

Sandra Day O'Connor (1930-2023)

MICHELE MASSA*

Abstract: *This is a very brief commemoration of Sandra Day O'Connor. After a short biographical notice, some salient features of her jurisprudence are highlighted through her own essays and opinions. O'Connor's call for judicial humility may seem out of touch with the views currently prevailing at the Supreme Court, but it retains its relevance, e.g. as a warning about the deep underlying risks of judicial imperialism and politicisation.*

Sommario

1. Cenni biografici. – 2. «L'umiltà è la virtù più difficile». - 3. Sulla giurisprudenza della giudice O'Connor. – 4. Una posizione superata?

Data della pubblicazione sul sito: 16 gennaio 2024

Suggerimento di citazione

M. MASSA, *Sandra Day O'Connor (1930-2023)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Diritto privato e pubblico dell'economia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Indirizzo mail: michele.massa@unicatt.it.

1. Cenni biografici

Il 1° dicembre 2023 è morta, a 93 anni, Sandra Day O'Connor.

Sarà ricordata come la prima donna giudice (*Associate Justice*) della Corte Suprema degli Stati Uniti. Fu Ronald Reagan a nominarla nel 1981. Lei stessa, in una intervista al *New York Times*¹, racconta, dal proprio punto di vista, come ciò avvenne. Durante la campagna presidenziale, per guadagnare consensi femminili, Reagan si era impegnato a nominare alla Corte Suprema una donna, appena ne avesse avuto l'occasione. Quando l'occasione si presentò, «il mio nome spuntò sulla lista. Non so come o perché, se non perché non c'erano molte giudici donne e repubblicane. Veramente, non c'erano proprio molti giudici donne, né federali né statali. Ma io ero repubblicana, avevo prestato servizio in tutti e tre i rami del governo dell'Arizona. A mia insaputa, mandarono qualcuno in Arizona a indagare su di me. Avevano un bel po' di documenti [*paper trail*] da esaminare per vedere se andavo bene»².

In realtà, quello della Corte Suprema non è stato il solo soffitto di vetro a venire intaccato e infranto da Sandra Day (che aveva assunto dal marito John il cognome O'Connor). Senza entrare in troppi dettagli³, basterà rimarcare che, laureatasi nel 1952, ebbe grandi difficoltà a entrare nel mondo maschile delle professioni legali, nel profondo sudovest degli Stati Uniti. Ben integrata nell'orbita politica repubblicana, riuscì ad affermarsi prima come assistente del Procuratore generale dell'Arizona dal 1965 al 1969; poi come senatrice dello stesso Stato⁴, posizione che conservò fino al 1975, diventando anche la prima donna degli Stati Uniti a guidare – in qualità di *leader* della maggioranza – l'indirizzo effettivo di un'assemblea legislativa. In seguito, fu nominata negli organi giudiziari statali. Appunto dopo avere fatto parte per sei anni della Corte d'Appello dell'Arizona ricevette da Reagan la nomina alla Corte Suprema, confermata dal Senato con 99 voti favorevoli e nessuno contrario. Ciò avvenne nonostante le lamentele dei movimenti *pro-life*, per nulla fiduciosi nella sua disponibilità a rovesciare *Roe v. Wade*; e una

¹ Reperibile nel sito del NYT a questo [link](#). L'intervista fu registrata nel 2008 a condizione che venisse pubblicata solo postuma.

² Traduzione di chi scrive, come pure di seguito.

³ Reperibili nelle diverse biografie dedicatele: E. THOMAS, *First. Sandra Day O'Connor*, New York, Random House, 2019; L.R. HIRSHMAN, *Sisters in Law. How Sandra Day O'Connor and Ruth Bader Ginsburg Went to the Supreme Court and Changed the World*, New York, Harper, 2015; J. BISKUPIC, *How the First Woman on the Supreme Court Became Its Most Influential Justice*, New York, Ecco, 2005. La stessa S. Day O'Connor ha scritto *Lazy B. Growing up on a cattle ranch in the American southwest* (New York, Random House, 2002), dedicato appunto alla sua gioventù campestre in un ranch dell'Arizona.

