

## L'abbandono di Justice O'Connor e l'attivismo della Corte Suprema

di Sergio Bartole \*  
(19 luglio 2005)

La decisione di Justice Sandra Day O'Connor di annunciare le sue dimissioni dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, così rimettendo anticipatamente il mandato a vita che la Costituzione le conferisce, è destinata ad avere effetti di grande rilievo sui futuri svolgimenti della giurisprudenza della suprema giurisdizione della Federazione. Justice O'Connor ha avuto un ruolo determinante nell'attività della Corte in questi anni. Tant'è che, benchè abitualmente le periodizzazioni della giurisprudenza prendano il nome del Chief Justice rispettivamente in carica, si è detto da molti che per la Corte di questi anni bisognerà fare un'eccezione in quanto, più che la Corte del Chief Justice Rehnquist, merita di essere conosciuta come la Corte O'Connor.

Per avere una chiara idea delle vicende che in questi ultimi anni hanno caratterizzato la vita della Corte e giustificato gli apprezzamenti con i quali si apre questa nota informativa, è consigliabile utilizzare lo studio di Thomas M. Keck di recente (2004) pubblicato da *University of Chicago Press*, "**The most activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism**".

La tesi di fondo del volume è che, nonostante la sua prevalente composizione conservatrice (o forse proprio a cagione di essa, per le correzioni di rotta cui aspira), l'attuale Corte Suprema ha un indirizzo fortemente attivista, intendendosi per attivista quell'orientamento giurisprudenziale che comporta aperta propensione all'esercizio del *judicial review of legislation* e, quindi, un atteggiamento non certo deferente nei confronti delle scelte del legislatore. Tale indirizzo nasce dalla sempre più avvertita insofferenza di una parte (non necessariamente maggioritaria) dell'opinione pubblica e della parte politica che la rappresenta (questa, di frequente, insediata alla Presidenza o/e in maggioranza al Congresso), cioè i repubblicani, per le politiche del *Welfare State*, da un lato, e, dall'altro, per le scelte *liberal* e disegregazioniste del passato. A quest'ultimo riguardo ad un orientamento incline ad un'espansione dell'azione affermativa si vorrebbe e, in effetti, si è voluto contrapporre quello che viene chiamato "*a color-blind reading to the Equal Protection Clause*". Nel contempo sull'altro fronte sono stati messi in discussione gli indirizzi dell'era *New Deal/Great Society* sia per quanto ha tratto ai principi del federalismo che in materia di diritti di proprietà. E le correzioni di rotta che per un verso e per l'altro sono state introdotte, hanno comportato un'intrusione della Corte nell'esercizio delle scelte discrezionali del legislatore, in termini che sembrano, peraltro, implicare la rinuncia a quel *self-restraint* che opinione e scienza giuridica conservatrici hanno per tanti anni opposto all'attivismo della Corte Warren, prima, e della stessa Corte Burger, poi. Il che sembra avere messo in discussione le stesse dottrine giustificative della giurisprudenza restrittiva, come quando, abbandonando la propensione favorevole all'azione affermativa, ci si scorda la dottrina dell'*original intent*, che esige un'interpretazione della costituzione rispettosa degli intenti storicamente ascrivibili ai Padri costituenti, e ci si dimentica che contestualmente all'adozione della *Equal Protection Clause* in molti stati della Federazione si adottavano misure direttamente riconducibili a classificazioni per razza e colore che oggi si vogliono contrastanti con il principio di *color-blindness*.

E' noto che questi risultati sono stati ottenuti con una politica di nomine dei giudici della Corte Suprema intenzionalmente perseguita da tutte le amministrazioni repubblicane ed indirizzata a portare nel collegio giudicante giudici di chiaro orientamento conservatore. Ciò ha spesso comportato scontri anche drammatici della Presidenza con il Congresso, come nel caso del giudice di colore Thomas, che tuttavia alla fine ha ottenuto il consenso del Senato, ed in quello del giudice Bork, la cui designazione è stata invece bloccata e, quindi, ritirata.

