

Scienze
giuridiche



IL DIRITTO DEGLI STATI UNITI

Attraverso le decisioni della Corte suprema

Alessandro Somma, Lorenzo Serafinelli,
Paola Valerio

Collana Scienze Giuridiche 14

Il diritto degli Stati Uniti

Attraverso le decisioni della Corte suprema

*Alessandro Somma, Lorenzo Serafinelli,
Paola Valerio*



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2026

Copyright © 2026

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

Registry of Communication Workers registration n. 11420

ISBN: 978-88-9377-444-4

DOI: 10.13133/9788893774444

Pubblicato nel mese di febbraio 2026 | *Published in February 2026*



Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione –
Non commerciale – Non opere derivate 3.0 Italia e diffusa in modalità
open access (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

*Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial –
NoDerivatives 3.0 Italy (CC BY-NC-ND 3.0 IT)*

Indice

Capitolo primo

La Corte suprema degli Stati Uniti

- | | |
|--|----|
| 1. Il controllo di costituzionalità | 11 |
| 2. Segue: il caso Marbury | 14 |
| 3. I giudici federali nella tripartizione dei poteri | 16 |
| 4. Il vincolo del precedente e l'overruling | 20 |
| 5. Il processo dinanzi alla Corte suprema | 22 |
| 6. Lo stile della sentenza e la sua pubblicazione | 25 |
| 7. La Corte suprema al tempo di Trump | 27 |

Materiali

- | | |
|--|----|
| 1. United States Code – Title 28. Judiciary and judicial procedure | 31 |
| 2. Rules of the Supreme Court of the United States | 32 |
| 3. Federalist Paper n. 78 – A. Hamilton, The Judiciary Department | 34 |

Capitolo secondo

L'Era Lochner e il New deal

- | | |
|---|----|
| 1. L'Era progressista e la limitazione delle libertà economiche | 37 |
| 2. La Corte suprema contro i panettieri di New York | 40 |
| 3. L'Era Lochner tra libertà contrattuale, politiche demografiche e pacificazione sociale | 43 |
| 4. Dalla finanziarizzazione dell'economia alla Grande depressione | 45 |
| 5. Il New deal e la Corte suprema | 48 |
| 6. L'impacchettamento della Corte suprema | 51 |

Materiali

1. Laws of New York (1897) – Ch. 415. Labor law	55
2. Laws of Washington (1913) – Ch. 174. Minimum wages for women	56
3. National industrial recovery Act (1933)	57
4. <i>Lochner v. New York</i> , 198 U.S. 45 (1905)	58
5. <i>Muller v. Oregon</i> , 208 U.S. 412 (1908)	60
6. <i>A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States</i> , 295 U.S. 495 (1935)	62
7. <i>West Coast Hotel Co. v. Parrish</i> , 300 U.S. 379 (1937)	63

Capitolo terzo**Schiavitù, segregazione ed eguaglianza formale**

1. Il discorso giuridico dalla schiavitù istituzionalizzata alla Ricostruzione	67
2. Il ruolo della Corte suprema prima e dopo l'abolizione della schiavitù	72
3. La dottrina «separati ma uguali» e la mobilitazione per il suo superamento	76
4. La sentenza <i>Brown</i>	80
5. Dal movimento per i diritti civili all'eguaglianza formale	83
6. La segregazione residenziale	88

Materiali

1. <i>Dred Scott v. Sandford</i> , 60 U.S. 393 (1857)	93
2. <i>Plessy v. Ferguson</i> , 163 U.S. 537 (1896)	94
3. <i>Brown v. Board of Education</i> , 347 U.S. 483 (1954)	96
4. <i>Jones v. Alfred H. Mayer Co.</i> , 392 U.S. 409 (1968)	98
5. <i>Milliken v. Bradley</i> , 418 U.S. 717 (1974)	99

Capitolo quarto**Il welfare statunitense**

1. Il welfare nel primo Novecento tra ostilità e necessità	103
2. Le misure di welfare nel secondo Novecento a partire dalla Guerra alla povertà	107
3. La precarietà del sostegno agli indigenti e le occasioni mancate	110
4. L'accesso all'istruzione preuniversitaria	114
5. L'assistenza sanitaria e il Patient protection and affordable care Act	118

6. Il ridimensionamento dell'assistenza sanitaria	123
Materiali	
1. Steward Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548 (1937)	128
2. Helvering v. Davis, 301 U.S. 619 (1937)	129
3. Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970)	130
4. San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973)	132
5. National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012)	134

Capitolo quinto

L'istruzione superiore

1. La higher education tra discriminazioni razziali e diseguaglianze economiche	139
2. L'ascesa delle azioni positive	143
3. Segue: ... e il loro declino	145
4. Il sistema prestiti d'onore e il problema del debito	149
5. Dietro le diseguaglianze economiche si celano discriminazioni razziali	152
6. L'illegittimità dei programmi di remissione dei debiti studenteschi	156

Materiali

1. Executive order n. 10925 – Establishing the President's Committee on Equal Employment Opportunity (6 marzo 1961)	159
2. Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)	159
3. Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003)	160
4. S.F.F.A. v. Harvard, 600 U.S. 181 (2023)	163
5. Biden v. Nebraska, 600 U.S. 477 (2023)	168

Capitolo sesto

Il diritto all'aborto

1. Il silenzio della Costituzione	173
2. I penumbra rights e la contraccezione	175
3. Il riconoscimento del diritto all'aborto	178
4. Le guerre culturali a partire dagli anni Settanta	183
5. L'inesistenza di un diritto costituzionalmente riconosciuto ad abortire	187
6. Gli scenari attuali	191
7. Il Texas heartbeat Act e le "taglie" sulle pratiche abortive	195

Materiali

- | | |
|---|-----|
| 1. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) | 199 |
| 2. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) | 201 |
| 3. Dobbs v. Jackson, 597 U.S. 215 (2022) | 206 |

Capitolo settimo

Le libertà nella sfera sessuale

- | | |
|--|-----|
| 1. Verso il riconoscimento dell'autodeterminazione
nella sfera sessuale | 213 |
| 2. L'attivismo contro le sodomy law | 216 |
| 3. La sentenza Lawrence | 218 |
| 4. Il matrimonio egualitario | 222 |
| 5. Le tensioni con il 1. emendamento | 226 |
| 6. La nuova guerra culturale | 231 |

Materiali

- | | |
|---|-----|
| 1. Executive order n. 14168 – Defending Women from
Gender Ideology Extremism and Restoring Biological
Truth to the Federal Government (20 gennaio 2025) | 235 |
| 2. Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986) | 237 |
| 3. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) | 239 |
| 4. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015) | 241 |
| 5. 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570 (2023) | 243 |

Capitolo ottavo

Il diritto di portare armi

- | | |
|--|-----|
| 1. Il 2. emendamento e la gun culture statunitense | 245 |
| 2. Dal diritto collettivo e funzionalizzato al diritto
individuale e perfetto | 247 |
| 3. Il 2. emendamento come diritto individuale e perfetto | 251 |
| 4. Verso l'ulteriore ampliamento del diritto di
portare armi | 254 |
| 5. La sentenza Bruen | 256 |

Materiali

- | | |
|--|-----|
| 1. United States v. Miller, 307 U.S. 174 (1939) | 261 |
| 2. District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008) | 262 |
| 3. McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010) | 265 |
| 4. NYSRPA v. Bruen, 597 U.S. 1 (2022) | 266 |

Capitolo nono

Politiche ambientali e climatiche

1. Dall'ambiente al clima: evoluzioni concettuali e normative 269
2. Una primavera silenziosa e i suoi sviluppi 273
3. La regolazione dell'ambiente e la questione dell'allocazione dei poteri 277
4. L'emersione della questione climatica 282
5. La controrivoluzione conservatrice 287
6. Le ricadute sulla regolazione dei cambiamenti climatici: tra litigation e regulation 290

Materiali

1. *Chevron v. N.R.D.C.*, 467 U.S. 837 (1984) 295
2. *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007) 298
3. *AEP v. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011) 301
4. *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. 697 (2022) 304

Capitolo decimo

L'accesso alla giustizia civile

1. Le garanzie costituzionali in tema di accesso alla giustizia 307
2. La parabola giurisprudenziale sulle spese processuali 311
3. Il compenso dell'avvocato 316
4. La delimitazione dell'azione di classe 320
5. L'indirizzo favorevole in materia di arbitrato 325

Materiali

1. American bar association's Model rules of professional conduct 331
2. *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971) 332
3. *Lassiter v. Department of Social Services*, 452 U.S. 18 (1981) 334
4. *Wal-Mart v. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011) 336
5. *Epic Systems v. Lewis*, 584 U.S. 497 (2018) 337

Capitolo undicesimo

Il diritto del nemico

1. La dialettica tra il diritto del nemico e il circuito giudiziario 341
2. Il sentimento anti-giapponese:

dai flussi migratori a Pearl Harbor	344
3. Il nemico giapponese davanti alla Corte suprema: la sentenza Hirabayashi	348
4. Segue: Le sentenze Korematsu ed Ex Parte Endo	351
5. L'11 settembre e la fisionomia del nuovo nemico: il terrorista	354
6. La giurisprudenza su Guantanamo	357
7. Tra vecchie e nuove forme di nemico	361
8. Il secondo Trump e l'invocazione dell'Alien enemies Act	365
Materiali	
1. Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)	369
2. Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004)	371
3. Trump v. Hawaii, 585 U.S. 667 (2018)	376
4. Trump v. J.G.G., 604 U.S. __ (2025)	383
Capitolo dodicesimo	
Declino e ascesa della pena di morte	
1. La pena di morte e l'8. emendamento	387
2. Gli anni Settanta e la moratoria di fatto	391
3. L'applicabilità ai minorenni	394
4. La sindacabilità dei metodi	398
6. Il ruolo del Presidente degli Stati Uniti e le prospettive attuali	401
Materiali	
1. Executive order n. 14164 – Restoring the Death Penalty and Protecting Public Safety (20 gennaio 2025)	406
2. Gregg v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)	407
3. Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)	409
4. Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008)	412
5. Glossip v. Gross, 576 U.S. 863 (2015)	413
Appendice	
Constitution of the United States	415
Amendments to the Constitution of the United States	426

Sebbene il volume sia frutto di riflessioni comuni, Alessandro Somma è autore dei capitoli 1 e 2, Lorenzo Serafinelli dei capitoli 5, 6, 8, 9 e 11, e Paola Valerio dei capitoli 3, 4, 7, 10 e 12.

Capitolo primo

La Corte suprema degli Stati Uniti

1. Il controllo di costituzionalità

La Costituzione degli Stati Uniti, nel testo approvato dalla Convenzione di Filadelfia il 17 settembre 1787, si occupa della sola architettura istituzionale e non reca una elencazione dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dall'ordinamento. Contiene cioè unicamente disposizioni sui poteri legislativo, esecutivo e giudiziario a livello federale, dedicando oltretutto a quest'ultimo solo poche e scarse indicazioni. La disciplina di quest'ultimo potere è stata pertanto affidata a leggi ordinarie, oltre che a decisioni della stessa Corte suprema in ordine a questioni centrali, come in particolare il controllo di costituzionalità.

Consideriamo innanzi tutto quanto dispone la Costituzione. Una prima disposizione si occupa dell'organizzazione della giustizia, che presenta un tratto peculiare: si fonda su un dualismo completo, ovvero presenta a livello federale un sistema di corti comprendente tutti i gradi di giudizio (diversamente da quanto avviene in altri Stati federali, dove le corti federali comprendono di norma i soli gradi di giudizio superiori). Nel merito si stabilisce che il sistema delle corti federali comprende la Corte suprema quale suo vertice e «quelle corti di grado inferiore che il Congresso potrà di quando in quando istituire e organizzare» (art. 3 sez. 1). Cosa che in effetti è stata fatta in due distinti momenti: il Judiciary Act del 1789 ha creato corti distrettuali di primo grado con competenza a conoscere del fatto e del diritto (*district court*), mentre il Judiciary Act del 1891 ha istituito le corti di appello nelle quali si conosce soltanto del diritto (*appellate court*).

Altre disposizioni si occupano dei giudici federali per tutelarne l'indipendenza e in particolare per bilanciare il peso del Presidente e del

Senato, incaricati rispettivamente di nominarli e di confermarli (art. 2 sez. 2)¹. A questi fini si stabilisce innanzi tutto che rimarranno in carica a vita «fino a quando terranno una buona condotta» (*during good behaviour*) (art. 3 sez. 1): in pratica che per rimuovere un giudice dal suo ufficio occorre che sia riconosciuto colpevole delle condotte per cui è previsto l'*impeachment*, ovvero di «tradimento, concussione o altri reati gravi» (art. 2 sez. 4), il tutto all'esito di un procedimento avviato dalla Camera dei rappresentanti e condotto dal Senato (art. 1 sez. 3). Peraltro la permanenza nella carica a vita non assicura di per sé l'indipendenza dei giudici federali, che ben può essere messa a rischio facendo leva sui loro bisogni materiali, ovvero se il Presidente o il Senato abbassano o addirittura azzerano il loro compenso. Di qui la previsione per cui questo viene loro elargito «a scadenze fisse» e che non è inoltre passibile di essere ridotto «finché rimarranno in carica» (art. 3 sez. 1).

La Costituzione dispone anche in ordine alla competenza delle corti federali, che è limitata ai soli casi esplicitamente previsti (*limited jurisdiction*), individuati con riferimento sia alle materie oggetto del contendere, sia ai soggetti coinvolti nella causa. Quanto alle materie, si fa riferimento in particolare alle controversie in cui si applicano il diritto federale o trattati stipulati a livello federale (*federal question case*), ma anche a quelle in cui rilevi il diritto marittimo e della navigazione. Quanto ai soggetti coinvolti, si menzionano in particolare le controversie in cui sono parti cittadini di diversi Stati federati, così come soggetti con diversa cittadinanza (*diversity case*): ad esempio un cittadino o uno Stato stranieri (art. 3 sez. 2).

Seguono indicazioni circa il tipo di giurisdizione spettante alla Corte suprema, e innanzi tutto l'elencazione delle controversie per le quali essa «giudicherà in primo e unico grado» (*original jurisdiction*): in particolare quelle tra centro e periferia, ovvero tra Stato federale e Stati federati (28 U.S.C. 1251) [Materiali 1]. In tutti gli altri casi la Corte ha invece competenza in appello (*appellate jurisdiction*), ovvero su impugnazione volta a riformare una decisione emessa da una corte inferiore (art. 3 sez. 2).

La Costituzione nulla dice invece sulla competenza per la quale la Corte suprema statunitense viene considerata alla base di un fondamento della Tradizione giuridica occidentale. Quest'ultima è tale in quanto

¹ Il Presidente degli Stati Uniti nomina oltre, ai componenti la Corte suprema (*Associate justice*), anche il suo presidente (*Chief justice*), che dunque non viene individuato – come avviene invece di norma presso le Corti costituzionali dei Paesi di *civil law* – dai membri del collegio.

ha realizzato il divorzio tra diritto e politica, e lo ha fatto affermando il principio per cui il potere giudiziario può invalidare quanto realizzato dal potere legislativo, ovvero espellere un suo atto dal sistema delle fonti. Ebbene, si reputa che questo schema abbia la sua origine nell'ordinamento statunitense e che si sia poi diffuso attraverso la previsione nelle Carte fondamentali dei Paesi occidentali di un sistema di controllo di costituzionalità affidato a specifici Giudici delle leggi: organi giurisdizionali che operano secondo criteri giuridici, che hanno trasformato il parlamento da «veicolo di manifestazione della suprema volontà generale della nazione» a potere «vincolato da norme, principi e valori»².

Se peraltro la Costituzione degli Stati Uniti nulla dice in proposito, non si può certo affermare che l'idea di un controllo di costituzionalità affidato al potere giudiziario fosse estraneo all'orizzonte valoriale dei Padri costituenti. Innanzi tutto perché nelle Costituzioni degli Stati federati che hanno preceduto quella federale si prevede esplicitamente un meccanismo per molti aspetti assimilabile a quanto è stato poi definito in termini di controllo giurisdizionale di costituzionalità sulle leggi, i trattati e gli atti del potere legislativo (*judicial review of legislation*)³. Lo ricaviamo a titolo esemplificativo dalla Costituzione dello Stato di New York del 20 aprile 1777, dove si prende in considerazione l'eventualità che leggi incompatibili con il suo «spirito» o con «il bene pubblico» siano «approvate in modo affrettato e sconsiderato». Di qui la previsione di una forma di controllo, sebbene preventivo: «il governatore, il cancelliere e i giudici della Corte suprema, o due di loro, insieme al governatore, costituiscono un consiglio per la revisione di tutti i progetti di legge che stanno per essere approvati dalla legislatura» (art. 3).

Si può poi ritenere che il controllo giurisdizionale di costituzionalità sia implicito considerando il contenuto della cosiddetta clausola di supremazia (*supremacy clause*), ovvero quanto stabilito dalla Costituzione nel momento in cui afferma che essa «e le leggi degli Stati Uniti che saranno fatte in sua applicazione... costituiranno la legge suprema del Paese» e che «in ciascuno Stato i giudici ne saranno vincolati, senza

² A. Gambaro, R. Sacco e M. Graziadei, *Sistemi giuridici comparati*, 5. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, 2024, p. 38.

³ E.S. Corwin, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 12, 1914, p. 538 ss.

considerare qualsiasi cosa sia disposta in contrario nella Costituzione o nelle leggi di qualsiasi Stato» (art. 6)⁴.

Soprattutto, al controllo giurisdizionale di costituzionalità si fecero numerosi riferimenti durante la Convenzione di Filadelfia⁵. E lo stesso vale per il dibattito che ha accompagnato la fase successiva all'approvazione della Costituzione: quando per la sua entrata in vigore occorreva la ratifica da parte di almeno nove dei tredici Stati che all'epoca componevano la federazione (art. 7). Tra gli Stati più in bilico figurava New York, che in effetti fu solo l'undicesimo a ratificare, anche grazie all'opera di persuasione rappresentata da una serie di articoli pubblicati in periodici locali sotto lo pseudonimo di Publius, in verità dovuti a Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Questi articoli vennero poi raccolti e ripubblicati in un volume considerato una sorta di commentario della Costituzione, per il quale venne scelto un titolo evocativo della architettura istituzionale che i tre autori avevano sponsorizzato per la nuova comunità politica: «Il federalista» (*The Federalist*).

Ebbene, gli articoli in discorso ne comprendono uno confezionato da Hamilton, nel quale si afferma il principio per cui, se «una costituzione pone dei limiti», questo implica necessariamente il riconoscimento in capo alle corti del «dovere di dichiarare nulle tutte le leggi manifestamente in contrasto con la costituzione». Le corti devono cioè accertare il significato della Carta fondamentale «così come il significato di qualsiasi atto particolare proveniente dal corpo legislativo», per poi far prevalere la prima in caso di contrasto con i secondi, ovvero per affermare la superiorità della «volontà del popolo» sulla «volontà dei suoi rappresentanti»⁶.

Non sfugge evidentemente che quest'ultima formula esprime una valutazione circa l'esercizio della sovranità popolare differente rispetto a quella diffusa nei Paesi di *civil law*: sul punto avremo modo di tornare.

2. Segue: il caso Marbury

Proprio questo schema venne ripreso in occasione di una decisione della Corte suprema di inizio Ottocento, che dal punto di vista formale costituisce la base giuridica per il controllo giurisdizionale di costituzio-

⁴ Cfr. L. Pegoraro, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 81.

⁵ J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, in *Stanford Law Review*, 49, 1997, p. 1031 ss.

⁶ *Federalist Paper* n. 78 [Materiali 3].

nalità esercitato dalla Corte suprema. La decisione non è stata la prima ad affermarlo come prerogativa implicita nell'architettura costituzionale: era già avvenuto in diverse altre occasioni⁷. La decisione a cui facciamo riferimento è stata però la prima ad aver dichiarato l'incostituzionalità del provvedimento rilevante per la decisione della controversia, e la prima ad averne messo a fuoco le modalità e gli effetti.

La controversia alla base della decisione, non particolarmente complessa dal punto di vista tecnico giuridico, lo era dal punto di vista politico. Per questo la soluzione individuata avrebbe avuto una rilevanza notevole quale fondamento primo del potere del vertice della giustizia federale, ovvero della sua autorevolezza. Oggetto del contendere fu invero la nomina a giudice di pace (*Justice of the peace*), ovvero giudice di una corte inferiore, di William Marbury da parte del Presidente John Adams a poche ore dallo scadere del suo mandato. La nomina venne confermata dal Senato ma non notificata a causa di un rifiuto opposto da James Madison nella sua veste di Segretario di Stato del successore di Adams: il Presidente Thomas Jefferson.

John Marshall era il presidente della Corte suprema che fu investita di questo caso. Era stato nominato a questa carica da Adams, di cui era stato il Segretario di Stato, motivo per cui ci si poteva attendere una decisione favorevole a Marbury, il quale si rivolse alla Corte con la richiesta di ingiungere a Madison la notifica della sua nomina. Non fu però questa la soluzione della controversia, che per un verso prese le mosse dal riconoscimento della fondatezza della richiesta, ovvero del diritto di Marbury di vedersi notificata la nomina a giudice, ma per un altro affermò l'incompetenza della Corte a decidere nel merito.

Il diritto di Marbury era fondato in quanto la sua nomina era stata firmata dal Presidente e questo bastava a perfezionare il relativo atto, la cui notifica costituiva pertanto un comportamento dovuto. Il rimedio per la violazione del diritto in discorso era l'emissione di un *writ of mandamus*, ovvero di un ordine a Madison volto a ottenere la notifica della nomina a giudice di pace. Il tutto in base a quanto indicato dal Judiciary Act del 1789, a norma del quale spettava alla Corte suprema attivarsi in tal senso nei «casi tutelati dai principi e dagli usi della legge nei confronti di... ogni persona che detiene una carica sotto l'autorità degli Stati Uniti». Questa competenza non è però prevista dalla Costi-

⁷ Cfr. W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, in *Stanford Law Review*, 58, 2005, p. 455 ss.

tuzione: l'articolo elenca i casi in cui il vertice della giustizia federale ha giurisdizione originaria, e tra questi non rientra la fattispecie oggetto del contendere. Ed essendo la Costituzione il precipitato della «volontà originaria del popolo», spetta alle corti farla prevalere su quella del legislatore ordinario, ovvero affermare che «la Costituzione è una legge superiore, come tale non modificabile con procedure ordinarie» [Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)].

Nonostante la sua notevole portata, il caso appena riferito non ebbe effetti immediati. Si dovettero attendere gli anni Cinquanta dell'Ottocento per vedere la Corte suprema dichiarare l'incostituzionalità di un secondo provvedimento federale⁸. Ciò non toglie che la decisione nel caso Marbury abbia fornito la definitiva base giuridica del sistema statunitense di controllo giudiziale sulla costituzionalità dei provvedimenti legislativi. Un sistema avente carattere diffuso in quanto spetta a ciascun giudice, che può tuttavia semplicemente disapplicare il provvedimento ritenuto incompatibile con la Costituzione, quindi emettere una decisione con efficacia limitata alle parti del giudizio. Questo vale ovviamente anche per la Corte suprema, le cui pronunce devono però essere considerate alla luce del vincolo del precedente o dottrina dello *stare decisis* in senso verticale: il principio per cui le sue decisioni in quanto corte di vertice sono vincolanti per tutte le altre corti.

Altrimenti detto, se si tratta della Corte suprema, sebbene le sue sentenze abbiano valore tra le parti, queste assumono efficacia *erga omnes*: formalmente disapplicano un atto legislativo ma di fatto lo annullano.

3. I giudici federali nella tripartizione dei poteri

Alle garanzie di indipendenza dei giudici della Corte suprema menzionate dalla Costituzione occorre aggiungerne una che non è prevista da alcuna disposizione, e che tuttavia riveste una notevole importanza. Ci riferiamo al prestigio di cui godono i membri del collegio, ovvero alla loro autorevolezza, che del resto costituisce uno dei principali criteri utilizzati dal Senato per confermarli, e a monte dal Presidente per nominarli.

Va detto innanzi tutto che la Costituzione non indica alcun requisito che i giudici federali devono possedere: ad esempio una età minima, o un titolo di studio o ancora una qualifica professionale.

⁸ G. Bassu, M. Betzu, F. Clementi e G. Coinu, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America. Una introduzione*, Torino, 2022, p. 87.

È peraltro prassi da tempo consolidata quella per cui il Presidente nomina i giudici della Corte suprema, attività con cui esercita pieni poteri (*plenary power*), scegliendoli tra giuristi che si sono formati alle università considerate le migliori del Paese e che possono inoltre vantare una carriera professionale particolarmente brillante: come quella dei giudici presso le corti di appello federali o quella degli avvocati di successo o ancora degli accademici di chiara fama.

La conferma dei giudici avviene sulla base di una procedura complessa, che la Costituzione sintetizza con la formula per cui il Senato fornisce nel merito «parere e consenso» (*advice and consent*) (art. 2 sez. 2). L'avvio della procedura è affidato alla Commissione giustizia (*Senate committee on the judiciary*), nel cui ambito si tengono audizioni in occasione delle quali i candidati alla conferma vengono interrogati su tutti gli aspetti della loro biografia (*confirmation hearing*). Al parere della Commissione giustizia segue poi il voto dell'assemblea, come vedremo con maggioranze cambiate recentemente e ricadute di notevole impatto.

Si badi che tra gli elementi valutati ai fini della conferma non rileva la sola preparazione professionale degli aspiranti giudici della Corte suprema, bensì anche e soprattutto il loro profilo culturale e in senso lato ideologico, se non altro in quanto sono scelti per la loro vicinanza all'area politica di cui è espressione il Presidente a cui spetta la loro nomina. Parimenti rilevanti sono poi altre caratteristiche come il genere, l'etnia e la religione. Il tutto messo in luce da una vera e propria «demografia della Corte», ovvero dalla minuziosa illustrazione della sua composizione a partire dalle caratteristiche menzionate e da molte altre⁹.

Come si intuisce, non è sempre stato così. Per molto tempo i giudici della Corte suprema, come i livelli dirigenziali in genere, sono stati appannaggio esclusivo dei cosiddetti Wasp: acronimo utilizzato per riferirsi a coloro i quali sono di discendenza britannica, bianchi e di norma protestanti (*White Anglo-Saxon Protestant*). Si è dovuto attendere il 1916 per il primo giudice ebreo (Louis Brandeis), il 1967 per il primo giudice di colore (Thurgood Marshall), il 1981 per la prima giudice donna (Sandra Day O'Connor) e il 2009 per la prima giudice di origine latinoamericana (Sonia Sotomayor).

È comunque dagli anni Ottanta che la composizione della Corte suprema ha finito per rispecchiare tendenzialmente la composizione

⁹ M.M. Rafferty, *Diversifying the Law through an All-Minority Bench*, in *Savannah Law Review*, 4, 2017, p. 189 ss.

della società statunitense, sebbene limitatamente ai tratti identitari attorno alla cui considerazione e tutela si è riusciti a creare una diffusa sensibilità. Lo stesso non vale invece per i tratti identitari per i quali non si reputa opportuno assicurare loro rappresentanza: tema sul quale avremo modo di tornare.