⁴ L'Arizona ha acquisito la dignità di Stato solo nel 1912.

valutazione piuttosto fredda della American Bar Association, che riteneva limitata la sua esperienza pratica nella professione forense. Complessivamente, il suo risultava un profilo pragmatico, forgiato dal contatto diretto con i problemi quotidiani di tutti e tre i poteri classici dello Stato⁵. Un profilo, come rilevato da un informato osservatore⁶, un tempo ben noto nella vita politica e giudiziaria degli Stati Uniti: «Repubblicano e moderato, pronto a cercare compromessi e terreni d'incontro».

Alla Corte Suprema Sandra Day O'Connor rimase fino all'inizio del 2006. Per buona parte del suo mandato, riuscì ad occupare quello che si è soliti chiamare il centro ideologico della Corte⁷: oscillando con il suo voto ora dalla parte più conservatrice, ora da quella più *liberal, justice* O'Connor (tale la denominazione ufficiale nelle decisioni) riuscì a influenzare più di ogni altro suo collega, per molti anni, l'indirizzo della Corte, imprimendo efficacemente in esso il proprio stile. Per questo fu ritenuta a lungo una delle donne più potenti d'America.

Annunciò l'intenzione di lasciare l'incarico a 75 anni, nel 2005, anche per occuparsi del marito colpito dal morbo di Alzheimer. Alla fine del gennaio 2006, dopo la nomina di Samuel Alito, poté ritirarsi.

In seguito, riprese a impegnarsi pubblicamente a favore di due cause: l'indipendenza del potere giudiziario, statale e federale, e l'educazione civica, in supporto della quale lanciò l'organizzazione [iCivics](#). Si ritirò da questi impegni nel 2018, a causa di una forma di demenza da lei stessa annunciata pubblicamente in una commossa [lettera](#) di ringraziamento.

2. «L'umiltà è la virtù più difficile»

Una [pagina web](#) del Sandra Day O'Connor Institute for American Democracy elenca le 645 opinioni scritte dalla giudice, identificando quelle in cui il suo voto è stato decisivo. Qui non è possibile passarle in rassegna, anche se vale la pena

⁵ È irresistibile la tentazione di ricordare, in proposito, un aneddoto cinematografico. Proprio a causa della nomina di Sandra Day O'Connor, la Paramount Pictures anticipò di alcuni mesi, all'estate del 1981, l'uscita di *First Monday in October*. Il film, diretto da Ronald Neame con Walter Matthau, basato su una commedia teatrale di alcuni anni prima, immagina appunto la nomina alla Corte suprema della prima giudice donna, rappresentata come una conservatrice moralista del sudovest.

⁶ A. LIPTAK, *Sandra Day O'Connor's Legacy Was Undermined by Court's Rightward Shift*, *NYT*, 2 dicembre 2023. Sullo stesso quotidiano, in pari data, si trova anche un ricordo sì giornalistico, ma particolarmente approfondito sotto il profilo storico-giuridico: L. GREENHOUSE, *Sandra Day O'Connor, First Woman on the Supreme Court, Is Dead at 93*.

⁷ D. MARTIN, K.M. QUINN, L. EPSTEIN, *The Median Justice on the United States Supreme Court*, 83 *N.C. L. Rev.* 1275 (2005).

almeno di accennare al suo impegno su temi quali l'eguaglianza tra i sessi⁸, i rapporti tra Stato e chiese⁹ e il federalismo¹⁰.

Conviene, piuttosto, soffermarsi su alcuni dei tratti caratteristici della giurisprudenza complessiva della giudice O'Connor, che si riflettono anche nel pensiero da lei espresso nei propri scritti, oltre che in quelli a lei dedicati.

Partiamo da uno di questi ultimi: dal saluto a lei rivolto, dopo il suo ritiro, dal *Justice Kennedy*¹¹ – anche lui storicamente uno *swing vote* centrista. «Forse altrettanto importante delle sue decisioni [della giudice O'Connor] è stato il suo approccio al decidere. Anche se è una notevole semplificazione, si potrebbe suggerire che, mentre il *Chief Justice* [William H. Rehnquist] ha dato forma alla Corte con la propria voce chiara e coerente, la giudice O'Connor ha dato forma alla Corte con il suo approccio meticoloso, caso per caso. In termini ancora più compressi, si potrebbe suggerire che la caratteristica saliente del *Chief* è stata ciò che ha deciso, quella della giudice O'Connor come ha deciso». Un approccio, insomma, pragmatico, non nel senso prettamente filosofico, ma in uno più piano e modesto: «se per “pragmatico” intendiamo che presta molta attenzione alle conseguenze nel mondo reale, questa è una buona qualità per un giudice. Anche in questo senso limitato, pragmatismo non indica pensiero orientato ai risultati. La consapevolezza delle conseguenze reali è cosa ben distante dall'avere il proposito premeditato di raggiungere un determinato esito». Insomma: approccio caso per caso; attenzione all'impatto concreto di ciascuna decisione; e questo anche – lo si capisce in controluce, dal paragone con Rehnquist – a costo di rinunciare, in certa misura, alla coerenza teorica e all'ambizione di imbrigliare il futuro con massime rigide e precise.