La nomina di Justice O'Connor rientra in questo pacchetto di consapevoli ed espliciti tentativi di imprimere una forte correzione di linea giurisprudenziale alla suprema giurisdizione federale. E' dovuta al Presidente Reagan, al quale - più ancora che a Nixon - risale una programmatica adesione alle critiche conservatrici dell'attivismo *liberal*, denunciato come antidemocratico perché invasivo di scelte riservate agli organi eletti dal popolo e perciò illegittimo, e quindi tale da richiedere passi decisi "*to reshape the Court*". Per vero, la *nomination* della O'Connor non ebbe una generale, soddisfatta accoglienza da parte dei conservatori, più che per la sua giurisprudenza quale giudice statale in Arizona, per il suo *record* legislativo che segnalava una qualche moderazione in materia di aborto. In effetti, se le preoccupazioni in tema di ordine e sicurezza della vita pubblica, che la O'Connor ha sempre mostrato di condividere, stavano al centro del disegno conservatore di mutamento costituzionale, altrettanto peso avevano le diffidenze per la giurisprudenza in materia di diritti personali e civili. Il tema dell'aborto aveva a questo riguardo una rilevanza essenziale, giacchè *Roe v.*

*Wade*, la decisione che ha aperto la linea della liberalizzazione, appariva al tempo stesso in contraddizione con l'orientamento originalista e decisamente incline a sostituire alla discrezionalità del legislatore scelte giudiziali di portata ben più ampia di quanto richiesto dalla decisione del caso concreto in esame. Come bene ha sottolineato Cass Sunstein in " **One case at a time** " ( *Harvard University Press*, 1999 ), *Roe v. Wade* si sarebbe potuta decidere correttamente a favore dell'aborto, considerando che si trattava di un caso di violenza carnale, anche senza dettare regole generali ed onnicomprensive come quelle elaborate da Justice Blackmun, redattore allora dell'opinione di maggioranza.

Proprio in materia di aborto la signora O'Connor ha dato un colpo alle aspettative dell'elettorato fondamentalista repubblicano rifiutandosi di dare il suo voto a sostegno dell'*overruling* di *Roe* nel 1989 in occasione di *Webster v. Reproductive Health Service*. Secondo la difesa delle restrizioni dell'aborto vigenti in Missouri queste potevano essere conservate in vigore soltanto rovesciando il precedente ormai risalente a più di quindici anni prima ed adottando quale punto di partenza *Bowers v. Hardwick* ( 1986 ), cioè la decisione di poco antecedente con la quale la Corte, per una volta convertita ad una restrittiva indagine storica in materia di contenuto dei diritti costituzionali, si era rifiutata di estendere la tutela dei diritti della persona al caso dei rapporti di sodomia omosessuale. Con pronunciata sottigliezza la O'Connor disse allora che per lasciare in vita le regole restrittive in materia di aborto del Missouri non era necessario rovesciare ed abbandonare *Roe v. Wade*, e che questo precedente si sarebbe dovuto riesaminare solo nel caso in cui l'invalidità di regole statali limitatrici dell'aborto fosse risultato strettamente dipendente dalla sua costituzionale validità. Il che poteva apparire facile e scontato, stante l'ampiezza delle regole generali elaborate da Blackmun, ma si è rivelato nel tempo molto difficile, per cui con il suo voto Justice O'Connor ha concorso a tenere in vita la legalizzazione dell'aborto anche oltre le intenzioni dichiarate.

Interessante è inoltre notare che, una volta chiamata a confrontarsi con il tema delle relazioni omosessuali, la O'Connor, pur non concorrendo alla maggioranza che ha promosso con *Lawrence v. Texas* il rovesciamento di *Bowers*, prese nettamente le distanze dalla minoranza conservatrice, insistendo che uno stato non può dettare norme penali punitive che, destinate ad una classe preventivamente identificabile di individui, non si applicano alla generalità dei consociati ed utilizzano quale fondamento e giustificazione dell'interesse all'intervento legislativo il solo giudizio di disapprovazione morale. Il che era, del resto, in linea con altro precedente in cui ella aveva concorso con quattro giudici *liberal* e Justice Kennedy a dichiarare incostituzionale una iniziativa contraria ai diritti degli omosessuali del Colorado.

Siano o no state determinanti della decisione di volta in volta adottata dalla Corte Suprema, le posizioni ora ricordate della signora O'Connor sono altrettante epifanie di un indirizzo giudiziale che ha connotato in tutti questi anni il suo comportamento quale componente del collegio giudicante. Anziché andare a costituire un elemento stabile di uno dei due blocchi che si contendono il controllo della Corte, e in particolare - conformemente alle aspettative della parte politica che ne ha propiziato l'accesso alla suprema magistratura federale ( quella conservatrice ) - Justice O'Connor ha seguito una linea contorta, ora associandosi al gruppo del Chief Justice Rehnquist, ora andando a consentire ai giudici *liberal* di formare occasionali maggioranze. Come si usa dire, il suo è stato ripetutamente, assieme talora a quello del suo collega Kennedy o da solo, un vero e proprio *switching vote*. Sia per il gruppo conservatore che per gli antagonisti di questo il suo apporto è stato così essenziale nella ricerca degli equilibri mutevoli sui quali si è retta la giurisprudenza della Corte Suprema.