A queste condizioni la Corte suprema assume un profilo molto diverso da quello riscontrabile presso le corti che nei Paesi di *civil law* assolvono alle medesime funzioni. Il tutto reso ancora più evidente dalla circostanza per cui quella statunitense non è una corte incaricata unicamente di verificare la costituzionalità dei provvedimenti sottoposti al suo giudizio, bensì una corte che rappresenta il vertice della giurisdizione ordinaria. Si mette così ulteriormente in luce la radicale differenza tra i giudici di *common law* e i giudici di *civil law*: se dei primi si prende in considerazione il contesto in cui sono nati e cresciuti unitamente alle loro tensioni ideali, i secondi sono rappresentati in quanto freddi e razionali interpreti della volontà del legislatore, capaci cioè di astrarre rispetto alle loro esperienze personali. Non è dunque un caso se i primi ben possono essere individuati con modalità di tipo politico, diversamente dai secondi i quali sono selezionati attraverso un concorso volto unicamente a verificare la loro preparazione tecnica.

Se così stanno le cose è anche per il diverso modo di intendere la tripartizione dei poteri tipica degli Stati Uniti, dove ricalca lo schema prefigurato da Montesquieu: lo schema per cui le tre espressioni della sovranità statale sono collocate sullo stesso piano e chiamate a bilanciarsi reciprocamente (principio dei *checks and balances*). Nella tradizione di *civil law*, modellata in particolare sull'esperienza francese, la tripartizione dei poteri è stata invece riletta alla luce delle teorie di Jean-Jacques Rousseau, secondo cui il potere legislativo, in quanto più vicino alla sovranità popolare, doveva ritenersi superiore agli altri poteri, considerati in qualche modo delegati¹⁰. Per questo nei sistemi di *civil law* si rifiuta l'idea che i poteri siano collocati sullo stesso piano e siano chiamati a limitarsi a vicenda. E a monte si reputa il potere giudiziario un potere nullo mentre si attenua la contrapposizione tra potere legislativo e potere esecutivo, considerati entrambi articolazioni di un meccanismo volto a consentire alla volontà popolare di esprimersi.

Ma non è tutto. Nella tradizione rivoluzionaria francese si reputa che la sovranità popolare sia fondativa dell'autorità di tutti gli atti

¹⁰ Ad es. P. Costa, *Cittadinanza*, Roma e Bari, 2005, p. 41 ss.

riconducibili al potere legislativo, motivo per cui la Costituzione e le leggi ordinarie sono considerate fonti tendenzialmente non in contraddizione¹¹. Tanto che sino a pochi anni fa il controllo di costituzionalità in Francia era ammissibile solo con riferimento ad articolati non ancora approvati in via definitiva dal Parlamento, ovvero non ancora appartenenti al sistema delle fonti¹².

Diverso lo schema utilizzato negli Stati Uniti, i quali sono nati da una rivoluzione con cui il popolo ha dato vita alla Costituzione sulla base di una volontà di cui si rivendica la diversità rispetto a quella posta a fondamento dei provvedimenti legislativi contingenti. Il tutto nel convincimento che «i rappresentanti del popolo... sembrano a volte credere di essere il popolo stesso, e manifestano forti sintomi di impazienza e disgusto al minimo segno di opposizione da qualsiasi altra parte, come se l'esercizio dei suoi diritti, da parte dell'esecutivo o del giudiziario, fosse una violazione del loro privilegio e un oltraggio alla loro dignità»¹³.

Mettere in luce la funzione politica della Corte suprema, e a monte del potere giudiziario, non significa però accreditare l'idea secondo cui essa intenda con ciò assumere il potere legislativo. Almeno questo si ricava dalla «dottrina delle questioni politiche» (*political question doctrine*), invocata quando il vertice della giustizia federale, adducendo che la controversia sottoposta alla sua attenzione implica una opzione di ordine politico e non meramente «giuridico» (*legal*), decide di non prenderla in esame. È peraltro evidente che ci troviamo qui di fronte a una distinzione sommamente ambigua¹⁴, o peggio di un argomento tutto politico con il quale motivare una scelta altrettanto politica.

Se non altro, negli Stati Uniti si evita di demonizzare la copertura dei processi da parte dei mass media, che nei Paesi di *civil law* viene diffusamente percepita come una indebita ingerenza nelle dinamiche del decidere e persino il segno di una congiura «contro l'esecutivo e il legislativo»¹⁵. Se invero una vicenda giudiziaria trova risonanza nei mezzi di comunicazione a causa della rilevanza delle questioni dibattute

¹¹ M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma e Bari, 2009, p. 53 ss.

¹² Il controllo di costituzionalità è stato introdotto con la legge 23 luglio 2008, che lo ha previsto all'art. 61-1 Cost.

¹³ *Federalist Paper* n. 71.

¹⁴ R.J. Pushaw Jr., *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist Rebuttable Presumption Analysis*, in *North Carolina Law Review*, 80, 2002, p. 1165 ss.

¹⁵ A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, 1997, p. 65 ss.

te, ciò non determina l'alterazione di un processo decisionale altrimenti condotto al riparo da tensioni ideali: al contrario, mette in luce quelle tensioni e le sottopone al vaglio di un discorso pubblico trasparente. Altrimenti detto: il giudice che volesse «sigillarsi in modo ermetico da tutte le manifestazioni dell'opinione pubblica» avrebbe solo l'illusione di essere libero da condizionamenti. Per questo «la consapevolezza di un giudice circa gli orientamenti dell'opinione pubblica non solo è inevitabile ma è desiderabile e persino necessaria»¹⁶.

4. Il vincolo del precedente e l'overruling

Abbiamo già detto del vincolo del precedente in quanto peculiarità del sistema di *common law*, che concorre a rendere le decisioni della Corte suprema uno strumento di controllo circa la costituzionalità degli atti del potere legislativo. Sappiamo che esso ha una portata verticale, ovvero che concerne l'obbligo delle corti inferiori di seguire le decisioni delle corti superiori. Possiamo ora aggiungere che il vincolo del precedente ha una portata orizzontale, per cui le corti sono vincolate ai propri pronunciamenti e a quelli delle corti di pari grado.

Come si intuisce, al livello delle corti di vertice il vincolo del precedente non opera nella sua portata verticale, ma lo stesso vale per la sua portata orizzontale. Detto questo, è comunque importante approfondire il tema, dal momento che le decisioni della Corte suprema sono vincolanti per tutte le altre corti, le quali devono pertanto identificare il precedente: la sua individuazione non spetta alla corte che emette la decisione dalla quale esso viene ricavata, bensì alla corte chiamata ad applicarlo in sede di decisione di una controversia.

Occorre innanzi tutto considerare che il vincolo del precedente non vale per la decisione nel suo complesso ma solo per la *ratio decidendi* o *holding*, ovvero il principio giuridico sottostante alla decisione, senza il quale essa avrebbe avuto un contenuto differente. Non sono pertanto vincolanti le parti della decisione definite in termini di *obiter dictum*, ovvero i principi giuridici che pure sono stati formulati nella pronuncia e che tuttavia non rilevano per l'esito finale della controversia¹⁷. Il tutto per una ragione messa in luce da una decisione della Corte suprema presieduta da Marshall, ovvero perché la *ratio decidendi* concerne

¹⁶ L. Greenhouse, *The U.S. Supreme Court. A Very Short Introduction*, Oxford, 2012, p. 72 s.

¹⁷ Ad es. R. Cross e J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4. ed., Oxford, 1991, p. 39 ss.

questioni «analizzate con cura e considerate in tutte le loro implicazioni», mentre gli *obiter dictum* attengono ad aspetti la cui «possibile influenza su tutti gli altri casi è raramente completamente indagata» [*Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821)].

Si badi poi che il principio giuridico al quale si fa riferimento è più propriamente una regola giuridica (*legal rule*), oltretutto con una portata decisamente più limitata rispetto a quanto si è soliti ritenere. È invero un precetto generale e astratto, tuttavia formulato in stretta connessione con la situazione di fatto da cui la controversia ha preso le mosse. La regola giuridica di cui parliamo è insomma «assai più ristretta rispetto al precetto normativo cui è familiare il giurista romanista»¹⁸.

Il tutto condiziona in modo determinante l'identificazione della effettiva portata del controllo di costituzionalità, che attiene evidentemente alla *ratio decidendi* e non anche agli eventuali *obiter dictum*. Ciò non significa però che questi ultimi sono del tutto privi di efficacia, la quale deve essere valutata in combinazione con l'*overruling*: il meccanismo per cui una corte si sottrae al vincolo del precedente e decide di discostarsi da esso.

Ovviamente fra la dottrina dello *stare decisis* e l'*overruling* vi è un contrasto formalmente insanabile: la prima impone di applicare un principio giuridico, che il secondo mira invece a superare. Vi sono peraltro espedienti con cui evitare un simile contrasto, primo fra tutti una valutazione rigorosa del precedente volta a non ritenere tale quello dal quale ci si intende discostare. Il che si ottiene identificando differenze a livello di situazione di fatto alla base della controversia (*distinguishing*), operazione del resto agevolata dalle menzionate caratteristiche della regola giuridica alla base del precedente.

Un altro modo di tenere insieme il vincolo del precedente e l'*overruling* è ammettere alcuni casi estremi in cui il primo viene ricavato da una decisione «manifestamente assurda o ingiusta». Tanto che il precedente non costituisce solo un «cattivo diritto»: integra gli estremi del «non diritto», come precisato nella prima illustrazione sistematica della *common law* inglese la cui influenza fu notevole anche nel Nuovo mondo¹⁹.

Secondo la teoria classica del precedente non vi sono altri modi di superarlo oltre a quelli appena indicati. Questa teoria, per certi aspetti ancora osservata nell'esperienza giuridica inglese soprattutto nel diritto del

¹⁸ U. Mattei e E. Ariano, *Il modello di civil law*, 5. ed., Torino, 2018, p. 187.

¹⁹ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, 1765, p. 70.

mercato e in particolare nella disciplina della proprietà e del contratto, è stata sostanzialmente superata nel contesto statunitense. Qui si sono diffusi in particolare due tipi di *overruling*: l'*anticipatory overruling* che intacca la portata verticale del vincolo del precedente, e il *prospective overruling* che ne comprime invece la portata a livello orizzontale.

L'*anticipatory overruling* viene realizzato dalle corti inferiori nei casi in cui possono fondatamente ritenere che il mancato rispetto del precedente corrisponda a un orientamento in via di affermazione presso le corti superiori. Ad esempio perché questo conducono a ritenere gli *obiter dictum* contenuti nelle decisioni di queste ultime corti, che dunque finiscono per perdere o comunque vedere fortemente ridimensionata la differenza rispetto alla *ratio decidendi*. Il tutto magari confermato dal riscontro circa la scarsa tenuta del precedente candidato al probabile superamento: in particolare il suo essere sostenuto da una maggioranza risicata dei componenti il collegio giudicante.

Il *prospective overruling* spetta invece a tutte le corti, dopo essere stata una prerogativa riconosciuta solamente a quelle di vertice. Si realizza in virtù di una particolare caratteristica dell'*overruling*: il suo operare con efficacia retroattiva, ovvero il suo disciplinare un comportamento sulla base di un precetto posto in un momento successivo rispetto a quello in cui si è tenuta la condotta oggetto del giudizio della corte. Il che può non rappresentare un particolare problema se si tratta di una regola privatistica, con sfumature però se viene chiamata in causa la disciplina del mercato, ma lo diventa invece nei casi in cui la regola ha carattere penalistico. Per questo si hanno casi in cui la corte decide la controversia seguendo il precedente, prospettando però un cambio di orientamento e dunque un *overruling* per il futuro. Anche qui mettendo in crisi la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, dal momento che è al secondo che i consociati sono chiamati a orientare il proprio comportamento.

5. Il processo dinanzi alla Corte suprema

Chiarite le modalità attraverso cui nell'esperienza statunitense si realizza il controllo di costituzionalità degli atti del potere legislativo, e messo in luce il relativo fondamento politico normativo, possiamo dedicarci al processo dinanzi alla Corte suprema. Dobbiamo infatti illustrare come concretamente si svolge la controversia nel corso della

quale viene esercitato il controllo in discorso, chi sono i suoi protagonisti e quale il ruolo da essi svolto.

Consideriamo innanzi tutto le vie di accesso alla Corte, che fuori dall'ipotesi di giurisdizione originaria sono quattro. La prima via concerne i casi in cui la Corte viene adita quale giudice di appello di una decisione emessa da una corte distrettuale federale, tuttavia in ipotesi assolutamente marginali (28 U.S.C. 1253) [Materiali 1]: quando non ha operato in quanto giudice monocratico, come accade di norma, bensì con l'intervento di tre giudici (*three-judge court*) (art. 18 Regolamento Corte suprema) [Materiali 2]. Anche la seconda via è del tutto residuale perché attiene ai casi in cui una Corte d'appello richiede formalmente di chiarire una questione di diritto (*certified question*) (28 U.S.C. 1254) [Materiali 1], al fine di ricavare «istruzioni per la corretta decisione del caso» (art. 19 Regolamento Corte suprema) [Materiali 2]²⁰.

La terza via di accesso alla Corte suprema è la più importante perché passa dalla richiesta avanzata dalla parte soccombente di una controversia di emettere un *writ of certiorari* (*petition of certiorari*) (28 U.S.C. 1254) [Materiali 1]: l'ordine alla corte presso la quale la controversia è stata decisa di trasmettere il relativo fascicolo (*record of the case*), per consentire così una sua eventuale revisione. È una via di accesso che mette ulteriormente in evidenza il ruolo politico della Corte suprema, dal momento che l'emissione in discorso costituisce un atto «discrezionale» e dunque non «una questione di diritto», concessa in specifiche ipotesi (art. 10 Regolamento Corte suprema) e solo se rivestono «una rilevanza pubblica tale da giustificare una deviazione rispetto alla consueta prassi relativa alle impugnazioni» (art. 11 Regolamento Corte suprema) [Materiali 2]. Tanto che la quota di *writ of certiorari* emessi oscilla fra il 2% e il 3% di quelli richiesti su un numero complessivo compreso tra i 6000 e i 7000 annuali circa, almeno stando alle statistiche fornite dalla stessa Corte per il periodo dal 2014 al 2017²¹.

All'emissione di un *writ of certiorari* mira anche la quarta via di accesso alla Corte suprema. Concerne l'impugnazione delle decisioni di Corti supreme statali in cui rilava il diritto federale o si discute della

²⁰ Cfr. K.G. Crennan, *The Viability of Certification in Federal Appellate Procedure*, in *William & Mary Law Review*, 52, 2011, p. 2025 ss.

²¹ *Success Rate of a Petition for Writ of Certiorari to the Supreme Court*, https://supremecourtpress.com/chance_of_success.html.

compatibilità tra il diritto statale e il diritto federale (28 U.S.C. 1257) [Materiali 1].

Le richieste di emissione di un *writ of certiorari* devono tra l'altro contenere una concisa descrizione della vicenda per la quale si richiede la revisione e l'indicazione delle disposizioni coinvolte, a partire evidentemente da quelle di livello costituzionale (art. 14 Regolamento Corte suprema) [Materiali 2]. Esse sono trasmesse alla Corte suprema settimanalmente, e subito suddivise tra i giudici della Corte i quali le affidano ai loro assistenti (*law clerk*). Questi confezionano un breve memorandum contenente una sintesi del caso e una raccomandazione circa l'esito della richiesta di emissione del *writ*. Il tutto viene vagliato dai giudici della Corte, i quali decidono collettivamente e in caso affermativo avviano il percorso che condurrà all'udienza di discussione della controversia (art. 15 Regolamento Corte suprema).

Il percorso comprende nelle prime fasi la produzione da parte del ricorrente di una memoria scritta in cui illustra le proprie ragioni (*petitioner's brief*). Seguono le controdeduzioni del convenuto (*respondent's brief*), a loro volta seguite da repliche di entrambe le parti (art. 15 Regolamento Corte suprema) [Materiali 2]. Queste sono eventualmente accompagnate da memorie scritte confezionate dagli *amicus curie*: individui o gruppi autorizzati dalla Corte a intervenire nel giudizio non come parti, bensì in quanto mettono in luce «questioni rilevanti non già portate alla sua attenzione dalle parti» (art. 37 Regolamento Corte suprema) [Materiali 2].

Si giunge così all'udienza di discussione della causa (*oral argument*), nel corso della quale le parti sono chiamate a «enfaticizzare e chiarire gli argomenti proposti nelle memorie scritte». La sua durata è di un'ora, equamente suddivisa tra le parti, o meglio tra i loro avvocati e gli avvocati degli *amicus curiae*, con la possibilità di richiedere spazi ulteriori sebbene con anticipo sull'udienza (art. 28 Regolamento Corte suprema) [Materiali 2]. In questo arco temporale ciascuna parte espone le proprie ragioni, venendo però continuamente interrotta dai giudici i quali pongono domande incalzanti attorno alle questioni di diritto inerenti al caso.

All'udienza di discussione della causa segue la sua valutazione da parte dei giudici, i quali a tal fine si riuniscono per confrontarsi dopo aver discusso del caso con i loro assistenti (*Justices' conference*). I giudici si pronunciano nel merito seguendo un rigido ordine gerarchico: si esprimono prima il presidente della Corte e poi via via gli altri giudici a partire da quello con maggiore anzianità nel ruolo. Nello stesso ordine i giudici procedono all'adempimento successivo, ovvero alla vo-

tazione finale da cui discende l'opinione della Corte²². Con la precisazione che si decide a maggioranza, e che in caso di parità, ad esempio per mancanza di un giudice, prevale quanto stabilito dalla corte che ha emesso la decisione impugnata²³.

6. Lo stile della sentenza e la sua pubblicazione

A questo punto non resta che la redazione della decisione, aspetto che ci porta a discutere dello stile delle sentenze di *common law*, e con ciò di un ulteriore riscontro del diverso profilo del giudice tipico di quel sistema rispetto a quello di *civil law*. Sappiamo infatti che il primo non nasconde la propria identità politica, laddove il secondo si rappresenta invece come il mero detentore di un sapere specialistico. Non stupisce dunque se il giudice di *common law* argomenta senza celare le proprie tensioni ideali, mentre il giudice di *civil law* le occulta ricorrendo a espedienti: primo fra tutti quello per cui la sentenza costituisce un atto attribuito alla corte nel suo complesso, la quale decide nel nome del popolo o del diritto o di altre entità utilizzate per accreditare l'immagine della sua neutralità²⁴.

Discende da questo schema la circostanza per cui nelle sentenze di *common law* ciascun membro del collegio usa elaborare una propria soluzione della controversia, detta opinione (*opinion*). Nell'esperienza statunitense questa prassi è stata seguita in passato, quando le sentenze si componevano di opinioni consecutive (*seriatim decision*), ma è stata presto abbandonata perché ritenuta un ostacolo alla individuazione del principio giuridico alla base della soluzione accolta. Da tempo l'orientamento prevalente o eventualmente unanime viene illustrato nella decisione della Corte (*opinion of the court*), che è la prima opinione riportata in quanto opinione maggioritaria (*majority opinion*) o più raramente opinione plurale (*plurality opinion*): l'opinione che ha raccolto il più alto numero di consensi senza tuttavia essere supportata dalla maggioranza dei giudici.

²² Cfr. la sintesi offerta dal sito della Corte suprema: www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-court-procedures.

²³ Il numero dei giudici della Corte suprema viene fissato per legge ed è pari a nove (Judiciary Act del 1869).

²⁴ Cfr. M. Stolleis, *L'occhio della legge. Storia di una metafora* (2004), Roma, 2007, p. 91 ss.

La stesura dell'opinione della Corte viene affidata al membro del collegio scelto dal Presidente della Corte suprema, o eventualmente dal giudice più anziano se il Presidente non condivide l'orientamento in discorso. Di norma essa reca il nominativo del giudice autore dell'opinione, o più raramente degli autori, al quale si aggiungono altri giudici che si riconoscono nel suo tenore. In caso di unanimità può accadere che non si riporti il nome dell'autore dell'opinione, che prende allora il nome di opinione *per curiam*.

È collegata al riconoscimento della rilevanza politica della decisione, ma anche alle dinamiche dell'*overruling*, la circostanza per cui lo stile della sentenza risente complessivamente della volontà di favorire la «trasparenza del processo decisionale»²⁵. Sono invero possibili opinioni dissenzienti da parte dei componenti il collegio che non condividono la soluzione individuata dalla maggioranza (*dissenting opinion*), così come opinioni concorrenti da parte di coloro i quali giungono a quella soluzione passando tuttavia da un diverso percorso argomentativo (*concurring opinion*).

Resta da dire del *syllabus*, ovvero del testo che precede la sentenza vera e propria e il cui confezionamento non spetta ai giudici della Corte suprema. Si tratta di un riassunto della sentenza completato da una ricostruzione di quanto eventualmente avvenuto nei gradi di giudizio precedenti, redatto da funzionari della Corte suprema e concepito per facilitare la lettura della decisione. Per questo motivo il *Syllabus* è privo di valore legale.

Occorre infine considerare il modo particolare di citare le sentenze tipico dei sistemi di *common law*, diverso da quello di sapore più burocratico ricorrente negli ordinamenti di *civil law*. In questi ultimi si fa riferimento alla data della decisione, di norma quella del deposito, che ne determina l'inserimento in un elenco cronologico con attribuzione di un numero identificativo. Nei sistemi di *common law* la sentenza si identifica invece attraverso il nominativo delle parti, indicate secondo il seguente schema: nome del ricorrente e nome del convenuto separati «v.» o «vs» che abbrevia «versus» e significa «contro» (ad esempio: *Marbury v. Madison*).

Il nome delle parti è poi seguito da alcune indicazioni collegate al sistema di pubblicazione delle decisioni della Corte suprema. Compare prima un numero (nel nostro esempio: *Marbury v. Madison*, 5) che in-

²⁵ S. Bagni e M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, in *Trattato di diritto pubblico comparato*, dir. da G.F. Ferrari, Milano, 2021, p. 447 ss.

dica il volume della raccolta ufficiale delle decisioni curata dalla stessa Corte e denominato *United States Reports* in cui la sentenza è pubblicata (*Marbury v. Madison*, 5 U.S.). Infine troviamo la pagina del volume e l'indicazione dell'anno in cui la decisione è stata resa (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)).

7. La Corte suprema al tempo di Trump

Abbiamo evidenziato la dimensione politica dell'attività della Corte suprema, così come la centralità del profilo politico dei suoi membri, e illustrato come entrambe debbano intendersi alla luce del modo di interpretare la tripartizione dei poteri tipica degli ordinamenti di *common law* e in particolare degli Stati Uniti. Questo, però, spiega solo in parte l'effetto dirompente che l'elezione di Donald Trump alla presidenza degli Stati Uniti ha avuto sugli orientamenti espressi negli ultimi anni, che non dipendono unicamente dalla circostanza per cui quest'ultimo ha avuto modo di incidere profondamente sulla composizione della Corte. A produrre un simile risultato hanno concorso anche due innovazioni: una concernente la nomina dei giudici e l'altra relativa al funzionamento del processo.

Per chiarire il primo punto possiamo fare riferimento alle modalità utilizzate per giungere all'attuale composizione della Corte, fino a renderla uno specchio deforme delle sensibilità rappresentate nel Paese: dei nove giudici che ne fanno parte, sei sono di nomina repubblicana e tra questi ben tre sono stati scelti direttamente dal Presidente Trump.

Il primo giudice che questi ha nominato ha sostituito Antonin Scalia: celeberrimo giudice di fede repubblicana scelto da Ronald Reagan e scomparso nel marzo del 2016. Non spettava però a Trump la nomina, bensì al suo predecessore: il democratico Barack Obama in carica sino al gennaio del 2017, che in effetti indicò Merrick Garland come successore. L'ostruzionismo dei Repubblicani al Senato, e più precisamente il loro rifiuto di avviare le audizioni per la sua conferma, ha però consentito di rinviare il tutto al periodo successivo all'insediamento di Trump.

La scelta è così caduta su Neil Gorsuch, la cui nomina nell'aprile 2017 è stata approvata dalla Commissione giustizia del Senato, ma non anche dal plenum. Lì il raggiungimento della maggioranza richiesta, i tre quinti dei Senatori, è stato impedito dall'ostruzionismo democratico (*filibustering*). In effetti il Regolamento del Senato con-

sente ai suoi membri un diritto di dibattere sostanzialmente senza limiti, ovvero fino a quando non viene approvata una mozione di chiusura del dibattito (*cloture*). Questa deve però essere votata da una maggioranza di cui raramente una Amministrazione dispone: due terzi se si discute di modificare il Regolamento del Senato e tre quinti in tutti gli altri casi (art. 12 Regolamento del Senato).

Per uscire dall'impasse i Repubblicani hanno fatto leva su un espediente da tempo utilizzato: la «opzione nucleare» (*nuclear option*), come la chiamano i suoi detrattori, od «opzione costituzionale» (*constitutional option*), nome scelto invece dai suoi sostenitori. Il riferimento è alla possibilità del Presidente del Senato di far votare a maggioranza semplice una modifica di fatto del Regolamento, nello specifico aprendo alla possibilità di approvare a maggioranza semplice la mozione di chiusura del dibattito sulla conferma di un giudice della Corte suprema²⁶. In tal modo è stato vanificato l'ostruzionismo dei Democratici, il che ha consentito a Gorsuch di divenire giudice della Corte suprema e di mantenerne così gli equilibri: cinque giudici di nomina repubblicana su nove.

Va detto a questo punto che i Repubblicani si sono limitati a estendere ai giudici della Corte suprema ciò che i Democratici avevano poco prima conseguito per tutte le altre nomine presidenziali, proprio ricorrendo all'opzione nucleare. Furono questi ultimi a ottenere una corrispondente modifica di fatto del Regolamento del Senato su impulso del Presidente Obama, che nel 2013 volle risolvere così il blocco di numerose nomine in attesa di conferma²⁷. All'epoca vennero esplicitamente escluse dalla modifica le conferme dei giudici della Corte suprema, che ora sono invece interessate dalla riforma di fatto del Regolamento del Senato, con conseguenze determinanti sul loro profilo. Prima dovevano infatti raggiungere un consenso bipartisan e questo induceva i Presidenti a nominare personalità di compromesso e comunque non divisive. Ora che questa necessità è venuta meno, la strada è aperta alla nomina di personalità dichiaratamente di parte e con ciò a una notevole polarizzazione degli orientamenti interni alla Corte.

Comunque sia, con l'elezione di Gorsuch è stata avviata la «rivoluzione conservatrice» e a monte la trasformazione a tal fine della

²⁶ Ad es. D.S. Law e L.B. Solum, *Judicial Selection, Appointments Gridlock, and the Nuclear Option*, in *Journal of Contemporary Legal Issues*, 15, 2006, p. 51 ss.

²⁷ Cfr. E. Slotnick, S. Schiavoni e S. Goldman, *Obama's Judicial Legacy: The Final Chapter*, in *Journal of Law and Courts*, 5, 2017, p. 363 ss.

Corte suprema in una istituzione «imperialista». È invero sempre più impegnata a ottenere il risultato voluto erodendo le prerogative degli altri attori istituzionali: dal Congresso alle autorità amministrative indipendenti, passando per le corti inferiori²⁸.

Il tutto agevolato dalla menzionata possibilità per il Senato di confermare i giudici nominati dal Presidente senza coinvolgere la minoranza, il che spiega la particolare animosità che ha accompagnato le più recenti acquisizioni della Corte: quelle che sono state volute da Trump e si sono perfezionate nel corso del suo primo mandato. Il riferimento è a Brett Kavanaugh, nominato in seguito al ritiro del giudice Anthony Kennedy a sua volta nominato trent'anni prima da Reagan, che dunque non ha alterato in modo significativo gli equilibri della Corte. Diverso il caso di Amy Coney Barrett, che ha sostituito Ruth Bader Ginsburg, scelta da Bill Clinton, a cui si deve l'attuale proporzione tra giudici di nomina repubblicana e giudici di nomina democratica: rispettivamente sei a tre. Proporzione mantenuta durante la Presidenza di Joe Biden, che nel 2022 ha nominato Ketanji Brown Jackson in seguito al ritiro nel 2022 di Stephen Gerald Breyer, nominato da Clinton, quindi senza incidere sul complessivo orientamento della Corte.