In fondo, sono cose che O'Connor ha detto anche di se stessa. Ad esempio, nell'intervista già citata, dove afferma che, considerata la «gamma stupefacente di argomenti» su cui la Corte deve pronunciarsi, «proprio non penso che sia esatto di dire che qualcuno ha una grande teoria unificata, e che è così che va decisa ogni

⁸ Cfr. ad es. *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).

⁹ Cfr. ad es. le opinioni concorrenti in *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), in *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989) e in *McCreary County v. ACLU of Ky.*, 545 U.S. 844 (2005).

¹⁰ Cfr. ad es. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

¹¹ A.M. KENNEDY, *William Rehnquist and Sandra Day O'Connor: An Expression of Appreciation*, in 58 *Stanford Law Review* 1663, 1669-1670 (2006). Tutto il fascicolo è dedicato a un simposio per il ricordo e l'analisi dell'opera del *Chief Justice*, da poco defunto, e appunto della giudice (che nella sua *Response*, ivi, 1674, chiosa con il consueto umorismo: «Grazie per avere messo su questo Simposio. È un po' come partecipare al proprio funerale. Ma è bello essere qui. Grazie»).

cosa»¹². Ma anche, in modo più articolato, in una decisione forse non delle più note¹³, in cui si discuteva della possibilità, per l'autorità del distretto scolastico, di imporre test antidroga casuali sui propri studenti atleti, nel contesto di un brusco aumento del consumo di stupefacenti. La questione era se i controlli casuali, dunque sganciati da sospetti individuali verso questo o quello studente, fossero compatibili con la protezione offerta dal Quarto Emendamento contro perquisizioni e sequestri privi di motivi fondati («*probable cause*»). Dissentendo dalla risposta affermativa della maggioranza, O'Connor conclude¹⁴: «[n]on si ripeterà mai troppo che le maggiori minacce alle nostre libertà costituzionali arrivano in tempi di crisi. Ma dobbiamo anche ricordare che non tutte le risposte del governo a questi momenti sono reazioni isteriche ed eccessive; piuttosto alcune crisi sono reali e, quando lo sono, servono proprio come interesse statale cogente che [...] può giustificare misurate incisioni nei diritti costituzionali. L'unico modo per i giudici di mediare tra questi impulsi contrastanti è fare ciò che dovrebbero fare comunque: *attenersi agli atti di ciascun caso* che venga sottoposto alla loro attenzione e giudicare solo in base ad essi. Esaminati gli atti, non posso non concludere che la decisione del Distretto di sottoporre a test tutti gli studenti atleti, in assenza di sospetti, opera in modo troppo ampio e troppo impreciso per essere ragionevole ai sensi del Quarto Emendamento». Ancora una volta: riconoscimento della pluralità dei principi, schema aperto di bilanciamento, soluzione casistica e concreta.

¹² Una versione più forbita e aggiornata di questa posizione sembra potersi trovare in J.H. WILKINSON III, *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 104 ss. Il problema non è tanto l'eclettismo o l'anarchismo metodologico, quanto la reazione alla *hybris* delle corti che la teoria costituzionale non riesce a contenere o, anzi, fomenta. Wilkinson (giudice della Corte d'appello federale per il Quarto circuito) è così scettico nei confronti della teoria costituzionale, che rifiuta deliberatamente di formularne una propria. Invece, rammenta le ragioni che dovrebbero indurre a un esercizio cauto del potere giudiziario: il carattere puramente passivo di esso; la maggiore responsabilità che viene dall'assenza di controlli elettorali periodici; l'omogeneità culturale di quel segmento di *élite* che è la magistratura; la difficoltà di rimediare agli errori della giustizia costituzionale; in generale (115), i limiti della conoscenza dei giudici e la consapevolezza «che il buon senso si manifesta in ambienti più collettivi e vari che nell'atmosfera rarefatta delle alte corti, e che il linguaggio, la struttura e la storia del diritto servono meglio come mezzi di moderazione che come pretesti per intrusioni».

