinto all’interno della Corte e della più ampia comunità di giuristi. La costituzione utilizza un linguaggio molto ampio. Per questo la sua applicazione a singoli casi richiede che la Corte estrapoli dal linguaggio stesso delle norme specifiche applicabili a questioni concrete. Il metodo interpretativo dominante moderno considera la costituzione come qualsiasi altro documento in un sistema di *common law*. Così il suo significato, in ogni caso, è determinato dai riferimenti a sentenze precedenti, esattamente come le considerazioni extratestuali: la norma proposta produrrà giustizia? Libertà e ordine sono abbastanza bilanciati? Questo approccio è talvolta chiamato «costituzionalismo vivente» (*living constitutionalism*), nel senso che la costituzione si evolve insieme con la società.

Gli ultimi trent’anni hanno visto la nascita di un metodo di interpretazione concorrente chiamato originalismo (*originalism*) in cui si sostiene che il significato della costituzione è stato fissato al momento della sua adozione. Quando sono chiamati a decidere come applicare la costituzione a un determinato caso, i giudici devono prendere tale decisione sulla base del significato del testo al momento della ratifica, non in base ai giudizi personali riguardo l’equità, la giustizia e l’evoluzione costituzionale. Gli *originalists* sostengono che altri approcci interpretativi consentono efficacemente alla Corte di riscrivere la costituzione senza passare per il processo di modifica formale.

Mentre i due metodi spesso producono risultati quasi identici, alcune disposizioni costituzionali sono interpretate in maniera diversa dai *living-constitutionalists* e dagli *originalists*. Prendiamo ad esempio il divieto dell’Ottavo emendamento riguardo alla «punizione crudele e inusuale», nel contesto di un recente caso sulla pena di morte applicata a coloro che erano sotto i 18 anni di età al momento del compimento dei loro crimini. Poiché la legge riconosce che i minori sono meno colpevoli degli adulti e solo una piccola percentuale di Stati giustiziava i minori, la Corte ha dichiarato che questa pratica era incostituzionale. Nella sua opinione dissenziente, il giudice Scalia, l’*originalist* più famoso del paese, ha sostenuto che le uniche punizioni proibite sono quelle che risultavano come «crudeli e inusuali» al momento in cui fu adottato l’Ottavo emendamento nel 1791. Il fatto che la pena di morte fosse ampiamente utilizzata in quel periodo, anche quando l’imputato aveva 16 o 17 anni d’età, è la prova evidente che la pratica in questione risultasse legittima da un punto di vista costituzionale, indipendentemente da qualsiasi successivo «consenso nazionale».

Controversie attuali

Mentre il dibattito sull'interpretazione costituzionale può sembrare asciutto e tecnico, esso è stato la causa di alcune delle più controverse decisioni della Corte negli ultimi anni. Nel 2012, la Corte ha scioccato la comunità giuridica ritenendo che una legge la quale affermava la necessità per ogni cittadino di acquistare l'assicurazione sanitaria non era autorizzata dalla clausola del commercio. Mentre la legge è stata poi confermata, sotto la lettura donchisciottesca del giudice capo Roberts riguardo il potere del Congresso di imporre tasse, la decisione ha rappresentato un allontanamento significativo dalla giurisprudenza post-New Deal, magari segnalando un ritorno alla visione più limitata della Clause of commerce che regnava prima del 1937.

L'*originalism* è stato anche responsabile della decisione della Corte nel 2008 riguardante il Secondo emendamento, che protegge il diritto di un individuo di possedere una pistola per difesa personale. Il caso era incredibilmente controverso. È stato notevole che sia la maggioranza sia i giudici dissenzienti dedicassero le loro *opinions* a determinare, sulla base di prove storiche, se il «diritto di possedere e portare armi» originariamente fosse un diritto individuale o se dovesse essere esercitato solo per coloro che prendevano servizio in una milizia di Stato.

Questa modifica metodologica ha influenzato il metodo di dibattito degli avvocati, cosa particolarmente evidente ad esempio nei casi riguardanti i diritti dei gay. Entro fine mandato (giugno 2015), la Corte deciderà se il Quattordicesimo emendamento impone agli Stati di riconoscere i matrimoni omosessuali. Ma mentre i casi precedenti sui diritti dei gay erano stati decisi con riferimento ai diritti alla *privacy* e alla dignità, entrambe le parti nei casi attuali sono andate fuori dal loro modo di presentare le tesi originaliste. I difensori delle leggi tradizionali hanno sostenuto che la Corte non può obbligare gli Stati alla licenza dei matrimoni gay in quanto tali pratiche non erano permesse – o addirittura contemplate – quando fu adottato il Quattordicesimo emendamento nel 1868. D'altra parte, i sostenitori dei matrimoni gay hanno riportato prove storiche che «uguale protezione» significava protezioni molto più ampie di quelle concepite all'epoca – proibendo in effetti qualsiasi discriminazione tra categorie, non solamente quella razziale.

La tendenza all'*originalism* ha cambiato il dibattito sulle finalità del controllo di costituzionalità, ma non può modificare l'importanza della Corte. Data la crescente polarizzazione del Congresso e lo stallo legislativo – e la conseguente azione dell'esecutivo che forza i propri confini – la Corte suprema ha assunto un ruolo più importante nella risoluzione delle principali vertenze che assumono una forma giuridica. Questa istituzione un tempo dimenticata, che fino al 1930 si riuniva nel seminterrato del Senato, ora raccoglie una quantità enorme di potere nelle mani di un piccolo numero di persone. Si può apprezzarne o meno il lavoro, ma non si può ignorarla.

(traduzione di Lorenzo Noto)