Si diceva che al profilo della Corte suprema al tempo di Trump non hanno contribuito solo le innovazioni relative alla nomina dei giudici, bensì anche quelle concernenti il funzionamento del processo in deroga a quanto abbiamo visto essere disposto dal Regolamento. Il riferimento è a ciò che è stato definito in termini di «registro ombra» (*shadow docket*), intendendo con questa espressione le decisioni maturate all'esito di una procedura veloce e semplificata, in assenza di confronto tra le parti coinvolte e soprattutto sostanzialmente prive di motivazione. Decisioni definite «senza merito» per contrapporle a quelle pronunciate all'esito della procedura ordinaria e rese per la risoluzione delle controversie elencate nel «registro del merito» (*merit docket*): il registro in cui peraltro sono formalmente contenute anche le cause decise con modalità semplificate²⁹. Il tutto con ripercussioni che in un ordinamento fondato sul vincolo del precedente sono particolarmente significative: le corti tenute a seguirlo non hanno modo

²⁸ M.A. Lemley, *The Imperial Supreme Court*, in *Harvard Law Review Forum*, 136, 2022, p. 97 ss.

²⁹ W. Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, in *New York University Journal of Law and Liberty*, 9, 2015, p. 1 ss. Anche S.I. Vladeck, *Putting the "Shadow Docket" in Perspective*, in *Harvard Law & Policy Review*, 17, 2023, p. 289 ss.

di identificare il nesso tra il principio di diritto e la situazione di fatto da cui la controversia ha preso le mosse, nesso che come sappiamo costituisce l'essenza della dottrina dello *stare decisis*.

Anche questa prassi, come il ricorso all'opzione nucleare, non è una esclusiva degli ultimi anni. In precedenza il suo utilizzo, nel primo come nel secondo caso, era tuttavia eccezionale, mentre da ultimo si è avviato a divenire la regola. Una regola utilizzata per finalità molto particolari: per sostenere l'agenda politica dell'attuale Amministrazione repubblicana³⁰. E per contribuire così, come con l'uso e l'abuso dell'opzione nucleare, a costruire la Corte suprema a immagine e somiglianza di Trump.

³⁰ R.V. Percival, *The Shadow Docket*, in *Environmental Forum*, 39, 2022, p. 26 ss.

Materiali

1. United States Code – Title 28. Judiciary and judicial procedure

Par. 1251. Original jurisdiction

(a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of all controversies between two or more States.

(b) The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of:

- (1) All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign states are parties;
- (2) All controversies between the United States and a State;
- (3) All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens.

Par. 1253. Direct appeals from decisions of three-judge courts

Except as otherwise provided by law, any party may appeal to the Supreme Court from an order granting or denying, after notice and hearing, an interlocutory or permanent injunction in any civil action, suit or proceeding required by any Act of Congress to be heard and determined by a district court of three judges.

Par. 1254. Courts of appeals; certiorari; certified questions

Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods:

- (1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree;
- (2) By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy.

Par. 1257. State courts; certiorari

(a) Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States...

Par. 1332. Diversity of citizenship; amount in controversy; costs

The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions where the matter in controversy exceeds the sum or value of \$75,000, exclusive of interest and costs, and is between

- (1) citizens of different States;
- (2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state, except that the district courts shall not have original jurisdiction under this subsection of an action between citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state who are lawfully admitted for permanent residence in the United States and are domiciled in the same State;
- (3) citizens of different States and in which citizens or subjects of a foreign state are additional parties...

2. Rules of the Supreme Court of the United States

Rule 10. Considerations governing review on certiorari

Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

- (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;
- (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;
- (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.

Rule 11. Certiorari to a United States Court of Appeals Before Judgment

A petition for a writ of certiorari to review a case pending in a United States court of appeals, before judgment is entered in that court, will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court.

Rule 14. Content of a Petition for a Writ of Certiorari

1. A petition for a writ of certiorari shall contain, in the order indicated:

(a) The questions presented for review, expressed concisely in relation to the circumstances of the case, without unnecessary detail. The questions should be short and should not be argumentative or repetitive. If the petitioner or respondent is under a death sentence that may be affected by the disposition of the petition, the notation "capital case" shall precede the questions presented. The questions shall be set out on the first page following the cover, and no other information may appear on that page. The statement of any question presented is deemed to comprise every subsidiary question fairly included therein. Only the questions set out in the petition, or fairly included therein, will be considered by the Court...

(f) The constitutional provisions, treaties, statutes, ordinances, and regulations involved in the case, set out verbatim with appropriate citation...

2. All contentions in support of a petition for a writ of certiorari shall be set out in the body of the petition... No separate brief in support of a petition for a writ of certiorari may be filed, and the Clerk will not file any petition for a writ of certiorari to which any supporting brief is annexed or appended.

3. A petition for a writ of certiorari should be stated briefly and in plain terms and may not exceed the word or page limitations specified...

4. The failure of a petitioner to present with accuracy, brevity, and clarity whatever is essential to ready and adequate understanding of the points requiring consideration is sufficient reason for the Court to deny a petition.

Rule 28. Oral Argument

1. Oral argument should emphasize and clarify the written arguments in the briefs on the merits. Counsel should assume that all Justices have read the briefs before oral argument. Oral argument read from a prepared text is not favored...

3. Unless the Court directs otherwise, each side is allowed one-half hour for argument... Additional time is rarely accorded...

5. Regardless of the number of counsel participating in oral argument, counsel making the opening argument shall present the case fairly and completely and not reserve points of substance for rebuttal.

6. Oral argument will not be allowed on behalf of any party for whom a brief has not been filed.

7. By leave of the Court... counsel for an amicus curiae whose brief has been filed as provided in Rule 37 may argue orally on the side of a party, with the consent of that party...

Rule 37. Brief for an Amicus Curiae

1. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored...

3. Federalist Paper n. 78 – A. Hamilton, The Judiciary Department

To the People of the State of New York: We proceed now to an examination of the judiciary department of the proposed government...

The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex-post-facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.

Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. As this doctrine is of great importance in all the American constitutions, a brief discussion of the ground on which it rests cannot be unacceptable.

There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid. If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.

Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental...

Capitolo secondo

L'Era Lochner e il New deal

1. L'Era progressista e la limitazione delle libertà economiche

Al principio del Novecento gli Stati Uniti erano immersi nell'Era progressista, gli anni che occupano il primo ventennio del secolo e sono caratterizzati dalla volontà politica di correggere gli eccessi di un abuso delle libertà economiche. Questi eccessi avevano segnato l'ultimo trentennio dell'Ottocento, denominato Età dell'oro, nel corso del quale si è assistito a una impetuosa crescita economica, accompagnata però da un clima di speculazione e corruzione fonte di diseguglianze e conflitti sociali sempre più aspri e diffusi.

Diverse sono state le forme di intervento nell'ordine economico realizzate durante l'Era progressista, promosse dal legislatore federale così come dai legislatori statali. Il tutto interessato da un complesso sistema costituzionale di attribuzione delle competenze, all'origine di controversie tra i fautori di un allargamento delle prerogative federali e i difensori di quelle statali, in massima parte concernenti l'interpretazione della clausola commerciale (*commerce clause*): la disposizione che attribuisce al Congresso la facoltà di «regolare il commercio... fra i diversi Stati» (art. 1 sez. 8)¹.

Gli interventi del livello federale hanno ad esempio condotto a intensificare la lotta ai cartelli tra imprese e ai relativi accordi limitativi della concorrenza, utilizzati entrambi per mantenere elevati i prezzi al consumo, oltre che per alimentare concentrazioni di potere economico

¹ Cfr. E. Mostacci, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Milano, 2018.

capaci di esercitare pressioni indebite sulla politica. Il problema era stato affrontato sul finire dell'Ottocento con una apposita disciplina federale (Sherman Act del 1890), la cui efficacia era stata però piuttosto limitata: il governo federale a cui spettava dare impulso alla sua applicazione era sostanzialmente inerte, mentre i pochi casi in cui ciò avvenne dovettero scontare una notevole prudenza delle corti [*United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895)]. Di qui la scelta di inasprire la disciplina federale con un nuovo provvedimento (Clayton Act del 1914), e di istituire una agenzia federale anch'essa incaricata di svolgere istruttorie volte ad accertare il ricorso a pratiche di concorrenza sleale da parte delle imprese dedite al commercio fra Stati: la *Federal trade commission* (Federal trade commission Act del 1914).

Altri interventi federali hanno riguardato il trasporto ferroviario, centrale nel contesto statunitense in quanto ha consentito acquisizioni fondamentali come l'occupazione delle terre all'ovest prima e lo sviluppo di un mercato federale poi. Tanto che al principio del Novecento, quando la rete venne sostanzialmente completata, le imprese del trasporto ferroviario potevano vantare entrate doppie rispetto a quelle della federazione, e un valore in azioni e obbligazioni quasi dieci volte superiore rispetto al valore del suo debito. Di qui la scelta del legislatore federale di intervenire per riconoscere a una agenzia costituita alcuni anni prima, la *Interstate commerce commission* (Interstate commerce Act del 1887), il potere di determinare il livello delle tariffe considerate ragionevoli ed eque, oltre al potere di sospendere quelle non ritenute tali (Mann-Elkins Act del 1910).

Ovviamente non mancarono interventi volti a impedire gli eccessi delle libertà economiche a danno dei lavoratori, che a livello federale avevano però un raggio di azione limitato: come abbiamo detto, potevano riguardare unicamente vicende rilevanti per il commercio interstatale. Di qui i provvedimenti in materia di sicurezza, salario e orario nel lavoro marittimo (Seamen's Act del 1915), di orario nel lavoro ferroviario (Adamson Act del 1916) e di lavoro minorile limitatamente ai casi in cui i beni prodotti rilevavano per il commercio interstatale (Keating-Owen child labor Act del 1916).

Diverso evidentemente il raggio di azione degli Stati, i quali potevano predisporre efficaci strumenti di tutela dei lavoratori facendo leva sull'esercizio dei cosiddetti poteri di polizia (*police power*).

Questi ultimi non hanno contorni definiti perchè concernono l'esercizio della sovranità in quanto tale, risentendo così delle concezioni di volta in volta fondative della relazione tra sfera politica e sfera economi-

ca. Concezioni inizialmente avallate dalla Corte suprema², che sul finire dell'Ottocento riteneva che i poteri di polizia potessero legittimamente comprendere un novero molto ampio di attività: «promuovere la salute, la pace, la morale, l'educazione e il buon ordine delle persone» e «legiferare in modo tale da incrementare le industrie dello Stato, sviluppare le sue risorse e contribuire alla sua ricchezza e prosperità». Il tutto con il solo limite che l'esercizio dei poteri di polizia non avrebbe potuto condurre a una «legislazione di classe», tale in quanto «discrimina gli uni e favorisce gli altri» [*Barber v. Connolly*, 113 U.S. 27 (1885)].

Le cose cambiarono però con il passaggio al Novecento, quando tra i giudici della Corte suprema divenne maggioritario l'orientamento per cui l'esercizio delle libertà economiche era coperto dalla previsione costituzionale secondo la quale nessuno può essere privato «della libertà o della proprietà se non in seguito a *due process of law*» (5. e 14. emendamento). Quest'ultima espressione è solo parzialmente traducibile con «giusto processo», se non altro perché ha una valenza sostanziale e non meramente procedurale: non concerne cioè le sole modalità con cui i diritti fondamentali sono tutelati dalle corti (*procedural due process*), bensì anche e soprattutto l'indicazione per cui i diritti fondamentali vanno messi al riparo dalle ingerenze del potere legislativo e del potere esecutivo (*substantive due process*)³.

Questo comportò una rilettura dei *police power* statali in forme che misero in evidenza uno scontro concernente il modo di intendere il ruolo dei pubblici poteri nella conformazione del mercato: per la Corte suprema questo doveva essere particolarmente discreto e circoscritto. Il tutto con una intransigenza particolare nei casi in cui le limitazioni delle libertà economiche concernevano la tutela dei lavoratori, che del resto realizzavano quanto già sul finire dell'Ottocento sappiamo essere ritenuto inammissibile: una legislazione di classe. Proprio a questo aspetto era però dedicata una crescente produzione legislativa statale con indicazioni concernenti il contenuto del contratto di lavoro, inclusa la durata della giornata lavorativa o l'esclusione di donne e bambini dallo svolgimento di attività particolarmente usuranti⁴.

² Ad es. J.M. Blayney Jr., *The Term Police Power*, in *Central Law Journal*, 59, 1904, p. 486 ss.

³ Ad es. H. Hovenkamp, *The Political Economy of Substantive Due Process*, in *Stanford Law Review*, 40, 1988, p. 379 ss.

⁴ Per tutti S.J. Wettrick, *The Police Power in Its Application to the Regulation and Limitation of Hours of Labor*, in *The Green Bag*, 21, 1909, p. 375 ss.

2. La Corte suprema contro i panettieri di New York

Rappresenta al meglio l'esercizio dei poteri di polizia in materia di lavoro un provvedimento dello Stato di New York di fine Ottocento dedicato alle panetterie e alle pasticcerie (Bakeshop Act del 1895), poi confluito nella raccolta di leggi statali (cap. 415, art. 8, sez. 110-115 Laws of New York) [Materiali 1].

In quegli anni era normale che un panettiere lavorasse oltre le settanta e talvolta persino oltre le cento ore settimanali. Normale era inoltre che i forni fossero collocati nelle cantine di caseggiati popolari, con soffitti bassi e scarsa ventilazione. Accadeva poi spesso che i panettieri fossero di fatto costretti a dormire nel luogo di lavoro fra il turno serale, dedicato all'impastamento, e il turno mattutino, successivo alla lievitazione e destinato alla formatura e alla cottura. Di qui il provvedimento appena ricordato, con numerose e articolate disposizioni in materia di salubrità del luogo di lavoro, così come dedicate all'orario di lavoro.

Le disposizioni concernenti la salubrità del luogo di lavoro comprendevano fra le altre l'indicazione secondo cui «tutti gli edifici o i locali adibiti alla produzione di biscotti, pane, torte o dolci devono essere dotati di un sistema di scarico e di tubature idrauliche che garantiscano condizioni igieniche adeguate e salubri, e devono essere costruiti con pozzi di aerazione, finestre o tubi di ventilazione sufficienti a garantire la ventilazione». Altre indicazioni riguardavano «ogni locale adibito alla produzione di farina o prodotti alimentari a base di farina», che «deve avere un'altezza minima di otto piedi» ed eventualmente «essere dotato di un pavimento impermeabile in cemento o piastrellato con cemento». Inoltre «ogni panificio deve essere dotato di un bagno e di una toilette adeguati» e «nessuno può dormire in una stanza adibita a locale di cottura»: «i luoghi di riposo per le persone impiegate nel panificio devono essere separati dai locali in cui vengono prodotti o conservati prodotti alimentari a base di farina o cereali».

Particolarmente vincolanti e innovative, ovviamente in relazione al tempo in cui sono state emanate, le disposizioni concernenti l'orario di lavoro, che non doveva superare un limite giornaliero e settimanale: rispettivamente dieci e sessanta ore. Con la precisazione che il mancato rispetto di simili prescrizioni, così come di quelle concernenti la salubrità dell'ambiente di lavoro, costituiva un reato minore (*misdemeanor*), punito con una pena pecuniaria ed eventualmente anche con la reclusione (cap. 415, art. 8, sez. 3841 Laws of New York) [Materiali 1].

Soprattutto la disciplina sull'orario di lavoro nelle panetterie e nelle pasticcerie venne accolta con sfavore dai datori di lavoro, refrattari ad accettare che la relazione di lavoro non fosse considerata una relazione di mercato qualsiasi. Tra le tante controversie alimentate da una simile situazione, una avrebbe avuto conseguenze probabilmente inimmaginabili da parte dei suoi protagonisti: quella che ebbe come protagonista Joseph Lochner, un immigrato tedesco proprietario di una panetteria a Utica, nello Stato di New York.

Le panetterie che si erano adeguate alla disciplina sull'orario avevano dovuto ricorrere a due distinti turni di lavoro: uno per i panettieri addetti all'impastamento e uno per quelli incaricati della formatura e cottura. Lochner aveva invece mantenuto le abitudini diffuse prima dell'intervento legislativo: ricorreva a un unico turno di lavoro, con i panettieri che dopo l'impastamento si riposavano prima di dedicarsi alla formatura e alla cottura. Se non altro le ore di riposo erano considerate ore di lavoro e come tali retribuite, determinando però un deciso sforamento rispetto ai limiti legislativi all'orario di lavoro. Di qui la condanna di Lochner al pagamento di una pena pecuniaria da parte di una corte di primo grado, successivamente confermata in sede di appello.

Fu così che Lochner decise di ricorrere alla Corte suprema federale, che emise una decisione con cui si ribaltava l'esito della controversia [*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) – Materiali 4]. Ritenne invero che la limitazione dell'orario di lavoro di panettieri e pasticceri costituisse un esercizio di poteri di polizia incompatibile con la Costituzione e in particolare con il 14. emendamento, ovvero con il *due process of law* sostanziale. In primo luogo perché comprimeva «il diritto di comprare o vendere lavoro», ovvero «il diritto dell'individuo di concludere i contratti in materia di lavoro ritenuti appropriati o necessari per il supporto di sé e della sua famiglia», da ritenersi «parte della libertà protetta da questo emendamento». E poi perché la limitazione non realizzava alcuna tutela di interessi generali, dal momento che «il pane pulito e sano non dipende dal fatto che il panettiere lavori dieci ore al giorno o solo sessanta ore alla settimana».

Se peraltro la limitazione dell'orario di lavoro dei panettieri non si doveva ammettere in quanto lesiva della loro libertà contrattuale, in via di principio essa poteva essere legittimata dalla necessità di tutelare la loro salute. Anche qui, però, la Corte suprema non rilevò alcun motivo per ritenere che questa dovesse essere la conclusione per la specifica classe di lavoratori presa in considerazione. L'attività del pa-

nettiere, sostennero i giudici, procura non meno danni alla salute di qualsiasi altra occupazione, motivo per cui non si poteva legittimare un esercizio dei poteri di polizia come quello a cui si era dedicato il legislatore dello Stato di New York.

Si noti che la Corte suprema non intese, in tutto ciò, superare una la decisione con cui a fine Ottocento aveva dichiarato la costituzionalità di un provvedimento dello Utah che limitava a otto ore la giornata lavorativa nelle miniere e nelle fonderie [*Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898)]. In quell'occasione si disse che l'interesse statale a limitare la libera determinazione del contenuto della relazione lavorativa ben poteva reggersi sulla rilevanza pubblica della salute dei lavoratori. Questo, però, solo perché quel provvedimento riguardava una specifica categoria di lavoratori bisognosi di tutela, sicché la decisione non poteva essere vista come l'avallo del contenimento dell'orario di lavoro in quanto tale. Inoltre il legislatore dello Utah aveva previsto una «clausola di emergenza», per la quale il limite orario poteva essere superato qualora la vita o la proprietà fossero «minacciate da un pericolo imminente»: cosa che invece non era prevista nella disciplina sull'attività dei panettieri e dei pasticceri nello Stato di New York.

Ma torniamo alla decisione sul caso *Lochner*. Il contrasto tra l'orientamento della Corte suprema e le sensibilità caratterizzanti l'Era progressista appare evidente, e in effetti venne rilevato dalla letteratura dell'epoca, critica con una concezione formalista della libertà contrattuale: la concezione alla base della menzionata riduzione della relazione di lavoro a relazione di mercato qualsiasi. In particolare si denunciava il carattere ideologico della scelta di trascurare il diverso potere contrattuale delle parti: collocarle artificialmente su un piano di parità portava inevitabilmente a rendere il diritto uno strumento volto a sostenere la posizione del contraente forte ai danni del contraente debole. Nello specifico, considerando la sola uguaglianza formale dei contraenti, si finiva per avallare «una concezione giuridica del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro in contrasto con la conoscenza comune»⁵

Anche la politica criticò la decisione della Corte suprema. Per il Presidente Theodore Roosevelt, interventista in economia, il vertice della giustizia federale aveva voluto creare e presidiare uno spazio «che può servire come luogo di rifugio per l'uomo senza legge, e soprattutto l'uomo senza legge di grande ricchezza, che può assumere il miglior

⁵ R. Pound, *Liberty of Contract*, in *Yale Law Journal*, 18, 1909, p. 454 ss.

talento legale per indicargli il modo di tenersi ugualmente distante dalle frontiere incerte dello Stato e del potere nazionale»⁶.

3. L'Era Lochner tra libertà contrattuale, politiche demografiche e pacificazione sociale

Si è detto che la decisione sull'orario di lavoro dei panettieri di New York ebbe conseguenze notevoli. In effetti queste furono tali da ispirare il nome attribuito al trentennio che seguì la decisione e che segnò il trionfo della impostazione seguita dal vertice della giustizia federale. L'Era Lochner fu invero caratterizzata da una ostilità della Corte suprema nei confronti degli interventi legislativi volti alla regolamentazione del mercato, specialmente se motivati dall'intento di tutelare il lavoro. Il tutto facendo leva sul *due process of law* sostanziale, elevato a baluardo posto a difesa delle libertà economiche dall'intervento conformativo dei pubblici poteri⁷. E se vi furono decisioni di altro segno, non fu per tutelare il lavoro e con ciò l'emancipazione dei lavoratori, bensì per assecondare finalità di altro tipo: lo vedremo fra breve.

La tutela delle libertà economiche finì per essere un valore posto al di sopra della tutela del lavoro persino nei casi più odiosi di sfruttamento. Lo ricaviamo in particolare dalla decisione della Corte suprema che sul finire degli anni Dieci dichiarò incostituzionale un provvedimento che abbiamo già incontrato [*Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918)]: la legge federale che aveva vietato, nell'ambito del commercio interstatale, la vendita di prodotti provenienti da stabilimenti nei quali si impiegavano minori di quattordici anni nella fascia notturna o per più di otto ore al giorno (Keating-Owen child labor Act del 1916). L'argomento utilizzato per ottenere un simile risultato ribaltò un orientamento che la Corte aveva maturato a fine Ottocento, quando aveva avallato la competenza federale in materia di commercio interstatale anche nei casi in cui interessava la produzione e non il solo commercio di beni: l'unico aspetto, quest'ultimo, esplicitamente considerato dalla Costituzione (art. 1 sez. 8). La decisione di fine anni Dieci affermava invece che il livello federale non aveva alcuna competenza in materia

⁶ Discorso tenuto a Denver il 29 agosto 1910, cit. da G. Murphy, *Mr. Roosevelt Is Guilty: Theodore Roosevelt and the Crusade for Constitutionalism 1910-1912*, in *Journal of American Studies*, 36, 2002, p. 444.

⁷ M.L. Lindsay, *In Search of Laissez-Faire Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, 123, 2010, p. 55 ss.

di produzione e in particolare di lavoro. Vanificando così lo sforzo del legislatore di disciplinare un fenomeno, come il lavoro minorile, che all'epoca era drammaticamente diffuso e rappresentava al meglio le notevoli disparità che caratterizzavano la società di allora.

La medesima avversione verso la tutela dei lavoratori emerge in una decisione dedicata a una legge federale con cui si fissavano minimi salariali a favore dei minori e delle lavoratrici del District of Columbia, ovvero della Capitale federale (Minimum wage Act del 1918). Con l'occasione i giudici ribadirono la loro scelta per una concezione formale dell'uguaglianza tra le parti di un contratto di lavoro, concezione ritenuta come sappiamo una espressione del *due process of law* sostanziale. In particolare ritennero di trovarsi di fronte a una legge incostituzionale nella misura in cui impediva «alle donne adulte, legalmente capaci di contrarre esattamente come gli uomini», di esercitare la libertà contrattuale, e dunque alle parti di individuare «il prezzo al quale una fornirà il servizio all'altra» [*Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923)].

Si diceva che, sebbene l'Era Lochner fosse caratterizzata da una difesa a oltranza delle libertà economiche da parte della Corte suprema, quest'ultima ha emesso anche decisioni di altro segno, sebbene non ispirate dall'intento di tutelare il lavoro. Vi sono cioè state sentenze che hanno avallato interventi conformativi del mercato, magari produttivi di effetti emancipatori e tuttavia salvati dai giudici solo perché utili a promuovere altri interessi ritenuti meritevoli di tutela⁸.

Esemplare da questo punto di vista una decisione concernente un'ordinanza della città di San Francisco con cui si vietò il lavoro notturno nelle lavanderie, disponendo così in materia di orario dei lavoratori impiegati in quelle attività. L'ordinanza venne ritenuta costituzionale, ovvero un legittimo esercizio di poteri di polizia, ma solo in quanto nelle lavanderie il reparto stireria utilizzava il fuoco e il lavoro notturno avrebbe rappresentato una minaccia per le molte costruzioni in legno tipiche della città, peraltro sovente vessata da disastrosi incendi [*Barbier v. Connolly*, 113 U.S. 27 (1885)].

Stesso discorso per una decisione che, pochi anni dopo il caso Lochner, esaminò una legge dell'Oregon con cui si limitava a dieci ore la giornata lavorativa delle lavoratrici «negli stabilimenti meccanici, o nelle fabbriche o nelle lavanderie». Fu l'occasione per la Corte suprema

⁸ S.M. Soref, *The Doctrine of Reasonableness in the Police Power*, in *Marquette Law Review*, 15, 1930-31, p. 3.

di valorizzare una particolare finalità del limite, identificata con motivazioni che ricordano da vicino affermazioni ricorrenti presso le dittature dell'epoca: proteggere le donne in quanto madri che dovevano essere mantenute «in salute» per contribuire al meglio a promuovere «la forza e il vigore della razza». Di qui la ragionevolezza di un trattamento differenziato rispetto a quello riservato agli uomini, e con ciò un legittimo e anzi opportuno esercizio dei poteri di polizia da parte del legislatore statale [*Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) – Materiali 5].

Dello stesso tenore una decisione di qualche anno successiva, dedicata a una legge della California che limitava l'orario delle lavoratrici a otto ore giornaliere e quarantotto settimanali «negli stabilimenti manifatturieri e meccanici, nel commercio, nelle lavanderie, negli hotel, nei ristoranti, nei posti telegrafici e telefonici o nelle società di trasporto». Anche qui la ragionevolezza della misura risiedeva nella «differenza tra i due sessi e nelle diverse funzioni cui assolvono» [*Miller v. Wilson*, 236 U.S. 373 (1915)].

Ma sono altri i casi in cui la conformazione delle libertà economiche venne ammessa con decisioni della Corte suprema solo indirettamente volte a tutelare il lavoro. Da menzionare in particolare quelle direttamente indirizzate a neutralizzare il conflitto redistributivo imponendo la collaborazione tra capitale e lavoro. Costituisce un buon esempio di questo filone una decisione relativa alla disciplina federale del lavoro nel settore del trasporto ferroviario, con la quale i giudici dichiararono che l'esecutivo aveva il potere, oltre che di determinare la durata della giornata lavorativa ordinaria, anche di imporre un salario minimo. Questo perché la misura aveva un carattere transitorio, ma soprattutto perché era indispensabile a ricomporre un aspro conflitto sindacale scoppiato in piena guerra mondiale e in un settore centrale per il sostegno dello sforzo bellico [*Wilson v. New*, 243 U.S. 332 (1917)].