¹³ *Vernonia School Dist. 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

¹⁴ 515 U.S. 686 (enfasi aggiunta).

In modo ancora più disteso, il pensiero della giudice emerge da vari passaggi del suo principale libro dottrinale¹⁵: per la verità anch'esso caratterizzato da uno stile piano, a tratti quasi divulgativo, senza particolari ambizioni, o albagie, accademiche e teoretiche. Dei diversi temi ricorrenti, se ne ricordano qui solo quattro.

Primo: la Corte suprema non è l'unica detentrica del compito di interpretare e applicare la Costituzione¹⁶.

Quest'ultima «non è stata scritta come un piano per il pieno impiego dei giudici. Al contrario: la Costituzione è interpretata all'inizio e alla fine da persone diverse dai giudici. Il potere giudiziario è solo un gradino intermedio nel continuo processo di funzionamento della nostra Costituzione». Anzi, «[l]o sviluppo storico della Costituzione conferma l'opinione che le assemblee legislative hanno l'obbligo di discutere e considerare la costituzionalità delle leggi che approvano». Nemmeno sarebbe del tutto esatto dire che la Corte ha comunque l'ultima parola: certo, «[l]'interpretazione data dalla Corte Suprema alla Costituzione è considerata vincolante per gli stati e per gli altri poteri federali di governo [è la dottrina della *cd. judicial supremacy*]. Ma quando si tratta di mettere in pratica l'interpretazione della Costituzione, in ultima analisi la Corte deve fare affidamento sugli altri poteri di governo». Non c'è niente di male nel riconoscere che la responsabilità di proteggere la Costituzione è suddivisa tra una pluralità di attori, compresi i cittadini, «che in ultima analisi devono determinare la risposta della nazione a ogni grande questione». Anzi, «[u]na nazione che approvasse in maniera docile e irriflessa ogni decisione della Corte Suprema come se fosse infallibile e immutabile sarebbe stata, credo, una grande delusione per i nostri fondatori».

Secondo: quanto appena detto, se non mina alla radice la dottrina della supremazia giudiziaria, raccomanda però l'esercizio della moderazione giudiziaria (*judicial restraint*)¹⁷.

Tra gli aspetti fondamentali del modello costituzionale della giurisdizione c'è anche quello della «giusta armonia [*due accord*] di questo potere giudiziario con il procedimento legislativo»; vale a dire, che «uno dei valori che un potere giudiziario indipendente deve sforzarsi di proteggere è la capacità della comunità di decidere il proprio futuro in armonia con il *Rule of Law*». Ricordando figure come Oliver Wendell Holmes jr, B. Learned Hand e Felix Frankfurter e le loro idee sul *judicial restraint*, O'Connor osserva: «[i]n alcuni settori, questa teoria di moderazione

¹⁵ S. DAY O'CONNOR, *The Majesty of the Law*, New York, Random House, 2003. L'autrice ha scritto anche *Out of order. Stories from the history of the Supreme Court*, New York, Random House, 2014, che è però più marcatamente un libro di storie e aneddoti sulla Corte.

¹⁶ EAD., *The Majesty of the Law*, cit., 41, 43, 45, 46.

¹⁷ *Ivi*, 70, 73, 75.

giudiziaria gode di cattiva fama. Ma la moderazione giudiziaria non va confusa, come potrebbero sostenere i critici, con la sfiducia o l'avversione per il "progresso": lo dimostra proprio la storia dei personaggi citati, ciascuno a proprio modo politicamente progressista. «Eppure tutti e tre riconoscevano che, come giudici, non avevano il compito di realizzare un mondo ideale»: in linea con James B. Thayer, ritenevano che la sollecitudine dei giudici non dovesse in alcun modo anestetizzare la cittadinanza alle proprie responsabilità di attuazione e difesa della costituzione. «Solo la dedizione della nazione alle proprie credenze fondamentali e al processo legale (*legal process*) preserverà il paese e le libertà dei suoi cittadini. I giudici da soli non possono bloccare cambiamenti meditati e necessari, né dovrebbero seguire il modello dei rivoluzionari francesi e tentare di sostituire questa eredità con una certa versione della società ideale».

Terzo: è fuori dalla portata dei giudici realizzare cambiamenti radicali della società¹⁸.