E' così avvenuto che la signora O'Connor - come, del resto, Justice Kennedy - si è trovata a far parte della maggioranza della Corte per un numero ben più alto di volte di quanto è avvenuto agli altri giudici, siano essi *liberal* o conservatori. Keck stima, in particolare, che negli ultimi tempi, su una somma di 155 casi decisi con un voto 5 a 4, o la O'Connor o Kennedy si siano trovati nello schieramento di maggioranza per ben 109 volte, avendo però collaborato alla formazione di una maggioranza conservatrice solo in 73 casi.

Ora, se si considera che anche nella nomina della signora O'Connor confidava lo schieramento conservatore, è ben giustificato chi, in presenza di tale suo comportamento altalenante, vede in lei e non nell'attuale Chief Justice, ormai debole e ammalato, il vero esponente della Corte Suprema di questi anni.

Di alcune significative scelte in materia di diritti già si è detto. Anche in tema di federalismo il suo atteggiamento è più cauto di quello dei conservatori ad oltranza, desiderosi di rovesciare l'orientamento impresso dalla giurisprudenza del New Deal e, perciò, decisamente attivisti. Pur condividendo la convinzione che spesso il Congresso non è capace di giustificare l'esercizio della sua autorità, ha frequentemente individuato con una certa cautela i limiti dei poteri federali, così correggendo l'espansione del *judicial review* favorita da quanti volevano contrapporre marcatamente i diritti degli stati e quelli degli organi federali, e suggerendo una certa quale deferenza nei confronti di questi ultimi. La quale

deferenza era, però, suscettibile di convertirsi nel suo opposto allorché la O'Connor - come in *Missisipi University for Women v. Hogan* - ha sostenuto che " ( those ) seeking to upheld a statute that classifies individuals on the basis of their gender must carry the burden of showing an exceedingly persuasive justification for the classification ". Salvo poi, sul terreno delle politiche di azione affermativa, combinare insistenza per uno scrutinio stretto ad una certa deferenza nella convinzione che alcune politiche *race-conscious* meritino di essere sostenute riconoscendo spazio alla discrezionalità del legislatore.

E' ovviamente impossibile seguire qui tutto il dipanarsi della linea giudiziale della O'Connor. E', però, palese che i suoi frequenti ammonimenti ad un esercizio prudenziale del *judicial review*, combinati con le punte di attivismo che si sono ricordate e che spesso le hanno consentito di concorrere a formare maggioranze inusitate e diverse da quella conservatrice, attestano come lo stesso orientamento della Corte Suprema sia stato in questi anni inaspettatamente attivistico, e non solo perché dettato dalla volontà di rovesciare precedenti orientamenti *liberal* fatti propri dal legislatore e, quindi, tradotti in normazioni agli occhi dei conservatori di dubbia costituzionalità. In più di un'occasione è stato proprio l'attivismo *liberal* a riemergere. In effetti, di fronte a questi sviluppi, viene fatto di chiedersi se per vocazione e natura i giudici di costituzionalità non siano condannati a continuamente rimettere in discussione le loro stesse professioni di *self-restraint*: l'interessante libro di Keck, a cavallo fra analisi giuridica e scienza politica, conferma la fondatezza di questo dubbio quando, ad esempio, in sede di ricostruzione storica introduttiva, si sofferma sulla progressiva conversione all'attivismo *liberal* di giudici caratterizzati inizialmente da orientamenti giurisprudenziali nati sotto l'egida dell'abbandono della giurisprudenza *Lochner*.

Quanto precede offre, a giudizio di chi scrive, utili elementi per valutare gli effetti che sulla giurisprudenza della Corte avrà l'abbandono di Justice O'Connor. Chi deve provvedere alla sua sostituzione si trova a dover scegliere fra due opzioni: può preferire una personalità che - come altri esponenti dell'attuale Corte - si allinei immancabilmente sulle posizioni della giurisprudenza conservatrice ( ma non per questo aliena da un alto tasso di attivismo ), o può, invece, scegliere una personalità con minori preconcetti e, quindi, più incline ad una valutazione spassionata dei casi in giudizio. Non è facile dire quale di queste due scelte meglio si attaglia alla tradizione del pensiero politico statunitense oggi prevalente. E' però arduo negare che la prima preoccupazione di chi ha la pesante responsabilità della *nomination* deve essere quella di garantire l'indipendenza e neutralità della Corte Suprema, seppure supportata da quel tanto di *statemanship* sulla quale riposa la consapevolezza dell'esteso orizzonte cui va rapportata la valutazione dell'impatto delle decisioni della Corte sulla società americana.

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Trieste