4. Dalla finanziarizzazione dell'economia alla Grande depressione

A ben vedere anche la fissazione per legge di minimi salariali poteva essere considerata una misura volta a promuovere valori diversi dalla tutela del lavoro. Il sistema industriale statunitense, come dei Paesi occidentali in genere, era oramai divenuto un sistema fondato sulla produzione di massa, che in quanto tale richiedeva un consu-

mo di massa. Quest'ultimo necessitava a sua volta di livelli salariali adeguati, superiori rispetto a quelli che i lavoratori potevano ottenere nell'ambito di un diritto dei contratti fondato sulla parità formale delle parti. Il sostegno al potere di acquisto dei lavoratori, che pure sortiva effetti emancipatori, era insomma anche un modo per sottrarsi alla sovrapproduzione in quanto effetto inevitabilmente riconducibile al funzionamento del capitalismo: modello economico fondato sulla estrazione del valore, ovvero sulla compressione del salario finalizzata alla massima espansione del plusvalore: la differenza tra la retribuzione dei lavoratori e il valore da questi prodotto.

Non fu però questa la strada scelta dalla Corte suprema. Complice l'assoluta rilevanza attribuita alla difesa delle libertà economiche, finì per vanificare le misure intraprese dai legislatori federale e statali volte a incidere in modo determinante sul conflitto redistributivo. Alla conclusione della Prima guerra mondiale questo si era anzi inasprito, se non altro come riflesso dell'esasperato anticomunismo seguito alla Rivoluzione d'ottobre. Di qui la scelta di neutralizzare il conflitto con la sua repressione, attività a cui si dedicò in particolare l'ente federale sorto per combattere la diffusione della criminalità organizzata ai tempi del proibizionismo: il *Federal bureau of investigation* (Fbi). Il risultato fu la condanna al carcere o la deportazione di migliaia di sindacalisti e militanti di estrazione socialista, o semplicemente ritenuti tali.

Ciò nonostante nel corso degli anni Venti si realizzò una robusta crescita economica, e persino una certa crescita salariale, almeno nella misura necessaria e sufficiente a sostenere il consumo di massa, trainato oltretutto da una nuova pratica impiegata per alimentare bisogni in massima parte artificiali: la pubblicità. Tanto che sul finire del decennio il futuro Presidente degli Stati Uniti, il repubblicano Herbert Hoover, affermò in occasione del discorso di accettazione della candidatura che il Paese era oramai vicino «alla vittoria finale contro la povertà»⁹.

La realtà era però molto diversa. Alla crescita economica non era corrisposta una significativa redistribuzione della ricchezza prodotta, dal momento che le rendite finanziarie erano cresciute molto più dei salari, e che i lavoratori dell'industria, dell'agricoltura e dei servizi si trovavano in massima parte a percepire redditi da mera sussistenza. L'indebitamento privato aveva inoltre raggiunto livelli preoccupanti, il che discen-

⁹ Discorso tenuto l'11 agosto 1928, cit. da W. Klein, *American Poverty. Presidential Failures and a Call to Action*, Washington DC, 2013, p. 84.

deva direttamente dal ricorso al credito, la cui diffusione incontrollata venne incentivata da una politica monetaria espansiva, concepita per stimolare il consumo di massa attraverso la vendita a rate. Anche così, la produzione di massa aveva però condotto ad accumulare notevoli eccedenze rispetto alla capacità di assorbimento del mercato.

Ma non è tutto. Nel corso degli anni Venti le imprese si finanziarono in misura crescente attraverso il mercato azionario, che aveva però assunto preoccupanti dimensioni speculative, alimentate dalla menzionata facilità di accesso diffuso al credito. Il valore dei titoli finì così per eccedere ampiamente quello effettivo delle imprese che li avevano emessi, determinando una pericolosa sfasatura tra finanza ed economia reale. Pericolosa e destinata a provocare una catena di vendite di titoli nel momento in cui il mercato avesse dato segnali di un rallentamento e indotto a riconoscere l'effettivo stato di salute delle imprese, ovvero i dati circa la produzione e la vendita di beni piuttosto che gli indici di borsa.

I primi segnali giunsero nel 1926 e riguardarono l'edilizia e le vendite di automobili, oltre che il volume delle esportazioni. Queste ultime calarono soprattutto nel 1928, quando diminuirono sensibilmente i prestiti concessi da Washington ai Paesi la cui bilancia dei pagamenti era in disavanzo a causa del notevole volume di importazioni di merci. Quei Paesi furono così privati delle risorse necessarie a importare e dunque a smaltire la sovrapproduzione statunitense, la cui dimensione iniziò quindi a crescere a dismisura.

Se il sistema reggeva, era solo per l'euforia con cui si continuava ad alimentare il mercato azionario e con esso l'assoluto scollamento tra finanza ed economia reale. Anche l'euforia finì tuttavia per svanire il 29 ottobre 1929, quando la notizia di un rallentamento dell'economia indusse gli operatori di borsa a dismettere titoli con una intensità tale che quel giorno venne ricordato come il giovedì nero di Wall Street, e le sue conseguenze come la Grande depressione. A questa seguirono altre giornate nere, e in definitiva la caduta verticale del valore delle azioni e con ciò il crollo della borsa. Dalla finanza all'economia reale il passo fu decisamente breve: il numero delle banche e delle imprese fallite fu impressionante, così come i livelli di povertà indotti dal tasso di disoccupazione, che nel 1932 arrivò a un quarto della popolazione attiva.

La reazione del Presidente Hoover non fu all'altezza della situazione. Credeva nelle capacità salvifiche del mercato e per questo non accettò di derogare al principio del pareggio di bilancio per finanziare il rilancio dell'economia e alleviare la sofferenza della popolazione

colpita dalla crisi. Adottò solo alcuni interventi di sostegno alle banche e alle imprese, come in particolare quelli realizzati attraverso la *Reconstruction finance corporation*: un ente istituito nel 1932 che poté ottenere qualche risultato soprattutto nel salvataggio degli istituti di credito¹⁰. Per il resto vi furono solo richieste alle imprese di mantenere i livelli salariali e occupazionali del periodo precedente la crisi, oltre che ai lavoratori di sviluppare relazioni industriali cooperative. Da menzionare anche la fondazione di un comitato chiamato a coordinare l'assistenza prestata ai bisognosi dagli enti privati di beneficenza: il *President's emergency committee on employment* istituito nel 1930, la cui assoluta inadeguatezza è ampiamente intuibile¹¹. Il tutto accompagnato dalla violenta repressione del conflitto redistributivo inevitabilmente alimentato da un simile modo di affrontare la crisi, per la quale si fece ampio ricorso all'esercito.

5. Il New deal e la Corte suprema

A queste condizioni non stupisce se le elezioni del 1932 certificarono l'impopolarità di Hoover e premiarono il suo avversario democratico Franklin Delano Roosevelt. Il nome del nuovo Presidente è legato al New deal (nuovo corso): espressione coniata per sintetizzare i termini di un intervento conformativo del mercato comprendente un sistema della sicurezza sociale (Cap. 4 par. 1) e l'esercizio diretto di attività economiche da parte dei pubblici poteri.

Il tutto riecheggiando quanto sostenuto all'epoca da John Maynard Keynes, che pose le basi per una radicale contestazione dei fondamenti dell'economia neoclassica. Questa muoveva dalla capacità del mercato di funzionare autonomamente, con i pubblici poteri incaricati di supportare l'offerta di beni e servizi promuovendo la stabilità monetaria: condizioni ritenute necessarie e sufficienti a ottenere livelli di piena occupazione. L'economista inglese sosteneva al contrario che questa richiedesse politiche redistributive con cui aumentare la disponibilità dei meno abbienti, e politiche monetarie capaci di stimolare investimenti privati. A ciò occorre aggiungere investimenti pubblici in

¹⁰ J.L. Butkiewicz, *The Impact of a Lender of Last Resort during the Great Depression: The Case of the Reconstruction Finance Corporation*, in *Explorations in Economic History*, 32, 1995, p. 197 ss.

¹¹ A.U. Romasco, *The Poverty of Abundance: Hoover, the Nation, the Depression*, New York NY, 1965.

deficit nella misura necessaria e sufficiente a colmare la differenza tra spesa privata e reddito di piena occupazione¹².

Al New deal Roosevelt fece per la prima volta riferimento nel discorso con il quale accettò la designazione a candidato dei democratici. Fu l'occasione per affermare che il governo federale era responsabile del benessere delle persone, e che doveva a tal fine affrontare la Grande depressione promuovendo un nuovo corso. Questo imponeva di intervenire sulla finanza, che aveva creato le basi di una crescita innaturale capace solo di arricchire le imprese e impoverire lavoratori e consumatori. Richiedeva poi di creare posti di lavoro attraverso un vasto programma di opere pubbliche da sovvenzionare attraverso l'emissione di titoli del debito pubblico, oltre che di porre rimedio alla caduta verticale del prezzo dei prodotti agricoli a cui si doveva un drammatico impoverimento dei lavoratori del settore¹³.

A ben vedere il riferimento al nuovo corso costituiva più uno slogan elettorale che non una precisa indicazione di interventi cui orientare la politica economica, e del resto sono in molti a ritenere che il Presidente del New deal non abbia davvero seguito le ricette di Keynes. Detto questo, i provvedimenti adottati furono numerosi e riguardarono tutti gli ambiti di intervento indicati nel discorso appena riferito: agricoltura, occupazione e sicurezza sociale, oltre ovviamente alla finanza. Non li prenderemo però in considerazione nel loro complesso¹⁴, bensì limitatamente a quelli che hanno costituito il fulcro di uno scontro tra il Presidente e la Corte suprema: il primo impegnato a promuovere la sua agenda politica e la seconda a sabotarla nel nome dei valori alla base dell'Era Lochner.

Il primo provvedimento a essere colpito fu il Railroad retirement pension Act del 1934: una legge federale con la quale si decise l'istituzione di un pionieristico sistema pensionistico in ambito privato e in particolare nel settore del trasporto su rotaia, alimentato da contributi di lavoratori e datori di lavoro. Per la Corte il provvedimento violava il *due process of law* sostanziale, e più precisamente la libertà contrattuale, in quanto incideva in modo rilevante sul contenuto della relazione

¹² J.M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936.

¹³ Il discorso è del 2 luglio 1932 ed è pubblicato ad es. in M.A. Cohen, *Live from the Campaign Trail. The Greatest Presidential Campaign Speeches of the Twentieth Century and How They Shaped Modern America*, London, 2011, p. 104 ss.

¹⁴ Per una panoramica ad es. K.K. Patel, *Il New deal. Una storia globale* (2016), Torino, 2018.

di lavoro: imponeva «notevoli futuri oneri non previsti dal contratto» [*Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.*, 295 U.S. 330 (1935)]¹⁵.

Pochi giorni dopo fu il turno di un provvedimento centrale per l'impianto del New deal come il National industrial recovery Act del 1933. Questa legge intendeva promuovere il coordinamento fra imprese e la collaborazione tra lavoratori e datori di lavoro al fine di incentivare incrementi salariali e sostenere così i prezzi al consumo. Lo strumento utilizzato a questi fini erano i «codici di concorrenza leale» (*codes of fair competition*), compilati con il concorso degli operatori dell'industria e del commercio, dei lavoratori e dei consumatori, che il Presidente poteva approvare e quindi rendere vincolanti per il settore di riferimento. In questi codici si sarebbero per un verso fissate le condizioni di accesso al mercato e i prezzi al consumo in deroga alla disciplina antitrust, e per un altro stabiliti livelli salariali, limiti all'orario di lavoro e altre vicende rilevanti per l'incremento della buona occupazione [Materiali 3].

A ben vedere questo provvedimento non sortì l'effetto annunciato. I rappresentanti delle imprese riuscirono infatti a far prevalere i loro interessi e dunque a massimizzare a loro favore le limitazioni della concorrenza, mentre lo stesso non poterono fare i lavoratori: a queste condizioni l'incremento dei livelli salariali e occupazionali venne sostanzialmente annullato dall'aumento dei prezzi. Questo non fu però il solo problema che gli autori del National industrial recovery Act dovettero affrontare, dal momento che anche la Corte suprema contribuì a sabotarlo. Colpì invero il sistema dei codici di concorrenza leale e in particolare la loro approvazione presidenziale come fondamento del loro carattere vincolante: era incostituzionale perché violava il principio della separazione dei poteri in quanto costituiva una delegazione di potere legislativo al potere esecutivo [*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)].

Ma non è tutto. Il National industrial recovery Act venne ritenuto incompatibile anche con il sistema delle competenze federali, che non comprende il commercio di mera rilevanza statale (art. 1 sez. 8 Cost.). Si riproduceva così l'impostazione seguita durante l'Era Lochner al fine di impedire al livello federale di disciplinare i numerosi aspetti

¹⁵ Dello stesso giorno v. anche *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 295 U.S. 555 (1935) e *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

di cui i codici di concorrenza leale potevano occuparsi: in particolare l'orario di lavoro o i livelli salariali¹⁶.

Vi fu infine una decisione della Corte suprema volta a colpire l'Agricultural adjustment Act del 1933, con cui si era promosso un aumento dei prezzi attraverso sussidi ai produttori disposti a limitare le superfici coltivate o il numero dei capi di bestiame allevati. Anche questo provvedimento venne ritenuto incostituzionale in relazione al sistema delle competenze federali, che non comprende la disciplina della produzione agricola [*United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936)].

6. L'impacchettamento della Corte suprema

Altre decisioni confermarono l'ostilità della Corte suprema nei confronti del New deal e dunque l'intenzione di sabotare le politiche economiche della Presidenza [*Carter v. Carter Coal Company*, 298 U.S. 238 (1936)]. Roosevelt decise allora di intervenire con un progetto di riforma della procedura giudiziaria, il Judicial procedures reform Bill del 1937, articolata in modo tale da consentirgli di nominare nuovi membri della Corte suprema e determinare così una maggioranza favorevole al nuovo corso. Di qui il nome attribuito ai propositi del Presidente: «piano per l'impacchettamento della Corte» (*Court-packing plan*).

Sappiamo che la Costituzione non indica il numero dei giudici della Corte e che inoltre prevede la loro nomina a vita, almeno «finché manterranno buona condotta» (Cap. 1 parr. 1 e 5). Ebbene, il piano prevedeva l'attribuzione al Presidente del potere di nominare un nuovo giudice per ciascun membro della Corte in carica da almeno dieci anni e di età superiore ai settanta. Si sarebbe così alterata la composizione dell'organo, nel quale il Judiciary Act del 1869 voleva sedessero nove membri, dopo che in passato il numero dei giudici aveva oscillato tra i sei previsti dal Judiciary Act del 1789 e i dieci indicati dal Tenth circuit Act del 1863.

La riforma non venne accolta come un mezzo giustificato dai fini, che pure erano condivisi da una opinione pubblica complessivamente favorevole al New deal. Vi era in effetti una preoccupazione diffusa per la disinvoltura con cui veniva insidiato un fondamento dell'architettura istituzionale statunitense. Diffuso era poi il fastidio per la strumentalità delle motivazioni addotte dal Presidente, il quale considerava l'incenti-

¹⁶ Ad es. W.T. Pegues e B. Taylor, *The Wage and Hour Law in the Supreme Court*, in *Louisiana Law Review*, 3, 1941, p. 605 ss.

vo al collocamento a riposo dei giudici anziani un contributo all'efficienza del collegio. Secondo la ricostruzione più accreditata, Roosevelt non dovette però insistere nei suoi propositi per ottenere il risultato voluto, dal momento che la semplice minaccia della riforma fu sufficiente a determinare un deciso cambio di rotta. La Corte, comunque meno ostile al New deal di quanto si è soliti ritenere, rinunciò subito a valutare gli interventi eteronomi del livello federale nell'ordine economico e finì dunque per avallare l'agenda politica del Presidente¹⁷.

La decisione con cui venne avviato il nuovo orientamento, e formalmente terminata l'Era Lochner, ha riguardato il Minimum wage Act del 1913: un provvedimento con il quale lo Stato di Washington aveva inteso «esercitare i suoi poteri di polizia» al fine di tutelare le donne e i minori «dalle condizioni di lavoro con effetti perniciosi sulla loro salute e moralità». Di qui l'affermazione che «è illegale assumere lavoratrici in qualsiasi settore industriale... con salari non adeguati al loro sostentamento», e la costituzione di una Commissione del benessere industriale (*Industrial welfare commission*), incaricata di «stabilire questi standard salariali» e dotata dei poteri di imporne il rispetto¹⁸. Il tutto completato dalla precisazione che il mancato rispetto dei minimi salariali costituiva un reato minore (*misdemeanor*) punito con una pena pecuniaria [Materiali 2].

Con questa pronuncia la Corte suprema volle esplicitamente superare l'orientamento, maturato al principio degli anni Venti e riferito poco sopra, secondo cui la fissazione di minimi salariali costituiva una inammissibile soppressione della libertà contrattuale: *Adkins v. Children's Hospital* veniva ora criticata in quanto pronuncia fondata su una errata comprensione del *due process of law* sostanziale. Più precisamente i giudici affermarono che il 14. emendamento non menziona la libertà contrattuale, bensì la libertà *tout court* in quanto valore che non deve intendersi in termini assoluti. Manifestandosi «nell'ambito di un'organizzazione sociale», la libertà ben poteva invero rivelarsi «minacciosa per la salute, la sicurezza, la morale e il benessere delle persone». Di qui la necessità di un intervento correttivo del legislatore, ad esempio per limitare l'orario di lavoro delle lavoratrici, funzionale

¹⁷ Per tutti W.E. Leuchtenburg, *The Origins of Franklin D. Roosevelt's Court-Packing Plan*, in *Supreme Court Review*, 1966, p. 347 ss.

¹⁸ La Commissione per il benessere industriale è stata poco dopo sostituita dal Comitato per il benessere industriale (*Industrial welfare committee*).

a proteggere la loro salute e la loro moralità [*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) – Materiali 7].

Occorre peraltro sottolineare che la Corte non ha inteso con ciò promuovere l'emancipazione delle lavoratrici, o meglio che questa costituisce una sorta di effetto secondario di una misura che mira in prima battuta a perseguire finalità di carattere superindividuale. Spicca tra queste il medesimo obiettivo valorizzato in *Muller v. Oregon*, che sappiamo aver ammesso limiti all'orario delle lavoratrici in quanto funzionali a «preservare la forza e il vigore della razza». Da notare anche una seconda finalità di tipo economico, ovvero l'intenzione di contenere la spesa pubblica: se infatti un lavoratore accetta salari troppo bassi, lo Stato si trova costretto a intervenire per fronteggiare le situazioni di indigenza in cui si sarebbero trovati coloro i quali soccombevano in una «competizione dannosa».

Se poi si consulta la letteratura dell'epoca, e si analizzano le prese di posizione dei fautori del provvedimento del 1913, si aggiungono ulteriori elementi idonei a metterne in luce il suo essere funzionale a perseguire obiettivi diversi dalla emancipazione dei lavoratori. Il provvedimento è stato invero promosso dalla parte moderata del movimento sindacale, e più in genere delle organizzazioni impegnate a risolvere la questione sociale. Organizzazioni tutte interessate a neutralizzare il conflitto redistributivo o comunque a impedire che mettesse a rischio la tenuta del sistema¹⁹. Con ciò interpretando al meglio quanto sostenuto da Stuart Chase, un economista a cui si deve l'espressione New deal: che l'essenza del nuovo corso era rendere il capitalismo compatibile con il perseguimento dell'interesse generale e assicurare così la sua sopravvivenza²⁰.

La decisione che mise fine all'Era Lochner fu seguita da altre pronunce che confermarono la cessazione delle ostilità tra la Corte suprema e il Presidente Roosevelt²¹. Peraltro il New deal non si trovava a vivere un momento felice: aveva consentito di alleviare le conseguenze della Grande depressione, ma non anche di uscirne. Il tutto aggravato dagli effetti della crisi economica del 1937, che venne affrontata con

¹⁹ J.F. Tripp, *Toward an Efficient and Moral Society: Washington State Minimum-Wage Law, 1913-1925*, in *Pacific Northwest Quarterly*, 67, 1976, p. 97 ss.

²⁰ S. Chase, *A New Deal*, New York NY, 1932, p. 240 s.

²¹ In particolare *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937) e *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 (1941). V. anche *Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937) e *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619 (1937).

modalità da cui ricavare conferme circa la riluttanza di Roosevelt ad accettare il modo keynesiano di amministrare l'ordine economico.

Questa situazione portò alla fine del nuovo corso, per un verso incapace di determinare una definitiva uscita dalla crisi, ma per un altro sufficientemente alternativo al tradizionale modo di disciplinare l'ordine economico da risvegliare l'avversione verso una ingerenza dei pubblici poteri reputata eccessiva. Certo, non si sarebbe tornati al passato e tuttavia si sarebbero ammesse le sole deroghe alla tradizione motivate dal proposito di impedire l'autofagia del mercato: l'emancipazione individuale e sociale non poteva costituire una ragione sufficiente per la limitazione delle libertà economiche.

Materiali

1. Laws of New York (1897) – Ch. 415. Labor law

Art. 8. Bakeries and confectionary establishments

Sect. 110. Hours of labor in bakeries and confectionery establishments

No employee shall be required or permitted to work in a biscuit, bread or cake bakery or confectionery establishment more than sixty hours in any one week, or more than ten hours in any one day, unless for the purpose of making a shorter work day on the last day of the week; nor more hours in any one week than will make an average of ten hours per day for the number of days during such week in which such employee shall work.

Sect. 111. Drainage and plumbing of building and rooms occupied by bakeries

All buildings or rooms occupied as biscuit, bread, pie or cake bakeries shall be drained and plumbed in a manner conducive to the proper and healthful sanitary condition thereof, and shall be constructed with air shafts, windows or ventilating pipes, sufficient to insure ventilation. The factory inspector may direct the proper drainage, plumbing and ventilation of such rooms or buildings. No cellar or basement not now used for a bakery shall hereafter be so occupied or used unless the proprietor shall comply with the sanitary provisions of this article.

Sect. 112. Requirements as to rooms, furniture, utensils and manufactured products

Every room used for the manufacture of flour or meal food products shall be at least eight feet in height and shall have, if deemed necessary by the factory inspector, an impermeable floor constructed of cement, or of tiles laid in cement, or an additional flooring of wood properly saturated with linseed oil. The side walls of such rooms shall be plastered or wainscoted. The factory inspector may require the side walls and ceiling to be whitewashed at least once in three months. He may also require the woodwork of such walls to be painted. The furniture and utensils shall be so arranged as to be readily cleansed and not prevent the proper cleaning of any part of a room. The manufactured flour or meal food products shall be kept in dry and airy rooms, so arranged that the floors, shelves and all other facilities for storing the same can be properly cleaned. No domestic animal, except cats, shall be allowed to remain in a room used as a biscuit, bread, pie, or cake bakery, or any room in such bakery where flour or meal product are stored.

Sect. 113. Wash-rooms and closets; sleeping places

Every such bakery shall be provided with a proper washroom and water-closet or water-closet apart from the bake-room, or room where the manufacture of such food product is conducted, and no water-closet, earth-closet, privy or ash-

pit shall be within or connected directly with the bake-room of any bakery, hotel or public restaurant.

No person shall sleep in a room occupied as a bake-room. Sleeping places for the persons employed in the bakery shall be separate from the rooms where flour or meal food products are manufactured or stored. If the sleeping places are on the same floor where such products are manufactured, stored or sold, the factory inspector may inspect and order them put in a proper sanitary condition...

Sect. 384l. Violation of provisions of labor law

Any person who violates or does not comply with... the provisions of article eight of the labor law, relating to bakeries and confectionery establishments, the employment of labor and the manufacture of flour or meal food products therein shall be punished... is guilty of a misdemeanor, and upon conviction shall be punished for a first offense by a fine of not less than twenty or more than one hundred dollars; for a second offense by a fine of not less than fifty or more than two hundred dollars, or by imprisonment for not more than thirty days or by both such fine and imprisonment; for a third offense by a fine of not less than two hundred and fifty dollars, or by imprisonment for not more than sixty days, or by both such fine and imprisonment.

2. Laws of Washington (1913) – Ch. 174. Minimum wages for women

Sect. 1.

The welfare of the State of Washington demands that women and minors be protected from conditions of labor which have a pernicious effect on their health and morals. The State of Washington, therefore, exercising herein its police and sovereign power declares that inadequate wages and unsanitary conditions of labor exert such pernicious effect.

Sect. 2.

It shall be unlawful to employ women or minors in any industry or occupation within the State of Washington under conditions of labor detrimental to their health or morals; and it shall be unlawful to employ women workers in any industry within the State of Washington at wages which are not adequate for their maintenance.

Sect. 3.

There is hereby created a commission to be known as the Industrial Welfare Commission for the State of Washington, to establish such standards of wages and conditions of labor for women and minors employed within the State of Washington, as shall be held hereunder to be reasonable and not detrimental to health and morals, and which shall be sufficient for the decent maintenance of women...

Sect. 17.

Any person employing a woman or minor for whom a minimum wage or standard conditions of labor have been specified, at less than said minimum wage, or under conditions of labor prohibited by the order of the commission; or violating any other of the provisions of this act, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and shall, upon conviction thereof, be punished by a fine of not less than twenty-five dollars (\$25.00) nor more than one hundred dollars (\$100.00).

3. National industrial recovery Act (1933)

*Title I. Industrial recovery**Sect. 3. Codes of fair competition*

(a) Upon the application to the President by one or more trade or industrial associations or groups the President may approve a code or codes of fair competition for the trade or industry or subdivision thereof, represented by the applicant or applicants, if the President finds (1) that such associations or groups impose no inequitable restrictions on admission to membership therein and are truly representative of such trades or industries or subdivisions thereof, and (2) that such code or codes are not designed to promote monopolies or to eliminate or oppress small enterprises and will not operate to discriminate against them, and will tend to effectuate the policy of this title: *Provided*, That such code or codes shall not permit monopolies or monopolistic practices: *Provided further*, That where such code or codes affect the services and welfare of persons engaged in other steps of the economic process, nothing in this section shall deprive such persons of the right to be heard prior to approval by the President of such code or codes. The President may, as a condition of his approval of any such code, impose such conditions (including requirements for the making of reports and the keeping of accounts) for the protection of consumers competitors, employees, and others, and in furtherance of the public interest, and may provide such exceptions to and exemptions from the provisions of such code, as the President in his discretion deems necessary to effectuate the policy herein declared.

(b) After the President shall have approved any such code, the provisions of such code shall be the standards of fair competition for such trade or industry or subdivision thereof. Any violation of such standards in any transaction in or affecting interstate or foreign commerce shall be deemed an unfair method of competition in commerce within the meaning of the Federal Trade Commission Act, as amended; but nothing in this title shall be construed to impair the powers of the Federal Trade Commission under such Act, as amended.

(c) The several district courts of the United States are hereby invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of any code of fair competition approved under this title; and it shall be the duty of the several district attorneys of the United States, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations...

(f) When a code of fair competition has been approved or prescribed by the President under this title, any violation of any provision thereof in any transaction in or affecting interstate, or foreign commerce shall be a misdemeanor and upon conviction thereof an offender shall be fined not more than \$500 for each offense and each day such violation continues shall be deemed a separate offense.

4. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

Mr. Justice Peckham, after making the foregoing statement of the facts, delivered the opinion of the court.

The indictment, it will be seen, charges that the plaintiff in error violated the one hundred and tenth section of article 8, chapter 415, of the Laws of 1897, known as the labor law of the State of New York, in that he wrongfully and unlawfully required and permitted an employee working for him to work more than sixty hours in one week... It is not an act merely fixing the number of hours which shall constitute a legal day's work, but an absolute prohibition upon the employer's permitting, under any circumstances, more than ten hours' work to be done in his establishment. The employee may desire to earn the extra money which would arise from his working more than the prescribed time, but this statute forbids the employer from permitting the employee to earn it.

The statute necessarily interferes with the right of contract between the employer and employes concerning the number of hours in which the latter may labor in the bakery of the employer. The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty of the individual protected by the Fourteenth Amendment of the Federal Constitution... Under that provision, no State can deprive any person of life, liberty or property without due process of law. The right to purchase or to sell labor is part of the liberty protected by this amendment unless there are circumstances which exclude the right. There are, however, certain powers, existing in the sovereignty of each State in the Union, somewhat vaguely termed police powers, the exact description and limitation of which have not been attempted by the courts. Those powers, broadly stated and without, at present, any attempt at a more specific limitation, relate to the safety, health, morals and general welfare of the public. Both property and liberty are held on such reasonable conditions as may be imposed by the governing power of the State in the exercise of those powers, and with such conditions the Fourteenth Amendment was not designed to interfere...

The State therefore has power to prevent the individual from making certain kinds of contracts, and, in regard to them, the Federal Constitution offers no protection. If the contract be one which the State, in the legitimate exercise of its police power, has the right to prohibit, it is not prevented from prohibiting it by the Fourteenth Amendment. Contracts in violation of a statute, either of the Federal or state government, or a contract to let one's property for immoral purposes, or to do any other unlawful act, could obtain no protection from the Federal Constitution as coming under the liberty of person or of free contract. Therefore,

when the State, by its legislature, in the assumed exercise of its police powers, has passed an act which seriously limits the right to labor or the right of contract in regard to their means of livelihood between persons who are *sui juris* (both employer and employee), it becomes of great importance to determine which shall prevail – the right of the individual to labor for such time as he may choose or the right of the State to prevent the individual from laboring or from entering into any contract to labor beyond a certain time prescribed by the State...

It must, of course, be conceded that there is a limit to the valid exercise of the police power by the State. There is no dispute concerning this general proposition. Otherwise the Fourteenth Amendment would have no efficacy, and the legislatures of the States would have unbounded power, and it would be enough to say that any piece of legislation was enacted to conserve the morals, the health or the safety of the people; such legislation would be valid no matter how absolutely without foundation the claim might be. The claim of the police power would be a mere pretext – become another and delusive name for the supreme sovereignty of the State to be exercised free from constitutional restraint. This is not contended for. In every case that comes before this court, therefore, where legislation of this character is concerned and where the protection of the Federal Constitution is sought, the question necessarily arises: is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family? Of course, the liberty of contract relating to labor includes both parties to it. The one has as much right to purchase as the other to sell labor...

The question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract by determining the hours of labor in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State, interfering with their independence of judgment and of action. They are in no sense wards of the State. Viewed in the light of a purely labor law, with no reference whatever to the question of health, we think that a law like the one before us involves neither the safety, the morals, nor the welfare of the public, and that the interest of the public is not in the slightest degree affected by such an act. The law must be upheld, if at all, as a law pertaining to the health of the individual engaged in the occupation of a baker. It does not affect any other portion of the public than those who are engaged in that occupation. Clean and wholesome bread does not depend upon whether the baker works but ten hours per day or only sixty hours a week. The limitation of the hours of labor does not come within the police power on that ground.

No trade, no occupation, no mode of earning one's living could escape this all-pervading power, and the acts of the legislature in limiting the hours of labor in all employments would be valid although such limitation might seriously

cripple the ability of the laborer to support himself and his family. In our large cities there are many buildings into which the sun penetrates for but a short time in each day, and these buildings are occupied by people carrying on the business of bankers, brokers, lawyers, real estate, and many other kinds of business, aided by many clerks, messengers, and other employs. Upon the assumption of the validity of this act under review, it is not possible to say that an act prohibiting lawyers' or bank clerks, or others from contracting to labor for their employers more than eight hours a day would be invalid... The act is not, within any fair meaning of the term, a health law, but is an illegal interference with the rights of individuals, both employers and employees, to make contracts regarding labor upon such terms as they may think best, or which they may agree upon with the other parties to such contracts...

Under such circumstances, the freedom of master and employee to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with without violating the Federal Constitution...

5. *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908)

Mr. Justice Brewer delivered the opinion of the court:

On February 19, 1903, the legislature of the State of Oregon passed an act (Session Laws 1903, p. 148) the first section of which is in these words:

"Sect. 1. That no female (shall) be employed in any mechanical establishment, or factory, or laundry in this State more than ten hours during any one day. The hours of work may be so arranged as to permit the employment of females at any time so that they shall not work more than ten hours during the twenty-four hours of any one day".

Sect. 3 made a violation of the provisions of the prior sections a misdemeanor subject to a fine of not less than \$10 nor more than \$25...

We held in *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, that a law providing that no laborer shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week or ten hours in a day was not, as to men, a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary, and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to his labor, and, as such, was in conflict with, and void under, the Federal Constitution. That decision is invoked by plaintiff in error as decisive of the question before us. But this assumes that the difference between the sexes does not justify a different rule respecting a restriction of the hours of labor...

It is undoubtedly true, as more than once declared by this Court, that the general right to contract in relation to one's business is part of the liberty of the individual, protected by the Fourteenth Amendment to the Federal Constitution; yet it is equally well settled that this liberty is not absolute, and extending to all contracts, and that a State may, without conflicting with the provisions of the Fourteenth Amendment, restrict in many respects the individual's power of contract...

That woman's physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence is obvious. This is especially true when the burdens of motherhood are upon her. Even when they are not, by abundant testimony of the medical fraternity, continuance for a long time on her feet at work, repeating this from day to day, tends to injurious effects upon the body, and, as healthy mothers are essential to vigorous offspring, the physical wellbeing of woman becomes an object of public interest and care in order to preserve the strength and vigor of the race...

Though limitations upon personal and contractual rights may be removed by legislation, there is that in her disposition and habits of life which will operate against a full assertion of those rights. She will still be where some legislation to protect her seems necessary to secure a real equality of right. Doubtless there are individual exceptions, and there are many respects in which she has an advantage over him; but, looking at it from the viewpoint of the effort to maintain an independent position in life, she is not upon an equality. Differentiated by these matters from the other sex, she is properly placed in a class by herself, and legislation designed for her protection may be sustained even when like legislation is not necessary for men, and could not be sustained. It is impossible to close one's eyes to the fact that she still looks to her brother, and depends upon him. Even though all restrictions on political, personal, and contractual rights were taken away, and she stood, so far as statutes are concerned, upon an absolutely equal plane with him, it would still be true that she is so constituted that she will rest upon and look to him for protection; that her physical structure and a proper discharge of her maternal functions – having in view not merely her own health, but the wellbeing of the race – justify legislation to protect her from the greed, as well as the passion, of man. The limitations which this statute places upon her contractual powers, upon her right to agree with her employer as to the time she shall labor, are not imposed solely for her benefit, but also largely for the benefit of all. Many words cannot make this plainer. The two sexes differ in structure of body, in the functions to be performed by each, in the amount of physical strength, in the capacity for long-continued labor, particularly when done standing, the influence of vigorous health upon the future wellbeing of the race, the self-reliance which enables one to assert full rights, and in the capacity to maintain the struggle for subsistence. This difference justifies a difference in legislation, and upholds that which is designed to compensate for some of the burdens which rest upon her...

For these reasons, and without questioning in any respect the decision in *Lochner v. New York*, we are of the opinion that it cannot be adjudged that the act in question is in conflict with the Federal Constitution so far as it respects the work of a female in a laundry, and the judgment of the Supreme Court of Oregon is affirmed.

6. A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935)

Mr. Chief Justice Hughes delivered the opinion of the Court...

Two preliminary points are stressed by the Government with respect to the appropriate approach to the important questions presented. We are told that the provision of the statute authorizing the adoption of codes must be viewed in the light of the grave national crisis with which Congress was confronted. Undoubtedly, the conditions to which power is addressed are always to be considered when the exercise of power is challenged. Extraordinary conditions may call for extraordinary remedies. But the argument necessarily stops short of an attempt to justify action which lies outside the sphere of constitutional authority. Extraordinary conditions do not create or enlarge constitutional power.

The Constitution established a national government with powers deemed to be adequate, as they have proved to be both in war and peace, but these powers of the national government are limited by the constitutional grants. Those who act under these grants are not at liberty to transcend the imposed limits because they believe that more or different power is necessary. Such assertions of extra-constitutional authority were anticipated and precluded by the explicit terms of the Tenth Amendment – “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.

The further point is urged that the national crisis demanded a broad and intensive cooperative effort by those engaged in trade and industry, and that this necessary cooperation was sought to be fostered by permitting them to initiate the adoption of codes. But the statutory plan is not simply one for voluntary effort. It does not seek merely to endow voluntary trade or industrial associations or groups with privileges or immunities. It involves the coercive exercise of the lawmaking power. The codes of fair competition which the state attempts to authorize are codes of laws. If valid, they place all persons within their reach under the obligation of positive law, binding equally those who assent and those who do not assent. Violations of the provisions of the codes are punishable as crimes...

We recently had occasion to review the pertinent decisions and the general principles which govern the determination of this question (*Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U. S. 388). The Constitution provides that “All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives” (Art I, par. 1). And the Congress is authorized “to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution” its general powers (Art. I, 8, par. 18). The Congress is not permitted to abdicate or to transfer to others the essential legislative functions with which it is thus vested.

We have repeatedly recognized the necessity of adapting legislation to complex conditions involving a host of details with which the national legislature cannot deal directly. We pointed out in the *Panama Company* case that the Constitution

has never been regarded as denying to Congress the necessary resources of flexibility and practicality which will enable it to perform its function in laying down policies and establishing standards while leaving to selected instrumentalities the making of subordinate rules within prescribed limits, and the determination of facts to which the policy, as declared by the legislature, is to apply. But we said that the constant recognition of the necessity and validity of such provisions, and the wide range of administrative authority which has been developed by means of them, cannot be allowed to obscure the limitations of the authority to delegate, if our constitutional system is to be maintained.

Accordingly, we look to the statute to see whether Congress has overstepped these limitations – whether Congress, in authorizing “codes of fair competition”, has itself established the standards of legal obligation, thus performing its essential legislative function, or, by the failure to enact such standards, has attempted to transfer that function to others...

We think the conclusion is inescapable that the authority sought to be conferred by par. 3 was not merely to deal with “unfair competitive practices” which offend against existing law, and could be the subject of judicial condemnation without further legislation, or to create administrative machinery for the application of established principles of law to particular instances of violation. Rather, the purpose is clearly disclosed to authorize new and controlling prohibitions through codes of laws which would embrace what the formulators would propose, and what the President would approve, or prescribe, as wise and beneficent measures for the government of trades and industries in order to bring about their rehabilitation, correction and development...

To summarize and conclude upon this point: Section 3 of the Recovery Act is without precedent. It supplies no standards for any trade, industry or activity. It does not undertake to prescribe rules of conduct to be applied to particular states of fact determined by appropriate administrative procedure. Instead of prescribing rules of conduct, it authorizes the making of codes to prescribe them. For that legislative undertaking, par. 3 sets up no standards, aside from the statement of the general aims of rehabilitation, correction and expansion described in section one. In view of the scope of that broad declaration, and of the nature of the few restrictions that are imposed, the discretion of the President in approving or prescribing codes, and thus enacting laws for the government of trade and industry throughout the country, is virtually unfettered. We think that the code-making authority thus conferred is an unconstitutional delegation of legislative power...

7. West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

Mr. Chief Justice Hughes delivered the opinion of the Court.

This case presents the question of the constitutional validity of the minimum wage law of the State of Washington...

The principle which must control our decision is not in doubt. The constitutional

provision invoked is the due process clause of the Fourteenth Amendment, governing the States, as the due process clause invoked in the *Adkins* case governed Congress. In each case, the violation alleged by those attacking minimum wage regulation for women is deprivation of freedom of contract. What is this freedom? The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law. In prohibiting that deprivation, the Constitution does not recognize an absolute and uncontrollable liberty. Liberty in each of its phases has its history and connotation. But the liberty safeguarded is liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals and welfare of the people. Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process. This essential limitation of liberty in general governs freedom of contract in particular. More than twenty-five years ago, we set forth the applicable principle in these words, after referring to the cases where the liberty guaranteed by the Fourteenth Amendment had been broadly described:

"But it was recognized in the cases cited, as in many others, that freedom of contract is a qualified, and not an absolute, right. There is no absolute freedom to do as one wills or to contract as one chooses. The guaranty of liberty does not withdraw from legislative supervision that wide department of activity which consists of the making of contracts, or deny to government the power to provide restrictive safeguards. Liberty implies the absence of arbitrary restraint, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of the community" (*Chicago, B. & Q. R. Co. v. McGuire*, 219 U. S. 549, 219 U. S. 567)... The point that has been strongly stressed that adult employees should be deemed competent to make their own contracts was decisively met nearly forty years ago in *Holden v. Hardy* (169 U.S. 366, 1898), where we pointed out the inequality in the footing of the parties. We said:

"The legislature has also recognized the fact, which the experience of legislators in many States has corroborated, that the proprietors of these establishments and their operatives do not stand upon an equality, and that their interests are, to a certain extent, conflicting. The former naturally desire to obtain as much labor as possible from their employees, while the latter are often induced by the fear of discharge to conform to regulations which their judgment, fairly exercised, would pronounce to be detrimental to their health or strength. In other words, the proprietors lay down the rules and the laborers are practically constrained to obey them. In such cases, self-interest is often an unsafe guide, and the legislature may properly interpose its authority".

And we added that the fact "that both parties are of full age and competent to contract does not necessarily deprive the State of the power to interfere where the parties do not stand upon an equality, or where the public health demands that one party to the contract shall be protected against himself".

"The State still retains an interest in his welfare, however reckless he may be. The whole is no greater than the sum of all the parts, and when the individual

health, safety and welfare are sacrificed or neglected, the State must suffer”.

It is manifest that this established principle is peculiarly applicable in relation to the employment of women, in whose protection the State has a special interest. That phase of the subject received elaborate consideration in *Muller v. Oregon* (208 U. S. 412, 1908), where the constitutional authority of the State to limit the working hours of women was sustained. We emphasized the consideration that “woman’s physical structure and the performance of maternal functions place her at a disadvantage in the struggle for subsistence”, and that her physical wellbeing “becomes an object of public interest and care in order to preserve the strength and vigor of the race”...

There is an additional and compelling consideration which recent economic experience has brought into a strong light. The exploitation of a class of workers who are in an unequal position with respect to bargaining power, and are thus relatively defenceless against the denial of a living wage, is not only detrimental to their health and wellbeing, but casts a direct burden for their support upon the community. What these workers lose in wages, the taxpayers are called upon to pay. The bare cost of living must be met. We may take judicial notice of the unparalleled demands for relief which arose during the recent period of depression and still continue to an alarming extent despite the degree of economic recovery which has been achieved. It is unnecessary to cite official statistics to establish what is of common knowledge through the length and breadth of the land. While, in the instant case, no factual brief has been presented, there is no reason to doubt that the State of Washington has encountered the same social problem that is present elsewhere. The community is not bound to provide what is, in effect, a subsidy for unconscionable employers. The community may direct its lawmaking power to correct the abuse which springs from their selfish disregard of the public interest...

Our conclusion is that the case of *Adkins v. Children’s Hospital* should be, and it is, overruled...

Capitolo terzo

Schiavitù, segregazione ed eguaglianza formale

1. Il discorso giuridico dalla schiavitù istituzionalizzata alla Ricostruzione

Nell'esperienza statunitense, per molto tempo la ricerca del benessere economico si intreccia con la costruzione di gerarchie tra gruppi di individui sulla base della razza, ossia sulla base di caratteristiche – come gli attributi fisici o le provenienze geografiche – arbitrariamente utilizzate come criteri validi per subordinare alcuni gruppi rispetto ad altri. Nel 1837, pronunciandosi a favore di una delle più violente conseguenze di quella costruzione gerarchica, ossia il regime di schiavitù instaurato dal 17. al 19. secolo, un senatore statunitense la giustifica osservando espressamente che «non è mai esistita una società ricca e civilizzata in cui una parte della comunità non vivesse, di fatto, sul lavoro dell'altra»¹.

Il discorso giuridico viene impiegato in molti casi per stabilizzare l'ordine economico e sociale così determinato, mentre risulta adoperato solo episodicamente per promuovere il suo superamento, e con esiti non sempre risolutivi². Al riguardo, le pagine che seguono ripercorrono alcuni momenti cruciali.

In primo luogo, si analizza il processo attraverso il quale la schiavitù fondata su basi razziali viene progressivamente legittimata e poi formalmente abolita per esigenze politiche ed economiche. Poi si confrontano le sentenze che la Corte suprema pronuncia poco prima e poco dopo

¹ J.C. Calhoun, *Speech on the Reception of Abolition Petitions, February 1837*, in Id. (a cura di), *Speeches of John C. Calhoun: delivered in the Congress of the United States from 1811 to the present time*, New York NY, 1843, p. 225.

² C.G. Gonzalez e A.D. Mutua, *Mapping Racial Capitalism: Implications for Law*, in *Journal of Law and Political Economy*, 2, 2022, p. 127 ss.

l'abolizione, per osservare come il vertice della giurisdizione federale in quel torno di anni sia fermo nel promuovere le opzioni interpretative che svantaggiano le istanze degli afroamericani. Ancora, si descrivono i percorsi che portano la Corte a legittimare e poi a scardinare la segregazione razziale, ossia la separazione materiale dei gruppi razziali negli spazi pubblici e privati. Infine si guarda alla stagione del movimento per i diritti civili e al riconoscimento dell'eguaglianza solo formale che ne deriva, e si richiama il percorso incompiuto nella giurisprudenza della Corte in tema di segregazione residenziale come esempio tanto delle trasformazioni realizzate quanto dei limiti persistenti.

È utile dunque partire dal periodo dell'instaurazione delle colonie inglesi nell'odierno territorio statunitense, tra la fine del 16. e l'inizio del 17. secolo. In quegli anni, l'assoggettamento di un altro gruppo identificato su base razziale, quello delle popolazioni native, risulta indebolito dalla drastica decimazione per via delle persecuzioni e delle malattie: di qui l'esigenza di nuova manodopera a basso costo e l'arrivo dei primi prigionieri dall'Africa destinati al lavoro servile, che si fa risalire con approssimazione al 1619 nell'insediamento inglese di Jamestown, in Virginia³.

Proprio l'esperienza della Virginia testimonia la progressiva trasformazione giuridica degli schiavi da soggetti in condizione servile a proprietà pienamente alienabili, su cui grava un vincolo di sottomissione perpetuo e trasmissibile alla progenie. Riguardo a quest'ultimo aspetto, emblematica è la legge del 1662 che in quella colonia sancisce l'ereditarietà dello status servile per linea materna (*Negro womens children to serve according to the condition of the mother*), fissando uno dei principi cardine del sistema schiavistico coloniale.

La legge viene approvata in seguito al clamore suscitato dal caso di Elizabeth Key, deciso dai tribunali della Virginia e confermato dall'Assemblea generale della colonia tra il 1655 e il 1656: Key, figlia di un colono inglese e di una donna africana schiava, ottiene il riconoscimento della propria libertà in ossequio al principio della *common law* secondo il quale lo status giuridico si trasmette per linea paterna, ma la decisione viene percepita come una minaccia alla stabilità del sistema schiavistico perché consente ad altri schiavi con padri liberi di rivendicare la stessa condizione. Di conseguenza, nel 1662 l'Assemblea generale della Virginia approva la legge che codifica il principio secon-

³ A. Reséndez, *The Other Slavery: The Uncovered Story of Indian Enslavement in America*, New York NY, 2016.

do il quale i nuovi nati ereditano lo status della madre (*partus sequitur ventrem*): una svolta che segna la rottura con la tradizione della *common law* e pone le basi giuridiche per la schiavitù razzializzata⁴. Seguono, nel giro di pochi anni, la legge del 1667 che esclude il battesimo come via di emancipazione (An Act declaring the baptisme of slaves doth not exempt them from bondage) e il provvedimento del 1669 secondo cui non deve considerarsi omicidio l'uccisione involontaria di uno schiavo dovuta all'inflizione di pene corporali per ragioni disciplinari (An Act about the casual killing of slaves).

Il processo di codificazione delle regole sulla schiavitù in Virginia culmina nella codificazione schiavista del 1705 (*slave codes*), dove si afferma che tutti coloro che provengono da territori non cristiani e che giungono nella colonia in qualità di servi sono qualificati come schiavi pienamente alienabili, alla stregua di beni qualsiasi; inoltre, la raccolta ribadisce la perpetuità della schiavitù richiamando molti dei principi affermati dalle leggi precedenti. Altrimenti detto, la codificazione del 1705 consolida lo status distinto per gli schiavi e assicura al regime schiavista una legittimazione formale⁵.

L'assetto così delineato dura per diversi decenni, ossia fino al momento in cui le esigenze economiche degli Stati Uniti si trasformano e di conseguenza si supera il bisogno della schiavitù come elemento strutturale e diffuso.

Al momento della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti, nel 1776, quel superamento è ancora lontano, ma sul piano sociale e giuridico se ne intravedono i primi segnali. La schiavitù è legale in tutte le tredici colonie, ma risulta particolarmente radicata ed estesa nelle piantagioni del sud, mentre negli Stati settentrionali si discute di una sua progressiva abolizione: nel 1780, lo Stato della Pennsylvania è il primo tra le ex colonie a inaugurare un percorso normativo di emancipazione con il Gradual abolition Act, consolidando le basi ideologiche e organizzative per l'abolizionismo ottocentesco. Al nord, il primo abolizionismo è favorito in parte dall'influenza moralizzatrice delle comunità religiose, ma soprattutto dalla diversa organizzazione del lavoro, fondata prevalentemente su piccole proprietà agricole, ma-

⁴ S. Turner, *The Invisible Threads of Gender, Race, and Slavery*, in *Black Perspectives*, 13 aprile 2017, in www.aaihs.org.

⁵ R.M. McLaughlin, *The Birth of a Nation: A Study of Slavery in Seventeenth-Century Virginia*, in *Hastings Race and Poverty Law Journal*, 16, 2019, p. 1 ss.

nodopera familiare e lavoro salariato. Queste condizioni rendono la schiavitù meno utile rispetto a quanto avviene per l'economia delle piantagioni del sud, finalizzata all'arricchimento dei grandi proprietari terrieri; anzi, fanno apparire il lavoro schiavile come un insidioso rivale del lavoro salariato⁶. Le diverse esigenze polarizzano in breve tempo le preferenze di politica economica, ad esempio orientando il nord, le cui industrie sono in crescita, a favore dei dazi protettivi, mentre il sud agricolo privilegia il libero scambio, che consente di esportare il cotone delle piantagioni e importare altre merci a basso costo.

I discorsi sull'abolizione non sono però sufficientemente maturi neanche al momento della redazione della Costituzione federale, nel 1787. Di conseguenza il testo costituzionale si trova a incorporare diversi riferimenti alla schiavitù, come la previsione secondo cui ogni schiavo è computato come tre quinti di persona ai fini della rappresentanza politica e della tassazione (*three-fifths compromise*).

Nel 19. secolo il discorso abolizionista si diffonde anche al sud, ma rimane confinato a circoli minoritari e troppe resistenze politiche ed economiche ne ostacolano la validazione⁷. In quella fase, gli equilibri tra interessi dell'economia industriale settentrionale e interessi del latifondo agricolo meridionale divengono sempre più instabili, e si rompono definitivamente in occasione delle elezioni presidenziali del 1860, quando il nord appoggiato dagli Stati di nuova formazione dell'ovest conduce alla vittoria il Repubblicano Abraham Lincoln. Temendo che le politiche federali di Lincoln possano compromettere il proprio modello economico, gli Stati del sud dichiarano la secessione e costituiscono la nazione secessionista denominata Confederate States of America, con capitale a Richmond, in Virginia, contrapposta all'Unione, la cui sede rimane a Washington: questa rottura definitiva scatena la guerra civile e segna l'inizio di una trasformazione radicale che determina anche l'emancipazione degli schiavi, sebbene più come passaggio strategico che come traguardo giuridico egualitario. Nel contesto della guerra civile, l'emancipazione viene infatti utilizzata per indebolire le forze sudiste e avvantaggiare l'Unione, e del resto il

⁶ G. Wright, *Slavery and the Rise of the Nineteenth-Century American Economy*, in *Journal of Economic Perspectives*, 36, 2022, p. 123 ss.

⁷ S. Harrold, *The Abolitionists and the South, 1831-1861*, Lexington KY, 1995.

Proclama di emancipazione del 1863 è adottato come provvedimento militare nell'esercizio dei poteri di comando del Presidente⁸.

La vera e propria abolizione giunge poco dopo la vittoria definitiva dell'Unione, con il 13. emendamento alla Costituzione (1865) che vieta qualsiasi forma di schiavitù e servitù involontaria. Seguono il 14. emendamento (1868), che riconosce la cittadinanza a tutti i nati negli Stati Uniti e impone agli Stati il rispetto del *due process* e della *equal protection*, e il 15. emendamento (1870), che proibisce la discriminazione nel diritto di voto per ragioni di razza, colore o condizione precedente di schiavitù. I tre emendamenti si inseriscono nel periodo che prende il nome di Ricostruzione (da cui, Reconstruction amendments) a indicare sia il processo di materiale reinserimento degli Stati ribelli nell'ordinamento federale sia l'ambizioso progetto di ricostruire su nuove basi l'ordine economico e sociale del Paese integrato, come una «seconda fondazione»⁹.

In parallelo si sviluppa la legislazione federale di rango ordinario. Nel 1866, il Congresso emana il primo Civil rights Act, che garantisce l'eguale accesso ai diritti civili, consentendo anche agli afroamericani di stipulare contratti, agire in giudizio, possedere e trasferire beni «alla stregua dei cittadini bianchi». Con il Civil rights Act del 1871 – conosciuto anche come Ku klux klan Act, in un contesto segnato dalle violenze perpetrate nel sud da gruppi paramilitari come il Ku klux klan per impedire agli afroamericani l'esercizio dei diritti attribuiti con il 14. e il 15. emendamento – viene poi introdotta la disposizione divenuta nota come sezione 1983. Questa, in una prospettiva di sfiducia verso l'amministrazione della giustizia locale, consente di promuovere azioni presso le corti federali nei confronti di chi, agendo in virtù della legge statale, privi una persona dei diritti garantiti dalla Costituzione o dalle leggi federali. E ancora, nel 1875 viene approvato un ulteriore Civil rights Act, che si propone di attuare gli emendamenti 14. e 15. imponendo la parità di trattamento negli spazi pubblici e nelle attività aperte al pubblico «ai cittadini di ogni razza e colore, a prescindere da qualsiasi precedente condizione di servitù».

⁸ P. Finkelman, *Lincoln, Emancipation, and the Limits of Constitutional Change*, in *The Supreme Court Review*, 2008, p. 349 ss.