In particolare, i grandi cambiamenti, quelli che corrispondono a mutamenti profondi della coscienza sociale, sono fuori dalla portata dei giudici, i quali potranno al massimo dare ad essi riconoscimento se e quando essi saranno maturati e porteranno, di solito con una certa lentezza, all'emersione di casi appropriati. Questa è una delle lezioni che O'Connor desume da una ricostruzione panoramica delle lotte per l'emancipazione delle donne negli Stati Uniti: «un cambiamento profondo può avvenire solo quando i componenti di un grande gruppo superano le loro divergenze personali e si uniscono nel perseguimento di uno scopo concreto»; «quanto arriva, il vero cambiamento deriva solo da mutamenti nell'atteggiamento della popolazione generale. Davvero rara è la vittoria giuridica – nelle corti o nei parlamenti – che non è un attento sottoprodotto di un consenso sociale emergente». Ciò vale particolarmente per le decisioni delle corti di giustizia, che raramente si muovono per prime, non scrivono quasi mai su una lavagna bianca e, di solito, non danno che risposte dilazionate ai cambiamenti nelle preferenze popolari.

¹⁸ *Ivi*, 166, 167. Il riferimento all'unione per il perseguimento di uno scopo concreto è soprattutto al XIX Emendamento (sul diritto di voto senza distinzioni di sesso) entrato in vigore nel 1920. Dopo questa vittoria, secondo l'autrice (*ivi*, 160), il movimento femminile si frammentò lungo le linee di divisione ideologica e stentò a conseguire altri risultati politici di pari rilievo.

Quarto e ultimo punto¹⁹: citando T.S. Eliot, «l'umiltà è la virtù più difficile», ma resta comunque necessaria²⁰.

«Dinanzi alla sconcertante varietà e complessità dei problemi, i giudici della Corte Suprema negli ultimi anni hanno imparato – qualcuno direbbe reimparato – che ci sono limiti alla nostra autorità, conoscenza e capacità di risolvere problemi sociali presentati in termini di diritti individuali. Grosso modo, non ci siamo formati come economisti, educatori, assistenti sociali, o criminologi. I nostri sforzi di descrivere gli ampi principi giuridici assicurati dalla Costituzione si sono talora arenati quanto la Corte ha cercato di tradurli in regole dettagliate e operative per raggiungere gli obiettivi costituzionali. L'autorità delle Corti di garantire il *Bill of Rights* può non essere abbastanza [*can be stretched too thin*]. Un modo sicuro per gestirla con parsimonia è invocarla solo quando è necessario».

3. Sulla giurisprudenza della giudice O'Connor

Se tutto questo sembra troppo vago, senza la pretesa di tornare ora su tutta la parabola teorica dei fautori statunitensi del *judicial restraint*, basterà rileggere alcune delle decisioni più importanti di cui è stata protagonista la giudice O'Connor.

Due già citate in materia di religione²¹ riguardano entrambe l'esibizione in luoghi, o a cura di organi, pubblici di presepi cristiani nel contesto di decorazioni natalizie. Rifiutando di approvare o vietare in blocco, O'Connor patrocina il cd. *endorsement test*: ciò che conta è se, in concreto, l'esibizione del simbolo religioso trasmette un messaggio di esclusione dei non credenti (o, al contrario, di disapprovazione dei fedeli di un certo credo). Evidentemente, un criterio che guarda al concreto, talora con esiti poco prevedibili²².

¹⁹ *Ivi*, 247. La citazione esatta dovrebbe essere: «[h]umility is the most difficult of all virtues to achieve; nothing dies harder than the desire to think well of oneself» (T.S. ELIOT, *Shakespeare and the Stoicism of Seneca* (1927), in ID., *Elizabethan Essays*, New York, Gordon, 1973, 40).

²⁰ Viene in mente, *a contrario*, una frase di Piero Calamandrei: «Grave peccato per il giudice è la superbia; ma forse è una malattia professionale» (*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, IV ed., 1959, rist. Milano, Salani, 2008, 59).

²¹ *Lynch v. Donnelly* e *County of Allegheny v. ACLU*.

²² Infatti, i casi furono decisi in modo variegato. Nel primo, si ritenne che l'installazione del Presepe in un più ampio apparato decorativo, come avvenuto in precedenza per decenni senza controversie, non avesse alcun valore politico. Nel secondo, si ritenne invece illegittima l'esibizione di un Presepe in un tribunale, e legittima quella di una menorah all'esterno, vicino all'albero di Natale.