⁹ E. Foner, *The Second Founding: How the Civil War and Reconstruction Remade the Constitution*, New York NY e London, 2019.

2. Il ruolo della Corte suprema prima e dopo l'abolizione della schiavitù

L'abolizione della schiavitù negli Stati Uniti rappresenta una tappa fondamentale, ma non coincide con la piena emancipazione della popolazione afroamericana, ostacolata dalle disparità di partenza – ad esempio per quanto concerne l'istruzione o le ricchezze accumulate – e dall'indisponibilità della maggioranza bianca ad accogliere nella cittadinanza gli schiavi liberati¹⁰. Le più accese resistenze si registrano al sud, dove si instaura un sistema codificato di sfruttamento che riproduce la subordinazione della schiavitù in termini economici e sociali, per preservare la disponibilità di manodopera a basso costo a favore della classe bianca. Secondo quel sistema, costruito tramite una codificazione speciale (*black codes*) sulla falsariga della precedente codificazione schiavista, gli afroamericani sono costretti a stipulare contratti con datori di lavoro bianchi, e in caso di recesso possono essere arrestati; chi non ha un lavoro stabile può essere multato, arrestato e obbligato a lavorare forzatamente; ancora, sono previste restrizioni agli spostamenti e rilevanti limiti alla possibilità di possedere terre o esercitare alcune professioni. Il Congresso tenta di contrastare le iniziative locali con le già menzionate leggi federali sui diritti civili, ma si scontra con l'opposizione politica e con la giurisprudenza restrittiva della Corte suprema¹¹.

A ben vedere, già prima della guerra civile la Corte nega agli schiavi la possibilità di essere considerati cittadini e di invocare il diritto federale anche solo sul piano formale, e nel periodo successivo limita significativamente l'operatività sostanziale delle conquiste della Ricostruzione. Dal confronto tra la pronuncia in *Dred Scott v. Sandford* [60 U.S. 393 (1857) – Materiali 1] e quella sui *Civil rights cases* [109 U.S. 3 (1883)] emerge la continuità delle posizioni assunte dalla Corte prima e dopo l'abolizione della schiavitù: in entrambi i casi, i giudici privilegiano l'autonomia degli Stati, che favorisce il mantenimento della subordinazione, e ridimensionano le iniziative federali, che ne agevolerebbero invece il superamento.

¹⁰ W.E.B. Du Bois, *Black Reconstruction in America: Toward a History of the Part Which Black Folk Played in the Attempt to Reconstruct Democracy in America, 1860–1880* (1935), New York NY, 2017.

¹¹ R.W. Logan, *The Negro in American Life and Thought: The Nadir, 1877–1901*, New York NY, 1954.

La questione decisa nel 1857, e dunque poco prima della guerra civile, ha come protagonista Dred Scott, uno schiavo che sostiene di aver acquisito lo status di uomo libero dopo essersi recato con il suo padrone nei territori in cui la schiavitù è vietata a seguito del compromesso del Missouri, adottato dal Congresso nel 1820. Quel compromesso riguarda l'ammissione nell'Unione del Missouri, Stato "schiavista" di nuova creazione, bilanciata dall'ingresso dello Stato "libero" del Maine, distaccato dal Massachusetts così da mantenere l'equilibrio numerico al Senato. L'aspetto più rilevante del compromesso, tuttavia, è il riconoscimento espresso del divieto di introdurre la schiavitù nei territori federali del nord-ovest non ancora organizzati in Stati, che ha anche l'effetto di rimarcare la frattura politica e culturale tra nord e sud. Tornato in Missouri dopo i viaggi nei territori liberi, Scott agisce in giudizio per ottenere il riconoscimento della propria libertà e il caso giunge dinnanzi alla Corte suprema.

Nel pronunciarsi sulla questione, la Corte potrebbe limitarsi a seguire la giurisprudenza precedente e dichiarare che Scott avrebbe dovuto rivendicare la libertà mentre si trovava al nord; invece, i giudici colgono l'occasione per approfondirsi in una sentenza estesa e ambiziosa, che travalica di gran lunga il caso concreto e che passa alla storia per la sua severità¹².

In primo luogo, la Corte afferma che nessun afroamericano, schiavo o libero, è legittimato ad agire dinanzi alle corti federali in forza della cittadinanza statunitense riconosciuta dalla Costituzione, perché al momento della redazione della Carta costituzionale gli afroamericani sono considerati «una classe di esseri inferiori e subordinati, che erano stati soggiogati dalla razza dominante e, emancipati o meno, non potevano vantare diritti o privilegi se non quelli che coloro che detenevano il potere e il governo sceglievano espressamente di concedere». L'opinione di maggioranza si ricollega anche alle leggi risalenti al periodo della stesura della Costituzione per confermare che in quel momento si vuole espressamente erigere «una barriera perpetua e invalicabile tra la razza bianca e quella ridotta in schiavitù».

In secondo luogo, andando oltre l'oggetto specifico della controversia, i giudici dichiarano incostituzionale il compromesso del Missouri poiché con esso il Congresso regola territori che non fanno parte dell'Unione al momento della promulgazione della Costituzione, e sui quali, di conse-

¹² D.E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law And Politics*, New York NY, 1978.

guenza, non risulta attribuito al legislatore federale alcun potere esplicito. In questo modo, la Corte sostiene la limitazione dei poteri del governo centrale e promuove ampi margini di autonomia per i singoli Stati.

Ancora, la sentenza rileva che la proibizione creata dal Compromesso costituisce una violazione del diritto di proprietà tutelato dal 5. emendamento, poiché impedisce ai cittadini degli Stati schiavisti di trasferire e detenere i propri schiavi nei nuovi territori: «un atto del Congresso che priva un cittadino degli Stati Uniti della sua libertà o proprietà, semplicemente perché è venuto lui stesso o ha portato la sua proprietà in un particolare territorio degli Stati Uniti, e non ha commesso alcun reato, difficilmente potrebbe avere la dignità di *due process of law*».

Con questa decisione, la Corte suprema in un colpo solo invalida il compromesso legislativo che per oltre trent'anni ha retto l'equilibrio tra Stati liberi e Stati schiavisti, e rafforza la concezione degli schiavi come proprietà pienamente protetta dalla Costituzione. L'approccio è evidentemente influenzato dal clima di tensione che precede la guerra civile, in cui il Paese è diviso e la Corte è dominata da giudici legati alle ragioni sudiste: questi ultimi utilizzano il caso per salvaguardare il sistema schiavista, finendo però per accrescere l'ostilità del nord ed esasperare il conflitto¹³.

Ma anche dopo la guerra civile l'intervento della Corte si orienta verso il contenimento delle politiche di emancipazione e favorisce il consolidarsi del regime di segregazione. Testimonia questa tendenza la sentenza del 1883 divenuta nota come *Civil rights cases*, in cui si riuniscono e si decidono con un'unica pronuncia cinque diversi ricorsi riguardanti la costituzionalità della legge che impone la parità di trattamento nei luoghi aperti al pubblico: il Civil rights Act del 1875.

Il contesto di riferimento è quello della fine degli anni Settanta del 19. secolo, in cui i conservatori del sud riguadagnano il potere politico, si amplia la tolleranza verso la violenza razziale e vengono aggirate molte delle disposizioni sui diritti civili. Ne derivano diverse controverse che riguardano l'esclusione degli afroamericani da luoghi privati aperti al pubblico come alberghi, ristoranti, teatri e treni, e alcune di queste confluiscono nei *Civil rights cases*.

Nel decidere le questioni, la Corte rileva che la *equal protection clause* del 14. emendamento si applica solo ai trattamenti diseguali posti

¹³ P. Finkelman, *The Taney Court (1836-1864): The Jurisprudence of Slavery and the Crisis of the Union*, in C. Tomlins (a cura di), *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, New York NY, 2005, p. 75 ss.

in essere dagli Stati. Più precisamente, nell'opinione di maggioranza la Corte invoca la dottrina dell'azione statale (*state action*) secondo la quale quell'emendamento consente al Congresso di vietare solo gli atti posti in essere dagli Stati o dalle autorità pubbliche con il palese intento di impedire il godimento dei diritti su base razziale; il legislatore federale non può invece incidere sulle condotte dei privati non mediate da interventi pubblici. In aggiunta, la sentenza afferma che l'esclusione dai luoghi privati aperti al pubblico non rientra nel novero dei segni distintivi e delle conseguenze della condizione di schiavitù (*badges of slavery*) che il Congresso è legittimato a eliminare ai sensi del 13. emendamento: dopo meno di un ventennio dall'abolizione, si conclude che il Paese non ha più bisogno di una legislazione pervasiva per la protezione degli afroamericani, e che questi ultimi non possono più essere «i favoriti speciali delle leggi». Da cui la dichiarazione di incostituzionalità del Civil rights Act del 1875.

La decisione sorprende se si considera che i giudici che nel 1883 decidono i *Civil rights cases* provengono in larga misura dal nord e sono nominati da presidenti Repubblicani; tuttavia, per un verso occorre dar conto del mutato clima politico della fine della Ricostruzione, in cui si tende a ricomporre gli equilibri, e per altro verso è utile segnalare che la decisione non fa altro che legittimare le tendenze segregazioniste già diffuse anche al nord. Con l'interpretazione restrittiva adottata in quella sede, la Corte sceglie di preservare le gerarchie sociali esistenti e agevola il regime di segregazione che segna gli Stati Uniti per i successivi settant'anni.

Curiosamente, l'unico dissenso viene redatto da un giudice originario del sud, che per la sua costante opposizione alle sentenze della Corte suprema volte a circoscrivere la portata delle libertà civili viene ricordato come il "grande dissenziente": John Harlan¹⁴. In uno dei passaggi più significativi del dissenso sui *Civil rights cases*, Harlan sostiene che il potere del Congresso di adottare leggi per reprimere le discriminazioni dei privati trova una solida giustificazione nell'intento abolizionista del 13. emendamento, e a tal proposito osserva che l'esclusione dall'accesso a locali e servizi aperti al pubblico non può non annoverarsi tra gli evidenti retaggi dell'oppressione schiavista che il Congresso è legittimato a estirpare. Tuttavia, una lettura così ambiziosa del 13. emendamento trova ostacoli importanti nei rapporti di forza

¹⁴ P. Canellos, *The Great Dissenter: The Story of John Marshall Harlan, America's Judicial Hero*, New York NY, 2021.

concreti e nelle violenze efferate di quegli anni, e un intervento troppo incisivo della giurisprudenza rischia di esacerbare dinamiche già di per sé drammatiche: un esito che, con il senno di poi, risulta essere solo rimandato.

3. La dottrina «separati ma uguali» e la mobilitazione per il suo superamento

Tra le principali conseguenze della posizione adottata dalla Corte suprema all'indomani della Ricostruzione vi è la rapida diffusione delle leggi Jim Crow, così denominate per richiamare lo stereotipo razzista di inferiorità e deformazione grottesca incarnato dall'omonimo personaggio teatrale afroamericano ideato nell'Ottocento. Si tratta di norme statali e locali che in quegli anni consentono – e talvolta impongono – la segregazione su base razziale nelle scuole, nei trasporti e in numerosi spazi pubblici e privati, consolidando il regime giuridico differenziato tra bianchi e afroamericani¹⁵.

La segregazione, in questo contesto, viene presentata come mera separazione e non come concreta subordinazione, così da consolidare i rapporti diseguali esistenti preservando la parvenza della loro legittimità. Con la sentenza *Plessy v. Ferguson* [163 U.S. 537 (1896) – Materiali 2], la Corte suprema conferma la validità di quell'approccio, sancendo espressamente la legittimità costituzionale della segregazione su base razziale purché venga rispettato il principio sintetizzato dall'espressione «separati ma uguali» (*separate but equal*).

La vicenda da cui scaturisce la controversia ha luogo a New Orleans, quando Homer Plessy, cittadino registrato come afroamericano per 1/8 (*octoroon*), viene arrestato per essersi seduto in un vagone riservato ai bianchi. A seguito dell'arresto, Plessy agisce in giudizio per contestare la costituzionalità del Separate car Act della Louisiana, che impone la segregazione nei trasporti ferroviari, evidenziandone il contrasto con il 14. emendamento e in particolare con la *equal protection clause*.

L'istanza differisce dalle richieste alla base dei *Civil rights cases*, perché nel caso in esame la disparità di trattamento non è realizzata attraverso il comportamento di un privato, bensì tramite un atto normativo del legislatore statale, dunque si può applicare il 14. emendamento che, secondo l'interpretazione data dalla Corte, vincola solo l'azione

¹⁵ C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow*, New York NY, 1955.

degli Stati. Il requisito dell'azione statale è però condizione necessaria ma non sufficiente: affinché il 14. emendamento risulti violato, occorre altresì dimostrare che la segregazione realizzata da quella legge costituisce di per sé una pratica vessatoria e diseguale.

Il caso giunge alla Corte suprema, che respinge il ricorso affermando che la segregazione razziale non può considerarsi in contrasto con la disposizione costituzionale sull'eguaglianza se i servizi forniti sono formalmente equivalenti. La Corte sostiene la propria posizione screditando l'argomento secondo cui la separazione forzata impone agli afro-americani un marchio d'inferiorità, e osserva che un simile stigma non deriva dalla legge in sé, bensì eventualmente dal significato che la popolazione afroamericana sceglie di attribuirle. La decisione, del resto, è in piena continuità rispetto all'orientamento ideologico che contraddistingue la giurisprudenza dell'Era *Lochner*, improntata a una concezione rigidamente formale dell'eguaglianza e delle libertà (Cap. 2 parr. 1 e 2).

John Harlan scrive nuovamente come unico giudice dissenziente nel caso *Plessy*, ribadendo l'incompatibilità della segregazione razziale con la Costituzione, questa volta alla luce del 14. emendamento e del principio di eguaglianza. Secondo Harlan, l'idea che la separazione possa coesistere con l'eguaglianza è illusoria, poiché la segregazione imposta dalla legge perpetua di fatto la condizione di inferiorità degli afroamericani. Per sostenere la propria posizione, il giudice utilizza un argomento particolarmente ambizioso, destinato a diventare celebre tanto quanto il principio «separati ma uguali» che si propone di smentire: egli afferma che la Costituzione statunitense è cieca davanti al colore della pelle («*our Constitution is color-blind*») e non conosce né tollera distinzioni di classe tra i cittadini.

L'opinione di Harlan, rimasta isolata per decenni, diviene un riferimento centrale nelle battaglie per i diritti civili del 20. secolo, sebbene con declinazioni diverse che rispecchiano le trasformazioni del dibattito sulla subordinazione razziale. L'idea della Costituzione *color-blind* viene dapprima usata come strumento progressista per smantellare la segregazione, ma poi è riletta come ostacolo e trappola conservatrice, capace di delegittimare le politiche di favore e le azioni positive che mirano a correggere le disuguaglianze strutturali (Cap. 5 parr. 2 e 3)¹⁶.

¹⁶ I.F. Haney López, "A Nation of Minorities": Race, Ethnicity, and Reactionary Colorblindness, in *Stanford Law Review*, 59, 2007, p. 985 ss.

Peraltro, quelle battaglie risultano diffuse già all'indomani della guerra civile, e trovano proprio nel caso *Plessy* una prima rilevante espressione. La causa viene infatti promossa da un comitato di cittadini afroamericani di New Orleans (il *Citizens' committee to test the constitutionality of the Separate car Act*) sostenuto anche da alcuni attivisti progressisti bianchi, con l'intento di predisporre un caso pilota per contestare la legittimità costituzionale della legge della Louisiana. L'iniziativa è pianificata nei dettagli, e dimostra che già alla fine dell'Ottocento vengono sperimentate forme di contenzioso strategico, ossia di azione in giudizio che mira a produrre effetti ulteriori rispetto alla soluzione del singolo caso e alla tutela degli interessi individuali, poiché mette in discussione assetti normativi e istituzionali più ampi e si propone di realizzare mutamenti strutturali. In quel momento storico, dinnanzi agli ostacoli posti agli afroamericani nella partecipazione ai processi politici e, di conseguenza, nella traduzione delle loro istanze entro i comuni canali legislativi, il contenzioso opera come valido strumento per contestare la legittimità dell'oppressione ed evidenziarne le incongruenze di fondo rispetto a quanto proclamato nell'età della Ricostruzione.

Di questo aspetto si rende conto, pochi anni dopo il caso *Plessy*, anche la *National association for the advancement of colored people* (Naacp), organizzazione fondata nel 1909 a New York come alleanza tra attivisti afroamericani e bianchi progressisti in risposta all'oppressione razziale e alla segregazione. Tra i membri figurano personalità di rilievo come W.E.B. Du Bois, celebre intellettuale e attivista afroamericano, autore di opere fondamentali sulla condizione razziale negli Stati Uniti; Mary White Ovington, giornalista impegnata nelle battaglie per i diritti civili e l'eguaglianza di genere; Moorfield Storey, giurista noto per il suo impegno contro la segregazione e l'imperialismo; e Ida B. Wells, pioniera del giornalismo investigativo nata schiava in Mississippi e liberata dopo la guerra civile. A partire dagli inizi del 20. secolo, l'organizzazione si impegna per denunciare e combattere le pratiche più violente dell'era successiva alla Ricostruzione, dai linciaggi alle restrizioni del diritto di voto¹⁷.

Con il tempo, la Naacp si amplia a livello nazionale e istituisce un forte braccio legale, il *Legal defense and educational fund* (Ldf) ideato da Charles Hamilton Houston, giurista formatosi ad Harvard e docente alla Howard University, storica università di afroamericani fondata

¹⁷ P. Sullivan, *Lift Every Voice: The Naacp and the Making of the Civil Rights Movement*, New York NY, 2009.

nel 1867. Dal 1934, Houston coinvolge nelle attività della Naacp un brillante allievo della Howard, Thurgood Marshall, che diviene il primo direttore del Ldf al momento della sua fondazione nel 1940.

È proprio il Ldf a elaborare una strategia giudiziaria di successo volta a smantellare il principio «separati ma uguali» sulla base della *equal protection clause* del 14. emendamento, attaccando inizialmente la segregazione nell'istruzione superiore, dove le disuguaglianze sono più evidenti e facilmente dimostrabili.

Anzitutto, accogliendo un'istanza promossa dal Ldf, la Corte suprema obbliga l'Università del Missouri a istituire scuole post-universitarie di giurisprudenza (*law school*) accessibili agli afroamericani e sufficientemente strutturate, osservando che l'eguaglianza non può essere soddisfatta con soluzioni surrogate [*Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938)]. Tuttavia, a distanza di un decennio, l'azione del Ldf si rende nuovamente necessaria per far ribadire dalla Corte l'obbligo di fornire l'istruzione giuridica agli afroamericani. Questa volta il contenzioso coinvolge l'Università dell'Oklahoma, che esclude una studentessa afroamericana dall'unica scuola pubblica di giurisprudenza presente nello Stato poichè riservata esclusivamente ai bianchi [*Sipuel v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 332 U.S. 631 (1948)].

Successivamente, il Ldf convince la Corte a invalidare le resistenze dell'Università del Texas, poichè quest'ultima rifiuta le iscrizioni degli studenti afroamericani alla propria scuola di giurisprudenza affermando che la Costituzione statale proibisce espressamente l'istruzione integrata [*Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950)]. Anche in questo caso, la Corte suprema ammette che la segregazione nell'istruzione superiore viola il 14. emendamento, ma non giunge a superare espressamente il precedente *Plessy*. Nello stesso giorno, e in un caso analogamente sostenuto dal Ldf, i giudici accolgono le istanze di un dottorando afroamericano dell'Università dell'Oklahoma, osservando che le condizioni di segregazione interna a cui è sottoposto – banchi separati, tavoli distinti in mensa, aree riservate e orari limitati in biblioteca – sono incompatibili con la possibilità paritaria di partecipare alla vita accademica e di beneficiare delle interazioni con docenti e colleghi, elementi essenziali per un percorso di studi avanzato [*McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950)].

4. La sentenza Brown

Le azioni vittoriose promosse dalla Naacp mettono in crisi la tenuta del principio «separati ma uguali» finché il percorso di iniziative mirate e incrementalmente trova il suo compimento emblematico nella decisione della Corte suprema in *Brown v. Board of Education of Topeka* [347 U.S. 483 (1954) – Materiali 3], che Thurgood Marshall cura in qualità di principale avvocato delle famiglie afroamericane attrici.

Senz'altro, le ragioni che portano il quadro giuridico segregazionista a incrinarsi sono molteplici e interdipendenti: oltre al contenzioso strategico si è soliti richiamare il mutato contesto sociale e politico del dopoguerra, e con esso l'esigenza di far fronte al più ampio e acceso scontro ideologico ed economico della Guerra fredda, sebbene l'impatto concreto di quest'ultima esigenza risulti quantomeno dibattuto¹⁸. Ad ogni modo, se la sentenza *Plessy* viene ricordata come una delle più ignobili pagine della giurisprudenza della Corte suprema statunitense¹⁹, la menzionata decisione che ne determina l'*overruling*, *Brown v. Board of Education of Topeka*, viene celebrata come uno dei momenti più alti della sua produzione giuridica e come pietra miliare nel processo di affermazione dei diritti civili nel Paese²⁰.

Il caso *Brown* riguarda nello specifico la segregazione scolastica, vigente fino alla metà del 20. secolo soprattutto al sud: agli alunni afroamericani è imposto di frequentare istituti separati rispetto a quelli riservati ai bianchi, formalmente equivalenti ma in realtà profondamente diseguali per qualità delle strutture, delle risorse e delle opportunità educative. La causa che dà il nome al procedimento proviene precisamente dalla città di Topeka in Kansas, dove Oliver Brown, padre di una bambina afroamericana, Linda Brown, contesta il rifiuto all'ammissione della figlia da parte di una scuola elementare riservata ai bianchi, poiché la costringe a frequentare un istituto per afroamericani più distante e di qualità inferiore. Il ricorso di Brown, riunito con altre azioni presentate da famiglie di afroamericani, chiede dunque alla Corte suprema di ri-

¹⁸ G. Briker e J. Driver, *Brown and Red: Defending Jim Crow in Cold War America*, in *Stanford Law Review*, 74, 2022, p. 447 ss.

¹⁹ A.R. Amar, *Plessy v. Ferguson and the Anti-Canon*, in *Pepperdine Law Review*, 39, 2011, p. 75 ss.

²⁰ M. Tushnet, *The Significance of Brown v. Board of Education*, in *Virginia Law Review*, 80, 1980, p. 173 ss.

pensare la propria posizione sulla legittimità costituzionale della segregazione nell'istruzione pubblica alla luce del 14. emendamento.

Il contesto, già segnato dalle aperture giurisprudenziali menzionate, viene ritenuto sufficientemente propizio affinché l'istanza possa essere accolta con un'opinione unanime. Questa riconosce che la separazione nelle scuole pubbliche è di per sé incompatibile con la *equal protection clause* del 14. emendamento, a prescindere da elementi e situazioni specifiche, poiché produce un senso di inferiorità negli studenti afroamericani e compromette il loro pieno sviluppo personale e civico.

Per sostenere questa posizione, si osserva innanzitutto che non è possibile determinare con certezza quale sia stata l'intenzione dei redattori del 14. emendamento rispetto alla questione della segregazione scolastica e che, ad ogni modo, non è compito della Corte «far tornare indietro l'orologio».

Un primo elemento rilevante della sentenza è dunque la rinuncia a qualsiasi tentativo di motivare l'esito affermando che esso è coerente con la storia statunitense o con i precisi intenti del legislatore. Del resto, è ben noto che in quella storia e in quegli intenti si rinvergono molti riferimenti favorevoli alla produzione e alla legittimazione dello stato di inferiorità degli afroamericani²¹. Si sceglie invece di spostare l'attenzione sulle trasformazioni più recenti nella giurisprudenza della Corte stessa, e lo si fa ripercorrendo i precedenti che riconoscono la necessità di desegregare l'istruzione. Questa scelta ha due effetti rilevanti: da un lato, disegna un quadro di riferimento che è compatibile con il percorso argomentativo tracciato e può rafforzarne le conclusioni; dall'altro, ha anche l'effetto di spostare l'attenzione sulla concretezza del problema e sull'attualità delle sue implicazioni.

Una volta richiamate le trasformazioni più recenti, infatti, si afferma che l'interpretazione della *equal protection clause* deve tenere conto del ruolo che l'istruzione segregata assume nella società contemporanea: il ruolo di salvaguardia di una cittadinanza diseguale. Giungiamo dunque al secondo elemento di interesse della sentenza *Brown*, ossia l'attenzione posta sul rapporto tra istruzione e cittadinanza. La Corte afferma, infatti, che l'istruzione pubblica è la funzione più importante svolta dallo Stato e dagli enti locali, poiché costituisce la preconditione per l'esercizio effettivo dei diritti e per l'assunzione, da parte di ciascuno, delle pro-

²¹ R. Turner, *On Brown v. Board of Education and Discretionary Originalism*, in *Utah Law Review*, 2015, p. 1143 ss.

prie «responsabilità pubbliche basilari». Come sottolinea la decisione, tra queste ultime vi è anche il servizio militare. La sentenza combina così la tensione egualitaria con gli interessi della comunità politica, e la conseguenza logica del ragionamento è di agevole intuizione: negare un'istruzione integrata significa compromettere anche l'integrità dell'ordine sociale ed economico, minandone le condizioni di stabilità.

A conferma delle conseguenze negative che la segregazione può avere tanto sugli individui quanto sulla comunità tutta, la Corte richiama diversi studi condotti nell'ambito delle scienze sociali, tra cui una nota ricerca degli anni Quaranta che spiega come le disparità razziali non siano il risultato di differenze naturali tra i gruppi, bensì l'esito di meccanismi sociali che si autoalimentano, poiché producono lo svantaggio e poi lo giustificano dichiarando che è innato²².

Il richiamo a studi esterni e di carattere interdisciplinare costituisce in effetti un terzo elemento di interesse in *Brown*. Suggerisce che l'eguaglianza costituzionale non può essere accertata se ci si concentra su parametri solo formali, come l'equivalenza delle condizioni in astratto o il rispetto delle retoriche di neutralità. Risulta invece molto utile guardare agli studi che si interessano delle vicende sociali in concreto, per verificare se quel principio è rispettato. Procedendo nel modo indicato, la Corte rileva che le evidenze della segregazione nell'istruzione scolastica forniscono i riscontri più chiari del fatto che quella pratica è del tutto incompatibile con l'eguaglianza: nel separare nettamente le esperienze formative, essa non si limita a riflettere l'inevitabilità di una cittadinanza divisa, ma contribuisce attivamente a creare e legittimare l'inferiorità di alcuni gruppi rispetto ad altri.

A plasmare il contenuto della sentenza in *Brown* contribuisce anche la volontà del *Chief justice* Earl Warren di trovare una posizione unanime all'interno della Corte suprema. Consapevole del carattere altamente divisivo della questione e della portata rivoluzionaria di quell'*overruling*, Warren ritiene che un'opinione maggioritaria ma frazionata rischi di indebolire l'autorità della sentenza e di offrire spazio per giustificare resistenze o rinvii nell'attuazione: la ricerca di un consenso unanime ha pertanto una valenza non solo giuridica, ma anche politica e istituzionale, per conferire alla pronuncia la massima legittimazione possibile e rafforzarne il carattere vincolante. Anche per via

²² G. Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*, New York NY, 1944.

della necessità di convincere giudici con visioni contrapposte, la sentenza si attesta su uno stile sobrio e relativamente conciso, evitando argomentazioni eccessivamente ambiziose.

La portata innovativa della sentenza si scontra però con resistenze culturali ancora molto diffuse e dunque la sua attuazione viene rinviata in molte aree del Paese, per questo la Corte suprema si pronuncia nuovamente sulla desegregazione scolastica nel caso *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)* [349 U.S. 294 (1955)] sollecitandone l'attuazione con «tutta la deliberata rapidità».

L'ambiguità della formula utilizzata consente ulteriori elusioni, soprattutto da parte degli Stati del sud che adottano ampie strategie di contrasto per impedire o ritardare l'integrazione scolastica (*massive resistance*) e ne deriva un lungo periodo di conflitto politico e sociale, caratterizzato da episodi di aperta disobbedienza alle decisioni federali in cui riecheggiano le posizioni emerse poco prima della guerra civile. Esemplifica quest'ultima tendenza il ricorso degli Stati alle teorie della *nullification* e della *interposition*, con cui si rivendica la prerogativa di dichiarare invalidi i provvedimenti federali ritenuti in contrasto con la Costituzione o di impedirne l'applicazione sul proprio territorio²³, ma la Corte suprema rigetta le pretese legate a quelle teorie e richiama anche il precedente *Marbury v. Madison* (Cap. 1 par. 2) per ribadire la supremazia del proprio ruolo interpretativo [*Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958)].

5. Dal movimento per i diritti civili all'eguaglianza formale

Gli ostacoli all'attuazione di *Brown* mostrano al Paese intero che le sole vie giudiziarie non sono sufficienti a garantire l'integrazione. Anche per queste ragioni, a partire dalla metà degli anni Cinquanta il movimento per i diritti civili (*civil rights movement*) si estende a forme di mobilitazione sociale e culturale sempre più ampie, culminando in iniziative di disobbedienza civile nonviolenta. Tra queste, le più celebri sono senz'altro il boicottaggio degli autobus di Montgomery, in Alabama, innescato dall'arresto di Rosa Parks, l'occupazione dei posti riservati ai bianchi nei ristoranti ancora segregati (*sit-in*), l'uso delle

²³ M. Golub, *Remembering Massive Resistance to School Desegregation*, in *Law and History Review*, 31, 2013, p. 491 ss.

aree e delle strutture riservate ai bianchi nei trasporti (*freedom rides*), e le grandi marce guidate da Martin Luther King²⁴.

La contestazione pacifica della segregazione viene accolta da violenze, arresti e aggressioni, ottenendo grande attenzione mediatica e costringendo di conseguenza l'Amministrazione di John Fitzgerald Kennedy, insediata nel 1961, a intervenire per far cessare la repressione e far rispettare gli obblighi di desegregazione indicati dalla Corte suprema. Tuttavia, il Presidente Kennedy mantiene un approccio cauto per evitare l'ostilità del suo partito, quello dei Democratici, che a partire dalle politiche del New deal ha ricevuto forti critiche interne ma è rimasto dominante negli Stati del sud, il cui elettorato prende il nome di sud compatto (*solid south*): l'Amministrazione cerca di bilanciare il rispetto delle sentenze con la necessità di non alienarsi il sostegno elettorale al sud e rinvia l'assunzione di una posizione apertamente riformatrice.

Parallelamente, la vittoria in *Brown* consacra il contenzioso strategico come motore del cambiamento costituzionale, e riconosce la Naacp come attore centrale del movimento per i diritti civili, ma quest'ultima diviene ben presto oggetto di accese campagne di delegittimazione condotte anche attraverso cause mirate che giungono dinnanzi alla Corte suprema.

In quelle occasioni la Corte si pronuncia per lo più a favore dell'organizzazione. Ad esempio, dichiara incostituzionale la pretesa delle autorità statali di ottenere gli elenchi dei membri della Naacp, riconoscendo che tale richiesta avrebbe un effetto intimidatorio e repressivo sulla libertà di associarsi [*Naacp v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958)] e ancora più esplicita è la pronuncia con la quale la Corte afferma che l'attività di patrocinio legale svolta dall'organizzazione costituisce una forma di espressione politica non soggetta a restrizioni poiché tutelata dal 1. e dal 14. emendamento [*Naacp v. Button*, 371 U.S. 415 (1963)].

A questo filone occorre aggiungere anche un'altra decisione, che non coinvolge direttamente la Naacp ma conferma che i diversi fattori convergenti di quegli anni consentono lo sviluppo di una giurisprudenza favorevole all'espressione pacifica del dissenso in contesti ostili. Il caso di specie [*Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229 (1963)] riguarda l'arresto e la condanna per disturbo della quiete pubblica a carico di un gruppo di studenti afroamericani coinvolti in una manifestazione pacifica contro la segregazione razziale a Columbia, ca-

²⁴ T. Branch, *Parting the Waters: Martin Luther King and the Civil Rights Movement, 1954-63*, New York NY, 1988.

pitale della Carolina del Sud: in quella occasione, la Corte suprema dichiara che la protesta non violenta costituisce una dimensione essenziale della libertà di espressione e di riunione, non censurabile per il solo fatto di aver sollecitato il dibattito pubblico ed anzi funzionale esattamente a quest'ultimo esito.

Le dichiarazioni della Corte non implicano però rilevanti mutamenti delle relazioni sostanziali, dal momento le gerarchie razziali consolidate continuano a essere riprodotte soprattutto in via informale. Ad esempio, nel 1978 si registra ancora che in parità di condizioni economiche o di età gli afroamericani hanno meno probabilità rispetto ai bianchi di ottenere un mutuo per l'acquisto della prima casa²⁵.

Il piano delle esclusioni informali, del resto, non viene intaccato dalle misure di Lyndon B. Johnson, che dopo l'assassinio del Presidente Kennedy succede a quest'ultimo e assume il rischio politico di rompere con la tradizione del sud. In primo luogo, Johnson porta a termine il processo di approvazione del Civil rights Act del 1964, ossia la legge che vieta le discriminazioni basate su razza, colore, religione, sesso o origine nazionale in molteplici ambiti: nell'accesso ai luoghi pubblici (Titolo 2), nell'istruzione (Titolo 4), nei programmi e nelle attività che ricevono finanziamenti federali (Titolo 6) e sul posto di lavoro (Titolo 7). Nel 1965, Johnson raggiunge un ulteriore traguardo cruciale con l'approvazione del Voting rights Act, che vieta disparità di trattamento arbitrarie in materia elettorale, e nel 1967 nomina l'avvocato di spicco del caso *Brown*, Thurgood Marshall, come nuovo giudice della Corte suprema: Marshall diventa il primo afroamericano a far parte dell'organo di vertice della giustizia federale.

La stagione riformatrice di Johnson produce esiti rilevanti, ma i commenti dei promotori dei diritti civili in proposito oscillano tra un atteggiamento celebrativo, che rinviene negli interventi una svolta decisiva per il diritto statunitense, e una riflessione più critica, che mette in luce l'incapacità di superare assetti di oppressione sostanziale con misure che riguardano per lo più il piano formale²⁶. Quest'ultima riflessione viene approfondita successivamente dalla teoria critica della razza (*critical race theory*), un modo di guardare alle relazioni razziali

²⁵ H. Black, R.L. Schweitzer e L. Mandell, *Discrimination in Mortgage Lending*, in *American Economic Review*, 68, 1978, p. 189 s.

²⁶ B. Rustin, *From Protest to Politics: The Future of the Civil Rights Movement* (1964), in *Commentary*, 39, 1965, p. 25 ss.

che nasce sul finire degli anni Settanta e che intende la subordinazione razziale come una componente strutturale delle pratiche sociali, prodotta storicamente anche attraverso il diritto per mantenere situazioni di privilegio. La teoria evidenzia che un approccio come quello del Civil rights Act, che vieta i trattamenti differenziati ma non altera le diverse condizioni di partenza, non consente di superare i fattori storici, sociali ed economici che continuano a rendere alcuni gruppi svantaggiati sul piano materiale prima ancora che su quello giuridico²⁷.

Occorre in ogni caso sottolineare che, anche se limitate, le tutele apprestate dalla Corte suprema e dal legislatore federale in quegli anni generano una frattura insanabile tra il partito dei Democratici e la parte consistente della popolazione che resta ostile alla desegregazione. Di conseguenza, in molti iniziano a votare per i Repubblicani, soprattutto al sud, e il partito coglie l'occasione per attirare sempre più consensi in quelle zone attraverso un'apposita strategia retorica basata su rivendicazioni conservatrici implicitamente contrarie al riconoscimento dei diritti civili: si punta sulla necessità di ristabilire la legge e l'ordine, ridurre l'intrusione federale, difendere i valori tradizionali, rivendicare i margini di autonomia degli Stati e osteggiare le misure redistributive, anche quelle legate al welfare²⁸. La strategia si rivela efficace, poiché alla conclusione del mandato di Johnson, nel 1968, le elezioni presidenziali vengono vinte dal candidato del partito dei Repubblicani, e da allora fino ad oggi quel partito si aggiudica la Presidenza degli Stati Uniti per un totale di nove volte, mentre il partito dei Democratici si afferma solo in sei tornate.

Le trasformazioni strategiche e gli esiti elettorali appena menzionati incidono fortemente sulla composizione e sugli orientamenti della Corte suprema, perché come noto spetta al Presidente – con successiva approvazione del Senato – scegliere e nominare i giudici federali nel momento in cui una posizione diviene vacante (Cap. 1 par. 3). Ebbene, la maggiore frequenza delle vittorie dei Repubblicani contribuisce a far sì che, dopo la nomina di Thurgood Marshall, i seggi della Corte vengano assegnati per quindici volte da questi ultimi e solo cinque volte da presidenti Democratici. E siccome le scelte repubblicane ricadono su giuristi sempre più conservatori, che si distinguono per le letture restrittive dei diritti civili e dell'utilizzo dei poteri pubblici in funzione

²⁷ C.I. Harris, *Whiteness as Property*, in *Harvard Law Review*, 106, 1993, p. 1707 ss.

²⁸ A. Maxwell e T. Shields, *The Long Southern Strategy: How Chasing White Voters in the South Changed American Politics*, New York NY, 2019.

redistributiva, nel lungo periodo anche la giurisprudenza del vertice della giurisdizione federale risulta spostarsi verso una lettura limitata della *equal protection clause* e delle tutele da apprestare dinanzi alle situazioni di disparità²⁹.

Per quanto concerne il tema specifico delle disparità su base razziale, i mutamenti nella composizione del collegio portano a un netto ridimensionamento degli strumenti di tutela sollecitati dalla giurisprudenza precedente.

Un chiaro esempio emerge da un caso degli anni Duemila che ritorna sul tema dell'integrazione razziale in ambito scolastico: *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* [551 U.S. 701 (2007)]. La sentenza pronunciata dalla Corte suprema in quella occasione dichiara che le regole locali circa l'assegnazione degli studenti nelle scuole con maggiori richieste di iscrizione non possono applicare criteri razziali per favorire l'integrazione, se non in circostanze rigorosamente delimitate e adeguatamente giustificate, poiché altrimenti si configura una violazione della *equal protection clause*. La Corte sembra suggerire un'equiparazione tra le misure per l'integrazione e le disparità di trattamento su base razziale arbitrarie e violente, e per tutta conferma nelle conclusioni osserva espressamente che «il modo per fermare la discriminazione basata sulla razza è smettere di discriminare sulla base della razza».

Il caso *Parents Involved*, dunque, promuove espressamente la concezione formale dell'eguaglianza che risulta oggi dominante nella giurisprudenza della Corte suprema in materia di disparità di trattamento su base razziale. Si tratta di una concezione che riprende ed esaspera l'idea secondo cui la Costituzione non distingue in base al colore della pelle (par. 3), poiché richiede di considerare qualsiasi riferimento alla razza come intrinsecamente sospetto a prescindere dalle finalità perseguite, e sollecita ad applicare trattamenti identici anche rispetto a posizioni fortemente diseguali, screditando, di converso, le tutele asimmetriche volte a compensare le distanze materiali (Cap. 5 parr. 2 e 3).

²⁹ A. Cohen, *Supreme Inequality: The Supreme Court Fifty-Year Battle for a More Unjust America*, New York NY, 2020.

6. La segregazione residenziale

Le vicende finora descritte mettono in luce che, nell'esperienza statunitense in materia di disparità tra gruppi razziali, il discorso giuridico viene utilizzato in molte occasioni per legittimare le barriere identitarie e le condizioni diseguali, mentre è impiegato solo episodicamente per superare le situazioni di subordinazione, e anche quando ciò avviene le corti e il legislatore non arrivano a riconoscere rimedi redistributivi.

Un simile modo di operare trova ulteriore riscontro nella giurisprudenza della Corte suprema sullo specifico tema delle misure di organizzazione urbana e delle forme di esclusione residenziale su base razziale: giurisprudenza a cui si ritiene opportuno dedicare le pagine conclusive di questo capitolo³⁰.

Dagli inizi del Novecento, la Corte si pronuncia più volte su casi di esclusione su base razziale in materia residenziale, spesso nell'ambito di controversie la cui parte attrice viene difesa da giuristi affiliati alla Naacp. In un primo momento affronta i provvedimenti municipali di segregazione, e ne dichiara l'incostituzionalità; successivamente, si pronuncia sui patti di esclusione razziale tra privati (*racial covenants*), ossia gli accordi con cui i proprietari di immobili di una certa zona si impegnano a negare la vendita, l'affitto o la cessione di case o terreni a persone di determinate razze³¹. Inizialmente quei patti vengono ritenuti legittimi, ma sull'onda delle pressioni per la desegregazione la Corte suprema arriva a erodere i loro spazi di efficacia, e successivamente ne riconosce l'incompatibilità con la legislazione dell'età della Ricostruzione. Quando tuttavia nei primi anni Settanta si passa a richiedere misure redistributive per riequilibrare le distanze materiali alimentate dalle pratiche escludenti, la Corte reagisce con diffidenza: ostacola l'adozione di interventi correttivi per le diseguaglianze ormai strutturali e promuove la concezione strettamente formale dell'egualianza che risulta tuttora dominante.

Nel ricostruire questo itinerario, la prima decisione da menzionare è *Buchanan v. Warley* [245 U.S. 60 (1917)], pronunciata circa vent'anni dopo la sentenza *Plessy* che aveva legittimato il regime di

³⁰ Cfr. R. Rothstein, *The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America*, New York NY, 2017.

³¹ C.M. Rose, *Property Law and Inequality: Lessons from Racially Restrictive Covenants*, in *Northwestern University Law Review*, 117, 2022, p. 225 ss.

segregazione razziale (par. 3) e circa dieci anni dopo la decisione sul caso *Lochner* (Cap. 2 parr. 2 e 3).

In *Buchanan*, la Corte suprema dichiara illegittime le ordinanze locali che impongono la segregazione razziale nei quartieri urbani, ossia quei provvedimenti pubblicistici che vietano agli individui appartenenti ad alcune razze di abitare in determinate aree. Però in quella vicenda i giudici non censurano la segregazione come pratica escludente in quanto tale. Essi affermano, piuttosto, che le ordinanze sono in contrasto con la *due process clause* del 14. emendamento perché limitano autoritativamente la libertà contrattuale e i diritti di proprietà di chi desidera vendere o affittare soluzioni abitative agli afroamericani. Dunque, la segregazione rimane pienamente valida in molti altri ambiti, tra cui ad esempio scuole e trasporti.

L'interesse a tutelare l'autonomia privata più che a eliminare le pratiche escludenti viene confermato in un caso di poco successivo, *Corrigan v. Buckley* [271 U.S. 323 (1926)]. Alla base della vicenda vi è la conclusione di un patto di esclusione razziale tra una trentina di proprietari immobiliari. In breve tempo, uno dei firmatari viene meno all'impegno e vende la propria abitazione ad un afroamericano, spingendo gli altri ad agire in giudizio per far eseguire il patto di esclusione e impedire così che l'acquirente ottenga l'immobile quantomeno per tutta la durata prevista dal patto, fissata in ventuno anni dal momento della stipula. Le parti della compravendita si difendono sostenendo che il patto di esclusione è invalido alla luce del 5., 13. e 14. emendamento, e la questione giunge alla Corte suprema.

La Corte respinge le difese, negando che il 13. emendamento si applichi al caso di specie perché a detta dei giudici il divieto ivi esplicitato riguarda solo la schiavitù e la servitù involontaria, non le limitazioni ai diritti individuali. Tantomeno risultano pertinenti, secondo la pronuncia, il 5. e il 14. emendamento, poiché il *due process* garantito dalle due disposizioni protegge gli individui da limitazioni ingiustificate dei poteri pubblici federali e statali, mentre non si può applicare quando le limitazioni sono l'effetto di comportamenti privati, come nel caso di specie (par. 2).

La vicenda di *Corrigan* si colloca tuttavia in un periodo in cui il dibattito giuridico statunitense viene arricchito da importanti contributi che – diversamente dalla sentenza – problematizzano la dicotomia tra strumenti pubblicistici e strumenti privatistici: i più noti sono quelli di Robert Hale e Morris Cohen. Hale evidenzia che anche i rapporti

privati di scambio e di distribuzione, apparentemente liberi, sono in realtà influenzati da forme di coercizione pubblicistica, poiché le possibilità di azione dei privati dipendono in larga parte dalle garanzie e dalle sanzioni fissate dal diritto pubblico³². Cohen, analogamente, concentra l'attenzione sulla proprietà come istituto che esiste nella misura in cui la presenza coercitiva pubblicistica ne garantisce la tutela³³.

Le prospettive di Hale e Cohen rafforzano la critica della separazione teorica tra azione pubblicistica e azione privatistica. E in un momento successivo ispirano in parte anche la Corte suprema, come emerge dalle sentenze che erodono l'efficacia dei patti di esclusione. Inizialmente, nella sentenza *Shelley v. Kraemer* [334 U.S. 1 (1948)], la Corte impedisce alle corti inferiori di adottare provvedimenti esecutivi a favore dei patti privati di esclusione su base razziale. Ritiene, difatti, che quei provvedimenti sarebbero configurabili come azioni statali arbitrariamente diseguali e dunque contrarie al 14. emendamento. Poi, in *Barrows v. Jackson* [346 U.S. 249 (1953)], la Corte estende il ragionamento, giungendo a vietare alle corti inferiori di condannare al risarcimento dei danni coloro che violano i patti di esclusione: anche quelle condanne devono essere configurate come interventi pubblicistici a favore di intenti escludenti, illegittimi alla luce del 14. emendamento.

Quando però la Corte suprema arriva a vietare definitivamente i patti di esclusione razziale non si basa sul loro contrasto con la Costituzione, bensì sulla contrarietà ad una legge ordinaria. È quanto avviene nel caso *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* [392 U.S. 409 (1968) – Materiali 4], in cui i giudici affermano che le esclusioni tra privati motivate dell'appartenenza razziale sono vietate dal Civil rights Act del 1866, la legge adottata nell'era della Ricostruzione (par. 1) che impedisce tanto agli attori pubblici quanto agli attori privati di limitare su base razziale il godimento di una serie di diritti, tra cui figura l'acquisto della proprietà.

La pronuncia del 1968 segna il culmine della lunga stagione di leggi e sentenze volte a promuovere l'inclusione formale degli afroamericani nelle dinamiche sociali e di mercato (par. 5), ma le soluzioni promosse dal legislatore e dai giudici non compensano le distanze maturate in termini di accesso all'istruzione, alla ricchezza immobiliare, o al lavoro. Ad esempio, dopo decenni di limitazioni nelle opportunità di

³² R.L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in *Political Science Quarterly*, 38, 1923, p. 470 ss.

³³ M.R. Cohen, *Property and Sovereignty*, in *Cornell Law Quarterly*, 13, 1927, p. 8 ss.

studio e di guadagno, nonché nella possibilità di scelta delle soluzioni abitative, buona parte della popolazione afroamericana continua a risiedere in aree povere e abitate principalmente da persone appartenenti al medesimo gruppo razziale³⁴.

La sussistenza di un dovere di intervento pubblicistico per rimediare a simili situazioni di segregazione “di fatto” viene espressamente negata dalla Corte suprema nel caso *Milliken v. Bradley* [418 U.S. 717 (1974) – Materiali 5]. Secondo la pronuncia, non occorre rimediare alla distribuzione diseguale dei gruppi razziali e delle relative possibilità economiche sul territorio se non si dimostra che le diseguaglianze sono frutto di atti volontari.

Il caso di specie riguarda le differenze esistenti tra i distretti scolastici della città di Detroit. Alcune famiglie lamentano che i distretti corrispondenti alle aree geografiche povere e abitate soprattutto da afroamericani – da cui il collegamento con la tematica della segregazione residenziale – hanno scuole meno efficienti e caratterizzate da una composizione studentesca omogenea dal punto di vista razziale. Al contrario, i distretti corrispondenti alle aree periferiche, più lussuose e popolate prevalentemente da bianchi in probabile conseguenza delle pratiche escludenti poc'anzi richiamate, godono di scuole migliori, anch'esse niente affatto integrate. In attuazione del principio fissato in *Brown*, le corti inferiori accolgono le doglianze e impongono alle scuole di adottare piani di integrazione che non riguardino solo le istituzioni presenti in un unico distretto, ma che coinvolgano scuole collocate in distretti diversi.

Tuttavia, la Corte suprema dichiara che non occorre un intervento pubblicistico perché il divieto di segregazione riconosciuto in *Brown* riguarda solo le condizioni di disparità volutamente realizzate, mentre non vi è alcun obbligo di rimediare a fronte di diseguaglianze socioeconomiche e demografiche per le quali non vi è prova di preordinazione; tantomeno, secondo la Corte, quell'obbligo può incidere sulla tradizione dell'autonomia locale in materia di organizzazione scolastica. Ne deriva che la segregazione residenziale “di fatto” può continuare a produrre situazioni di segregazione scolastica, ed eventuali iniziative correttive possono essere determinate a livello locale solo a discrezione dalle autorità competenti.

³⁴ M.J. Klarman, *Unfinished Business: Racial Equality in American History*, New York NY, 2007.

Per una lettura efficace della sentenza *Milliken* e delle sue implicazioni, a conclusione di questa breve disamina, è però utile richiamare l'osservazione della dottrina coeva secondo la quale la sentenza assume rilievo soprattutto per le preclusioni che determina sul piano generale, più che per le istanze respinte nella fattispecie concreta³⁵. La decisione, infatti, impedisce che la tutela costituzionale dell'eguaglianza si traduca nell'adozione di rimedi volti a correggere asimmetrie strutturali ormai consolidate, rispetto alle quali risulta difficile dimostrare l'esistenza di una precisa volontà escludente. In altri termini, ciò che la pronuncia in *Milliken* impedisce è l'affermazione di una concezione sostanziale dell'eguaglianza, tale da condurre al superamento delle distanze materiali: concezione che diviene del tutto recessiva e anzi risulta sistematicamente respinta dalla giurisprudenza della Corte suprema.

³⁵ M.E. Sloane, *Milliken v. Bradley in Perspective*, in *Journal of Law and Education*, 4, 1975, p. 210.

Materiali

1. Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)

Mr. Chief Justice Taney delivered the opinion of the court...

The plaintiff in error, who was also the plaintiff in the court below, was, with his wife and children, held as slaves by the defendant, in the State of Missouri; and he brought this action in the Circuit Court of the United States for that district, to assert the title of himself and his family to freedom...

The question is simply this: Can a negro, whose ancestors were imported into this country, and sold as slaves, become a member of the political community formed and brought into existence by the Constitution of the United States, and as such become entitled to all the rights, and privileges, and immunities, guaranteed by that instrument to the citizen? One of which rights is the privilege of suing in a court of the United States...

The words 'people of the United States' and 'citizens' are synonymous terms, and mean the same thing. They both describe the political body who, according to our republican institutions, form the sovereignty, and who hold the power and conduct the Government through their representatives. They are what we familiarly call the 'sovereign people', and every citizen is one of this people, and a constituent member of this sovereignty. The question before us is, whether the class of persons described in the plea in abatement compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word 'citizens' in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them...

The unhappy black race were separated from the white by indelible marks, and laws long before established, and were never thought of or spoken of except as property...

And upon a full and careful consideration of the subject, the court is of opinion, that, upon the facts stated in the plea in abatement, Dred Scott was not a citizen of Missouri within the meaning of the Constitution of the United States, and not entitled as such to sue in its courts...

The act of Congress, upon which the plaintiff relies, declares that slavery and involuntary servitude, except as a punishment for crime, shall be forever prohibited in all that part of the territory ceded by France, under the name of Louisiana, which lies north of thirty-six degrees thirty minutes north latitude, and not included within the limits of Missouri. And the difficulty which meets us at the

threshold of this part of the inquiry is, whether Congress was authorized to pass this law under any of the powers granted to it by the Constitution...

This brings us to examine by what provision of the Constitution the present Federal Government, under its delegated and restricted powers, is authorized to acquire territory outside of the original limits of the United States, and what powers it may exercise therein over the person or property of a citizen of the United States, while it remains a Territory, and until it shall be admitted as one of the States of the Union...

Thus the rights of property are united with the rights of person, and placed on the same ground by the fifth amendment to the Constitution, which provides that no person shall be deprived of life, liberty, and property, without due process of law. And an act of Congress which deprives a citizen of the United States of his liberty or property, merely because he came himself or brought his property into a particular Territory of the United States, and who had committed no offence against the laws, could hardly be dignified with the name of due process of law... Now, as we have already said in an earlier part of this opinion, upon a different point, the right of property in a slave is distinctly and expressly affirmed in the Constitution. The right to traffic in it, like an ordinary article of merchandise and property, was guaranteed to the citizens of the United States, in every State that might desire it, for twenty years. And the Government in express terms is pledged to protect it in all future time, if the slave escapes from his owner ... And no word can be found in the Constitution which gives Congress a greater power over slave property, or which entitles property of that kind to less protection than property of any other description. The only power conferred is the power coupled with the duty of guarding and protecting the owner in his right...

Upon these considerations, it is the opinion of the court that the act of Congress which prohibited a citizen from holding and owning property of this kind in the territory of the United States north of the line therein mentioned, is not warranted by the Constitution, and is therefore void; and that neither Dred Scott himself, nor any of his family, were made free by being carried into this territory...

2. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)

Mr. Justice Brown, after stating the case, delivered the opinion of the court.

This case turns upon the constitutionality of an act of the general assembly of the state of Louisiana, passed in 1890, providing for separate railway carriages for the white and colored races.

The first section of the statute enacts "that all railway companies carrying passengers in their coaches in this State, shall provide equal but separate accommodations for the white, and colored races, by providing two or more passenger coaches for each passenger train, or by dividing the passenger coaches by a partition so as to secure separate accommodations: provided, that this section

shall not be construed to apply to street railroads. No person or persons, shall be permitted to occupy seats in coaches, other than, the ones, assigned, to them on account of the race they belong to”.

By the second section it was enacted “that the officers of such passenger trains shall have power and are hereby required to assign each passenger to the coach or compartment used for the race to which such passenger belongs; any passenger insisting on going into a coach or compartment to which by race he does not belong, shall be liable to a fine of twenty-five dollars, or in lieu thereof to imprisonment for a period of not more than twenty days in the parish prison, and any officer of any railroad insisting on assigning a passenger to a coach or compartment other than the one set aside for the race to which said passenger belongs, shall be liable to a fine of twenty-five dollars, or in lieu thereof to imprisonment for a period of not more than twenty days in the parish prison; and should any passenger refuse to occupy the coach or compartment to which he or she is assigned by the officer of such railway, said officer shall have power to refuse to carry such passenger on his train, and for such refusal neither he nor the railway company which he represents shall be liable for damages in any of the courts of this state”.