Il che si può dire anche, in fin dei conti, per il criterio adottato da O'Connor in *Grutter v. Bollinger*²³, deciso contemporaneamente a *Gratz v. Bollinger*²⁴. Il tema era quello, altamente controverso e delicato, delle azioni positive in ambito scolastico. In entrambi i casi, il voto di O'Connor è stato decisivo e si è basato sulla massima che la promozione della diversità del corpo studentesco sia un obiettivo legittimo; che, però, essa vada perseguita con strumenti «strettamente su misura» [*narrowly tailored*]; che, infine, questioni simili non possano essere decise una volta per tutte, ma vadano riesaminate a distanza di tempo²⁵. Con queste premesse, in *Grutter*, scrivendo per la maggioranza, O'Connor ha ritenuto legittimo che la razza fosse uno, anche se non l'unico, dei fattori rilevanti nella valutazione personalizzata sull'ammissione di ciascuno studente²⁶. In *Gratz*, invece, ha aderito all'opinione di maggioranza che ha condannato l'attribuzione, nelle graduatorie per l'ammissione, di un cospicuo bonus esclusivamente in base dell'appartenenza dei candidati a determinati gruppi etnici.

Il tema dell'aborto è uno dei più divisivi nel diritto e nella giurisprudenza costituzionale americana, ben presente a ciascun giudice sin dal momento stesso della nomina, come è avvenuto anche per O'Connor. Avevano ragione i gruppi *pro-life* a dubitare della sua disponibilità a rovesciare la storica *Roe v. Wade*²⁷. In *Planned Parenthood v. Casey*²⁸, dinanzi all'ennesima contestazione del precedente, anche da parte della difesa federale, e della dichiarata disponibilità dello stesso *Chief Justice* a ribaltarlo, O'Connor firma l'opinione prevalente che: conferma i punti essenziali della decisione del 1973 e, con essi, la garanzia costituzionale del diritto all'interruzione della gravidanza; nel farlo, sviluppa tra l'altro un lungo ragionamento sul rispetto dei precedenti, sulla sua funzionalità alla legittimazione della Corte e sull'eccezionalità delle circostanze che consentono di derogarvi; nondimeno, modifica notevolmente l'inquadramento della questione, adottando uno standard di valutazione delle leggi in materia più elastico di quello fatto proprio da *Roe v. Wade*.

Non tutti hanno condiviso questo approccio. Ad esempio, uno studio critico dedicato alla giurisprudenza di questa giudice è giunto alla conclusione che esso

²³ 539 U.S. 306 (2003).

²⁴ 539 U.S. 244 (2003)

²⁵ Di 25 anni: 539 U.S. 343.

²⁶ Degno di nota il rilievo dato da O'Connor (539 U.S. 330-331) agli apprezzamenti sull'importanza della diversità manifestati da un gruppo di grandi società e di ex-leader militari di alto rango in qualità di *amici curiae*. Un canale come un altro per mantenere l'opinione della Corte in linea con l'opinione pubblica corrente o, quantomeno, con quella di alcuni soggetti ritenuti altamente esponenti di essa.

²⁷ 410 U.S. 113 (1973).

²⁸ 505 U.S. 833 (1992).

metta addirittura a repentaglio la legalità costituzionale, sia per la riluttanza ad enunciare motivazioni chiare in termini di principio, sia per l'incostanza nell'applicazione dei criteri di giudizio²⁹. Questa posizione critica non è, a propria volta, di principio: conviene che i test di bilanciamento aperti e gli standard flessibili non incrinano, di per sé, la legalità costituzionale; che la fedeltà ai precedenti non è un valore assoluto; che può essere opportuno, per il giudice scrivere opinioni strettamente legate al singolo caso, che rinviino le questioni di principio più difficili a un secondo momento, lasciando che, nel frattempo, esse decantino attraverso l'attività delle corti inferiori e la discussione politica. Tuttavia, il problema sarebbe dato dall'incoerenza e dall'oscurità nell'applicazione dei test e degli standard e nella ponderazione dei diversi elementi rilevanti. Con il risultato che le decisioni in esame, in quanto atti di disposizione di singole controversie, darebbero adito a disparità di trattamento; mentre, in quanto precedenti, risulterebbero contraddittori, confusi e ingestibili.

Opposta la valutazione di chi ha costruito attorno all'opportunità di decisioni strette (tarate sul singolo caso e suscettibile di agevole *distinguishing* in quelli futuri) e poco profonde (aliene da prese di posizione molto rigide e impegnative in termini di principio) una intera teoria della moderazione, anzi del minimalismo giudiziario³⁰, che non è il caso di ripercorrere qui un'altra volta. Vale la pena almeno ricordare, però, che proprio la figura di O'Connor consente di chiarire che il giudice minimalista non è sistematicamente deferente nei confronti della maggioranza politica del momento³¹: da un lato, ella è stata certamente pragmatica e capace di aggregare il consenso attorno a decisioni strette, oppure di restringere, con le proprie opinioni concorrenti, la portata delle decisioni di maggioranza; dall'altro, però, non è stata affatto meno incline dei suoi colleghi ad adottare declaratorie di illegittimità, anzi lo è stata con frequenza anche maggiore.

Come che sia, dalle decisioni assunte mentre era in carica Sandra Day O'Connor non ha mai preso le distanze *a posteriori*, con due parziali eccezioni, entrambe legate a una - rimediazione dell'impatto da esse avuto sulla realtà.

²⁹ E.J. SEAGALL, *Justice O'Connor and the Rule of Law*, 17 *University of Florida Journal of Law and Public Policy* 107 (2006).

³⁰ C.R. SUNSTEIN, soprattutto in *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999.

³¹ In questo si nota una differenza rispetto alla posizione di Holmes: aspetto del resto evidente nel ricordo dedicato a questi da O'Connor (cfr. *The Majesty of the Law*, cit., 99 ss.), in cui si sottolinea come su molti aspetti – con l'eccezione della libertà di manifestazione del pensiero e, in parte, delle garanzie processuali penali – Holmes affermasse il potere dello Stato sull'individuo in termini pronunciati e, talora, oggi inaccettabili.

In *Republican Party of Minnesota v. White*³², O'Connor aveva dato il voto decisivo all'opinione di maggioranza che, in nome del I Emendamento, garantiva il diritto dei candidati a cariche giudiziarie elettive di annunciare, nel corso della campagna elettorale, le proprie opinioni sulle questioni giuridiche e politiche più controverse. In seguito, O'Connor³³ riconobbe che questo aveva fatto da volano a una ancora più intensa politicizzazione di queste campagne elettorali³⁴ e – insieme alla successiva *Citizens United*³⁵ – alla profusione di ingenti risorse economiche in esse, a tutto detrimento dell'indipendenza del potere giudiziario. Quanto poi alla notissima *Bush v. Gore*, parlando nel 2013 al consiglio editoriale di un grande quotidiano, Sandra Day O'Connor – sia pure in termini dubitativi e non particolarmente analitici – diede atto che la Corte aveva perso credibilità agli occhi dell'opinione pubblica e che, forse, avrebbe fatto meglio a non farsi carico della questione³⁶.

4. Una posizione superata?

La giudice O'Connor è stata, per un periodo, la donna più potente d'America, detentrica di una posizione strategica che le consentiva di imprimere profondamente il suo stile nella giurisprudenza della Corte Suprema. Retrospectivamente, gran parte di quell'impronta oggi sembra essere stata cancellata dal cambiamento della Corte, del profilo e dell'ideologia dei suoi giudici e, quindi, della sua giurisprudenza³⁷.

*Kennedy v. Bremerton School District*³⁸ sembra avere inferto un colpo decisivo al test alla base della giurisprudenza sui simboli religiosi, affermando, ai sensi del I

³² 536 U.S. 765 (2002).

³³ Cfr. ad es. Ead., *Choosing (and Recusing) Our State Court Justices Wisely: Keynote Remarks by Justice O'Connor*, 99 *Georgetown Law Journal* 151 (2010).

³⁴ 531 U.S. 98 (2000).

³⁵ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), che per la verità ribaltava *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003), alla cui opinione di maggioranza la stessa O'Connor aveva contribuito.

³⁶ D. GLANTON, *Retired Justice O'Connor: Bush v. Gore 'stirred up the public'*, in *Chicago Tribune*, 26 aprile 2013.

³⁷ L'approccio al quale dichiarano prevalentemente di aderire i giudici conservatori è, come è noto, l'originalismo, ormai noto anche in Italia soprattutto attraverso gli studi dedicati, con vario grado di approfondimento, a uno dei suoi alfieri, Justice Antonin Scalia: cfr. G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, Torino, IBL, 2022; F. BENATTI, *Essere giudice oggi. L'esperienza di Justice Scalia*, Milano-Udine, Mimesis, 2023. Per un inquadramento scientifico dell'originalismo nel pensiero costituzionalistico americano, cfr. G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, Giappichelli, 2020, 139 ss., ma *passim*.

³⁸ 597 U.S. ____ (2022).

Emendamento, il diritto di un insegnante di una scuola pubblica (un allenatore di football) di praticare, in pubblico (sul campo, ad ogni partita), una preghiera confessionale. Simile è stato il destino delle azioni affermative in ambito scolastico in *Students for Fair Admissions v. Harvard*³⁹: sostanzialmente precluse, con una decisione che si riporta più volte, anche nelle opinioni dissenzienti, al tema della temporaneità sollevato dalla giudice O'Connor. E infine, ovviamente, tanto *Roe* quanto *Casey* sono state superate nell'assunto centrale⁴⁰: l'aborto non è più considerato oggetto di un diritto costituzionalmente garantito, desumibile da una lettura sostanziale della clausola sul giusto processo (XIV Emendamento); torna a essere materia rimessa alla discrezionalità legislativa degli Stati, salvo un blando controllo di ragionevolezza. Una decisione, quest'ultimo, di rilievo eccezionale – non solo per tutte le vicissitudini che l'hanno contraddistinta, compresa la fuga di notizie, senza precedenti, che ha portato fuori dalla Corte l'opinione di maggioranza quando era ancora allo stato di bozza, ma soprattutto per quanto qui interessa – perché esisteva una soluzione alternativa minimalista, *narrow*, patrocinata dallo stesso *Chief Justice* Roberts⁴¹, che però è stata scartata, scalzando cinquant'anni di giurisprudenza.

Sic transit gloria mundi? Seguendo anche qui l'esempio di moderazione di Sandra Day O'Connor, sembra opportuno astenersi da risposte perentorie.

Certo, appare con grande chiarezza come ogni approccio del singolo giudice al proprio lavoro sia condizionato da molti fattori, anche di formazione e di contesto; e come il contesto in cui si è formata e ha operato O'Connor sia molto diverso da quello odierno – verrebbe da dire, soprattutto dal punto di vista della cultura giuridica statunitense di marca conservatrice.

Restano però aperti i problemi di fondo, testimoniati anche dalle due cause (si ripete: indipendenza del giudiziario dalla politica, educazione civica) cui Sandra Day O'Connor si impegnò dopo avere lasciato il lavoro giurisdizionale. Su tutti, il problema della politicizzazione della Corte Suprema: vale a dire, i rischi posti dall'uso del potere giudiziario, e di quello di influire sull'attività giudiziaria, per cristallizzare posizioni prossime a quella di una determinata ideologia; anche su temi altamente divisivi – in termini sia giuridici, sia politici – o densi di presupposti meta-giuridici (scientifici, economici ecc.); e con decisioni sovversive di precedenti consolidati e dotate di impatto largo e non completamente prevedibile *ex ante*. Quasi che il massimo successo che un gruppo politico possa conseguire sia non tanto prevalere in un dibattito collettivo, nell'opinione pubblica e presso le istituzioni di governo, su una determinata lettura di un problema sociale e degli interrogativi costituzionali ad esso relativi; quanto piuttosto influire sulla

³⁹ 600 U.S. ____ (2023).

⁴⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).

⁴¹ Cfr. la relativa opinione, concorrente solo nel giudizio finale e non nella motivazione.

composizione della Corte Suprema per fare in modo che le proprie preferenze restino scolpite a lungo, e in termini lapidari, negli *U.S. Reports*. Si tratta, insomma, di tutta quella materia incandescente che ha dato lavoro alla [Commissione](#) nominata dal Presidente degli Stati Uniti in carica per riflettere su una riforma della Corte Suprema, che chissà se si farà mai. Una materia alla quale la giudice O'Connor, e altri come lei, avevano per tempo raccomandato di avvicinarsi con consapevolezza e cautela, ricordando che la Costituzione è affare di tutti, non solo dei giudici (e dei giuristi).

Valuti il lettore se, guardando al presente, questo può essere ancora un buon consiglio. Negli Stati Uniti e altrove.