The third section provides penalties for the refusal or neglect of the officers, directors, conductors, and employees of railway companies to comply with the act, with a proviso that “nothing in this act shall be construed as applying to nurses attending children of the other race”...

The information filed in the criminal district court charged in substance that Plessy, being a passenger between two stations within the state of Louisiana, was assigned by officers of the company to the coach used for the race to which he belonged, but he insisted upon going into a coach used by the race to which he did not belong...

The constitutionality of this act is attacked upon the ground that it conflicts both with the Thirteenth Amendment of the Constitution, abolishing slavery, and the Fourteenth Amendment, which prohibits certain restrictive legislation on the part of the states.

1. That it does not conflict with the Thirteenth Amendment, which abolished slavery and involuntary servitude, except a punishment for crime, is too clear for argument. Slavery implies involuntary servitude – a state of bondage; the ownership of mankind as a chattel, or, at least, the control of the labor and services of one man for the benefit of another, and the absence of a legal right to the disposal of his own person, property, and services...

A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races, and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or re-establish a state of involuntary servitude...

2. By the Fourteenth Amendment, all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are made citizens of the United States and of the State wherein they reside; and the states are forbidden from

making or enforcing any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States, or shall deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, or deny to any person within their jurisdiction the equal protection of the laws...

The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but in the nature of things it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation in places where they are liable to be brought into contact do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power. The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which has been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of States where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced...

We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it... Legislation is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation. If the civil and political rights of both races be equal one cannot be inferior to the other civilly or politically. If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane...

3. **Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)**

Mr. Chief Justice Warren delivered the opinion of the Court.

These cases come to us from the States of Kansas, South Carolina, Virginia, and Delaware. They are premised on different facts and different local conditions, but a common legal question justifies their consideration together in this consolidated opinion.

In each of the cases, minors of the Negro race, through their legal representatives, seek the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their community on a nonsegregated basis. In each instance, they had been denied admission to schools attended by white children under laws requiring or permitting segregation according to race. This segregation was alleged to deprive the plaintiffs of the equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment. In each of the cases other than the Delaware case, a three-judge federal district court denied relief to the plaintiffs on the so-called "separate but equal" doctrine announced by this Court in *Plessy v. Ferguson*.

Under that doctrine, equality of treatment is accorded when the races are provided substantially equal facilities, even though these facilities be separate... The plaintiffs contend that segregated public schools are not "equal" and cannot be made "equal", and that hence they are deprived of the equal protection of the laws...

In approaching this problem, we cannot turn the clock back to 1868 when the Amendment was adopted, or even to 1896 when *Plessy v. Ferguson* was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life throughout the Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws.

Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms.

We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does.

In *Sweatt v. Painter*, in finding that a segregated law school for Negroes could not provide them equal educational opportunities, this Court relied in large part on "those qualities which are incapable of objective measurement but which make for greatness in a law school". In *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, the Court, in requiring that a Negro admitted to a white graduate school be treated like all other students, again resorted to intangible considerations: "... his ability to study, to engage in discussions and exchange views with other students, and, in general, to learn his profession". Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs: "segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to retard the

educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racially integrated school system". Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority. Any language in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected. We conclude that in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment...

4. Jones v. Alfred H. Mayer Co., 392 U.S. 409 (1968)

Mr. Justice Stewart delivered the opinion of the Court...

On September 2, 1965, the petitioners filed a complaint in the District Court for the Eastern District of Missouri, alleging that the respondents had refused to sell them a home in the Paddock Woods community of St. Louis County for the sole reason that petitioner Joseph Lee Jones is a Negro. Relying in part upon Sect. 1982, the petitioners sought injunctive and other relief...

In its original form, 42 U.S.C. Sect. 1982 was part of Sect. 1 of the Civil Rights Act of 1866...

The crucial language for our purposes was that which guaranteed all citizens "the same right, in every State and Territory in the United States, ... to inherit, purchase, lease, sell, hold, and convey real and personal property... as is enjoyed by white citizens..."

To the Congress that passed the Civil Rights Act of 1866, it was clear that the right to do these things might be infringed not only by "State or local law" but also by "custom, or prejudice". Thus, when Congress provided in Sect. 1 of the Civil Rights Act that the right to purchase and lease property was to be enjoyed equally throughout the United States by Negro and white citizens alike, it plainly meant to secure that right against interference from any source whatever, whether governmental or private...

The remaining question is whether Congress has power under the Constitution to do what Sect. 1982 purports to do: to prohibit all racial discrimination, private and public, in the sale and rental of property. Our starting point is the Thirteenth Amendment, for it was pursuant to that constitutional provision that Congress originally enacted what is now Sect. 1982. The Amendment consists of two parts. Section 1 states: "Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction". Section 2 provides: "Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation". As its text reveals, the Thirteenth Amendment "is not a mere prohibition of State laws establishing or upholding slavery but an absolute declaration that slavery or

involuntary servitude shall not exist in any part of the United States". It has never been doubted, therefore, "that the power vested in Congress to enforce the article by appropriate legislation" includes the power to enact law "direct and primary, operating upon the acts of individuals, whether sanctioned by State legislation or not"... The constitutional question in this case, therefore, comes to this: Does the authority of Congress to enforce the Thirteenth Amendment "by appropriate legislation" include the power to eliminate all racial barriers to the acquisition of real and personal property? We think the answer to that question is plainly yes...

Surely Congress has the power under the Thirteenth Amendment rationally to determine what are the badges and the incidents of slavery, and the authority to translate that determination into effective legislation. Nor can we say that the determination Congress has made is an irrational one. For this Court recognized long ago that, whatever else they may have encompassed, the badges and incidents of slavery – its "burdens and disabilities" – included restraints upon "those fundamental rights which are the essence of civil freedom, namely, the same right ... to inherit, purchase, lease, sell and convey property, as is enjoyed by white citizens". Just as the Black Codes, enacted after the Civil War to restrict the free exercise of those rights, were substitutes for the slave system, so the exclusion of Negroes from white communities became a substitute for the Black Codes. And when racial discrimination herds men into ghettos and makes their ability to buy property turn on the color of their skin, then it too is a relic of slavery.

Negro citizens, North and South, who saw in the Thirteenth Amendment a promise of freedom – freedom to "go and come at pleasure" and to "buy and sell when they please" – would be left with "a mere paper guarantee" if Congress were powerless to assure that a dollar in the hands of a Negro will purchase the same thing as a dollar in the hands of a white man. At the very least, the freedom that Congress is empowered to secure under the Thirteenth Amendment includes the freedom to buy whatever a white man can buy, the right to live wherever a white man can live. If Congress cannot say that being a free man means at least this much, then the Thirteenth Amendment made a promise the Nation cannot keep...

5. *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974)

Mr. Chief Justice Burger delivered the opinion of the Court.

We granted certiorari in these consolidated cases to determine whether a federal court may impose a multidistrict, areawide remedy to a single-district *de jure* segregation problem absent any finding that the other included school districts have failed to operate unitary school systems within their districts, absent any claim or finding that the boundary lines of any affected school district were established with the purpose of fostering racial segregation in public schools, absent any finding that the included districts committed acts which effected segregation within the other districts, and absent a meaningful opportunity for the included neighboring school districts to

present evidence or be heard on the propriety of a multidistrict remedy or on the question of constitutional violations by those neighboring districts. The action was commenced in August 1970 by the respondents, the Detroit Branch of the National Association for the Advancement of Colored People and individual parents and students, on behalf of a class later defined by order of the United States District Court for the Eastern District of Michigan, dated February 16, 1971, to include "all school children in the City of Detroit, Michigan, and all Detroit resident parents who have children of school age"...

Ever since *Brown v. Board of Education*, judicial consideration of school desegregation cases has begun with the standard: "In the field of public education the doctrine of 'separate but equal' has no place. Separate educational facilities are inherently unequal". This has been reaffirmed time and again as the meaning of the Constitution and the controlling rule of law.

The target of the *Brown* holding was clear and forthright: the elimination of state-mandated or deliberately maintained dual school systems with certain schools for Negro pupils and others for white pupils. This duality and racial segregation were held to violate the Constitution in the cases subsequent to 1954...

Proceeding from these basic principles, we first note that in the District Court the complainants sought a remedy aimed at the *condition* alleged to offend the Constitution – the segregation within the Detroit City School District...

Thereafter, however, the District Court abruptly rejected the proposed Detroit-only plans on the ground that "while they would provide a racial mix more in keeping with the Black-White proportions of the student population they would accentuate the racial identifiability of the Detroit district as a Black school system, and would not accomplish desegregation. The racial composition of the student body is such" said the court, "that the plan's implementation would clearly make the entire Detroit public school system racially identifiable leaving many of its schools 75 to 90 per cent Black". Consequently, the court reasoned, it was imperative to "look beyond the limits of the Detroit school district for a solution to the problem of segregation in the Detroit public schools..." since "school district lines are simply matters of political convenience and may not be used to deny constitutional rights".

Accordingly, the District Court proceeded to redefine the relevant area to include areas of predominantly white pupil population in order to ensure that "upon implementation, no school, grade or classroom would be substantially disproportionate to the overall pupil racial composition" of the entire metropolitan area.

While specifically acknowledging that the District Court's findings of a condition of segregation were limited to Detroit, the Court of Appeals approved the use of a metropolitan remedy...

Here the District Court's approach to what constituted "actual desegregation" raises the fundamental question as to the circumstances in which a federal court may order desegregation relief that embraces more than a single school district. The court's analytical starting point was its conclusion that school district lines are no more than arbitrary lines on a map drawn "for political convenience". Boundary lines may be bridged where there has been a constitutional violation calling for

interdistrict relief, but the notion that school district lines may be casually ignored or treated as a mere administrative convenience is contrary to the history of public education in our country. No single tradition in public education is more deeply rooted than local control over the operation of schools; local autonomy has long been thought essential both to the maintenance of community concern and support for public schools and to quality of the educational process...

We therefore turn to address, for the first time, the validity of a remedy mandating cross-district or interdistrict consolidation to remedy a condition of segregation found to exist in only one district.

The controlling principle consistently expounded in our holdings is that the scope of the remedy is determined by the nature and extent of the constitutional violation. Before the boundaries of separate and autonomous school districts may be set aside by consolidating the separate units for remedial purposes, it must first be shown that there has been a constitutional violation within one district that produces a significant segregative effect in another district. Specifically, it must be shown that racially discriminatory acts of the state or local school districts, or of a single school district have been a substantial cause of interdistrict segregation...

It is clear, however, that the District Court, with the approval of the Court of Appeals, has provided an interdistrict remedy in the face of a record which shows no constitutional violations that would call for equitable relief except within the city of Detroit...

We conclude that the relief ordered by the District Court and affirmed by the Court of Appeals was based upon an erroneous standard and was unsupported by record evidence that acts of the outlying districts effected the discrimination found to exist in the schools of Detroit. Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is reversed and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion...

Capitolo quarto

Il welfare statunitense

1. Il welfare nel primo Novecento tra ostilità e necessità

L'analisi del singolare approccio statunitense all'erogazione di misure di protezione contro i rischi e per il soddisfacimento dei bisogni dei cittadini, riassumibile con l'espressione anglofona di *welfare*, deve muovere da una considerazione preliminare: la Costituzione degli Stati Uniti non assegna allo Stato federale alcun obbligo di protezione sociale, né afferma diritti sociali in senso stretto¹. L'esercizio dei poteri di polizia volti a garantire la sicurezza, l'istruzione o la salute (Cap. 2 par. 1) risulta invece affidato agli Stati federati alla luce del 10. emendamento, registrandosi peraltro storicamente una forte avversione verso l'adozione di misure riconducibili a quei poteri da parte del livello federale². In assenza di vincoli specifici, il Congresso può comunque intervenire discrezionalmente sull'espansione o sulla restrizione delle misure di *welfare* facendo leva sulla disposizione costituzionale che gli assegna il potere di tassazione e di spesa per finalità quali il pagamento dei debiti, la difesa e, per l'appunto, il benessere generale (*general welfare*, art. 1 Cost.).

Il quadro costituzionale così delineato risulta coerente con le particolarità storiche e culturali dell'esperienza statunitense. Il modello antesignano della protezione sociale è infatti rappresentato dalle *poor laws* anglosassoni: le leggi risalenti alla fine del 16. secolo che attribuivano direttamente alle autorità locali il potere di raccogliere risorse tra i residenti per assistere, a certe condizioni, coloro che versavano

¹ G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, p. 186 ss.

² R.E. Cushman, *National Police Power Under the Commerce Clause and the Constitution*, in *Minnesota Law Review*, 106, 1919, p. 381 ss.

in situazioni estreme di povertà e bisogno³. A questa tradizione si aggiunge la peculiare ostilità statunitense verso l'intervento pubblico in funzione redistributiva, ritenuto paternalista e inefficiente, ostilità che tuttavia entra in tensione con la consapevolezza della necessità di garantire strumenti minimi per preservare la coesione sociale.

Sulla base dei riferimenti normativi, storici e culturali brevemente richiamati, si intuiscono le ragioni per cui negli Stati Uniti gli interventi federali in materia di welfare risultano marginali e non collegati a un progetto organico di protezione sociale. A riprova di ciò, va sottolineato come la loro attuazione sia perlopiù contingente ed estemporanea, in quanto legata alla presenza di crisi economiche o di urgenze politiche. Inoltre, e per le stesse motivazioni, simili interventi sono caratterizzati da forti limitazioni sia rispetto alla platea dei beneficiari sia con riguardo all'ampiezza degli strumenti messi a disposizione.

Un approccio del tipo descritto viene ricondotto al modello di welfare liberale o residuale: un modello che concepisce la protezione sociale principalmente come un bene di mercato e che prevede l'intervento dello Stato solo in situazioni di grave bisogno alle quali il mercato non riesce a rispondere, per di più per periodi di tempo limitati allo stretto necessario⁴. Come si osserverà nelle pagine che seguono, questo approccio restrittivo influenza anche la Corte suprema in alcune sue pronunce su questioni concernenti le misure di welfare, e più precisamente nei casi sui sussidi erogati per le fasi non occupazionali, sull'istruzione e sulla sanità.

Prima di affrontare quelle decisioni, è utile soffermarsi brevemente sulle due stagioni di riforma più rilevanti per il welfare negli Stati Uniti: la prima rappresentata dal New deal, che prende avvio negli anni Trenta, la seconda dalla Guerra alla povertà, che prende avvio negli anni Sessanta.

La prima fase menzionata si apre a seguito della grave crisi del 1929 e del conseguente aumento esponenziale della disoccupazione (Cap. 2 par. 4). In quel momento, gli Stati Uniti si trovano ad affrontare il crollo economico senza un sistema esteso di protezione sociale, a differenza di molte altre potenze industriali del tempo, e tentano di porre rimedio con il Social security Act del 1935 varato come complemento delle riforme del New deal sotto la Presidenza Roosevelt⁵.

³ P. Slack, *Poverty and policy in Tudor and Stuart England*, London e New York NY, 1988.

⁴ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1990, p. 26 ss.

⁵ K. Tani, *States of Dependency: Welfare, Rights, and American Governance, 1935–1972*,

Con il Social security Act il livello federale assume un ruolo decisivo di guida per sopperire alle inefficienze del precedente approccio, basato su iniziative locali molto limitate⁶. La legge introduce innanzitutto un sistema di previdenza, finanziato tramite contributi obbligatori versati da lavoratori e datori di lavoro in un fondo federale; i contributi vengono usati per finanziare pensioni contestuali, in particolare per la vecchiaia e l'invalidità. Ma la stessa legge introduce anche programmi di assistenza finanziati con fondi pubblici per categorie considerate maggiormente vulnerabili e meritevoli di tutela, come le vedove con figli a carico: opera in quest'ultima direzione il programma *Aid to dependent children* (Adc).

I risultati positivi non possono oscurare il fatto che il Social security Act risponde all'emergenza economica più che a un ideale universalistico di protezione, e infatti nello stesso periodo vengono respinti progetti più incisivi, come la proposta di introdurre un meccanismo di gestione federale delle prestazioni sanitarie. Inoltre, il disegno normativo risulta selettivo ed escludente verso vaste categorie di lavoratori poiché, ad esempio, non coinvolge i lavoratori agricoli e domestici, in larga parte afroamericani e latini, rafforzando le disuguaglianze razziali e sociali⁷. Già in questa prima fase, si conferma pertanto la predilezione per un modello di welfare residuale.

Pur con questi limiti, l'incisività del Social security Act viene ampiamente contestata, tanto che la Corte suprema si trova ad affrontare la questione di legittimità costituzionale di quella legge in *Steward Machine Co. v. Davis* [301 U.S. 548 (1937) – Materiali 1] e *Helvering v. Davis* [301 U.S. 619 (1937) – Materiali 2]. Le critiche mosse riguardano la giustificazione e l'estensione dei poteri esercitati dal Congresso, in particolare per quanto concerne l'intrusione che la legge realizza nelle relazioni di lavoro e nell'autonomia degli Stati in tema di protezione sociale.

I due casi vengono affrontati nello stesso frangente del caso *West Coast* (Cap. 2 par. 6) e anche in essi la Corte si pronuncia in senso favorevole verso le politiche di Roosevelt. Afferma che la contribuzione obbligatoria è resa possibile dal già menzionato potere di tassazione

Cambridge MA, 2016, p. 1 ss.

⁶ M.B. Katz, *In the shadow of the poorhouse: a social history of welfare in America*, New York NY, 1986, p. 179 ss.

⁷ J.C. Dubin, *The Color of Social Security: Race and Unequal Protection in the Crown Jewel of the American Welfare State*, in *Stanford Law & Policy Review*, 35, 2024, p. 104 ss.

e di spesa affidato al Congresso dalla Costituzione (art. 1, sez. 8), che consente di imporre tasse e spendere fondi federali per promuovere il benessere generale, obiettivo di cui gli stessi giudici sottolineano la rilevanza per via della crisi economica. Le sentenze chiariscono anche che l'esercizio di quel potere non ha modalità operative rigidamente delimitate, sicché il legislatore federale può determinare discrezionalmente queste ultime senza travalicare le proprie funzioni fintantoché gli Stati restano liberi di aderire o meno. Altrimenti detto, nelle due sentenze la Corte offre una base costituzionale che legittima i programmi federali di welfare nel lungo periodo e consente al Congresso di articolare liberamente quei programmi, purché non vengano forzate le scelte degli Stati federati⁸.

Le decisioni del 1937 sono fondamentali per i successivi sviluppi della protezione sociale negli Stati Uniti, poiché, da un lato, confermano il sistema introdotto dal Social security Act e, dall'altro e in ottica più generale, riconoscono ampi poteri al Congresso in materia di welfare. Quei poteri vengono utilizzati anche in seguito per affrontare contingenze di forte pressione sociale. L'assetto così delineato torna utile ad esempio nel 1944, quando il Servicemen's readjustment Act – meglio noto come G.I. Bill – introduce sussidi, finanziamenti e opportunità educative e abitative per i veterani della Seconda guerra mondiale, per facilitarne il reinserimento nella vita civile ed evitare una nuova disoccupazione di massa, sebbene ancora in modo differenziato e con esclusioni nei confronti delle minoranze⁹.

Questi interventi limitati non realizzano però il passaggio verso un sistema esteso di welfare e di tutela dei diritti sociali, come dimostra altresì la vicenda relativa alla proposta, evocata da Roosevelt nel 1944, di emanare un secondo *Bill of rights* per affermare nella Costituzione federale il diritto al lavoro, alla salute, all'istruzione, alla casa e a un livello di vita dignitoso¹⁰. L'iniziativa non viene mai tradotta in norme vincolanti e diviene il simbolo della distanza strutturale tra gli Stati Uniti e le esperienze europee, che pochi anni più tardi procedono a positivizzare i diritti sociali nelle costituzioni democratiche¹¹.

⁸ A. Baraggia, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti, Canada e Unione Europea*, Milano, 2023, p. 41 ss.

⁹ D.H. Onkst, 'First a Negro... Incidentally a Veteran': Black World War Two Veterans and the G.I. Bill of Rights in the Deep South, 1944–1948, in *Journal of Social History*, 3, 1998, p. 517 ss.

¹⁰ F.D. Roosevelt, *State of the Union Address*, 11 gennaio 1944.

¹¹ C.R. Sunstein, *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees*,

2. Le misure di welfare nel secondo Novecento a partire dalla Guerra alla povertà

Alcuni ulteriori tasselli del sistema di welfare statunitense, pur sempre in forma selettiva, vengono introdotti nel contesto della Guerra alla povertà, espressione con cui si allude all'insieme delle riforme sociali inaugurate negli anni Sessanta sotto la Presidenza di Lyndon B. Johnson per rispondere ai persistenti problemi dell'indigenza e del divario economico negli Stati Uniti, segnalati anche dal movimento per i diritti civili (Cap. 3 par. 5) e percepiti da molti come minacce alla stabilità democratica per via delle tensioni della Guerra fredda. Un breve riepilogo degli interventi è utile per contestualizzare gli approdi giurisprudenziali ad essi collegati.

Dapprima, il programma *Aid to dependent children* viene ampliato per coinvolgere più famiglie: giunge a includere oltre alle madri vedove anche le madri sole o divorziate, e ne viene cambiato il nome in *Aid to families with dependent children* (Afdc) per sottolineare l'intento di sostenere l'intero nucleo familiare (Public welfare amendments del 1962). Inoltre, vengono introdotti programmi per la formazione professionale e l'inserimento nel lavoro, anche con il coinvolgimento delle comunità locali (Economic opportunity Act del 1964). E ancora, si interviene per l'assistenza alimentare per i meno abbienti (Food stamp Act del 1964), la gestione delle soluzioni abitative (Housing and urban development Act del 1965) e la riduzione le disuguaglianze educative (Elementary and secondary education Act del 1965). In quegli anni si apre finanche un dibattito, poi non declinato in provvedimenti concreti, a proposito dell'istituzione di un reddito di base¹².

Ma occorre soprattutto ricordare la creazione dei programmi *Medicare* e *Medicaid* (Social security amendments, 1965), più volte emendati e tuttora vigenti, che introducono la copertura pubblica dell'assicurazione sanitaria per le persone con più di 65 anni o con disabilità (*Medicare*) e per le persone con redditi limitati (*Medicaid*). Nel momento in cui i due programmi vengono istituiti, si prevede che la copertura venga finanziata sia con contributi fiscali, sia con fondi federali e statali, e che le persone che non rientrano nelle categorie indicate restino

in *University of Chicago Law School*, 56, 2005, p. 1 ss.

¹² E. Mostacci, *Precomprensione ideologica vs. analisi fattuale: la parabola del basic income nel contesto nordamericano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2019, p. 595 ss.

libere di scegliere se pagare in proprio per visite, ricoveri, interventi e farmaci, oppure aderire ai piani assicurativi collettivi eventualmente proposti dai datori di lavoro, oppure ancora acquistare polizze individuali, in ossequio alla diffusa valorizzazione delle soluzioni di mercato e della responsabilità individuale.

Pur con diversi limiti, le trasformazioni degli anni Sessanta hanno l'effetto di confermare ed estendere il ruolo del governo federale nella vita quotidiana dei cittadini e di coinvolgere milioni di persone in forme di sostegno pubblico per l'alimentazione, l'abitazione e il reddito. Simili trasformazioni attribuiscono ricchezze inedite, e la dottrina si spinge ad affermare che in relazione a queste ultime i beneficiari possono vantare nuove forme di diritti soggettivi patrimoniali (con le peculiari sfumature della terminologia di *common law*, la dottrina parla al riguardo di *new property*)¹³.

I tentativi di tutelare maggiormente i beneficiari del welfare negli Stati Uniti si scontrano, però, sia con le posizioni critiche di chi giudica il sostegno sociale immorale e contrario all'etica statunitense, sia, più concretamente, con le difficoltà pratiche e giuridiche dei vincoli che quelle tutele determinerebbero, ad esempio sul legislatore, peraltro in assenza di garanzie costituzionali esplicite in materia di diritti sociali¹⁴. Le tensioni risultano particolarmente evidenti quando, tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta, la Corte suprema affronta il tema della legittimità delle revoche e delle limitazioni poste sulle prestazioni sociali. In quelle occasioni, la Corte non ricava dal testo costituzionale la garanzia di una maggiore stabilità di quelle prestazioni, e di conseguenza si limita a introdurre garanzie procedurali minime per i beneficiari (par. 3): per molti versi, ciò pone un freno all'espansione del welfare e favorisce le restrizioni degli anni Ottanta e Novanta.

Tra i molteplici interventi limitativi che si registrano a partire dagli anni Ottanta è utile richiamarne almeno due, particolarmente significativi per cogliere la traiettoria di ridimensionamento del welfare statunitense, ossia l'Omnibus budget reconciliation Act (Obra) del 1981 e il Personal responsibility and work opportunity reconciliation Act (Prwora) del 1996.

L'intervento del 1981, adottato durante l'Amministrazione di Ronald Reagan, introduce consistenti tagli alla spesa sociale e rende

¹³ C.A. Reich, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 73, 1964, p. 733 ss.

¹⁴ Cfr. A. Candian, A. Gambaro e B. Pozzo, *Property – Proprietà – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, 1992, pp. 172–183.

meno agevole l'ottenimento delle prestazioni assistenziali: i beneficiari devono dimostrare la propria situazione di bisogno e sono penalizzati se svolgono attività lavorative anche qualora la retribuzione ottenuta sia insufficiente al proprio sostentamento. Secondo una stima, circa il 35% dei beneficiari dell'Afdc che in quegli anni svolgono attività lavorative vengono esclusi dal programma e ricondotti a condizioni di povertà estrema¹⁵.

La riforma rafforza dunque le retoriche della selettività e della responsabilità individuale come criterio fondamentale delle politiche assistenziali. In base ad esse, l'intervento pubblico deve limitarsi a sostenere situazioni di bisogno inevitabile e i beneficiari, per quanto possibile, devono tornare presto a provvedere individualmente alla propria sussistenza. Ne consegue che l'assistenza sociale viene reinterpretata come strumento volto a incentivare l'autosufficienza economica attraverso logiche escludenti, condizionalità e temporaneità delle prestazioni, e più in generale in materia di welfare si riconsolidava un atteggiamento restrittivo e coercitivo che influenza in modo duraturo il dibattito politico e le successive riforme.

L'intervento del 1996 si inserisce, invece, nella stagione delle riforme della Presidenza di Bill Clinton, che segnano il definitivo passaggio dalle prestazioni garantite, seppur per categorie delimitate, ad un modello di welfare condizionato ad attività lavorative, formazione o ricerca attiva di impiego (*workfare*) e limitato anche dal punto di vista temporale (massimo cinque anni di fruizione totale nell'arco della vita). In ossequio a questo approccio, il già menzionato Prwora abolisce il programma di sicurezza sociale modificato da Johnson (Afdc) e introduce il programma *Temporary assistance for needy families* (Tanf) tuttora vigente. Dal punto di vista operativo, il Tanf prevede che il governo federale trasferisca somme agli Stati e che questi godano di un ampio margine di apprezzamento nella definizione delle condizioni di accesso, nella gestione delle risorse e nell'imposizione di obblighi aggiuntivi ai beneficiari, con conseguenze profonde nell'assetto eterogeneo della protezione sociale nel Paese¹⁶.

Posti questi brevi cenni ricostruttivi, per comprendere appieno il ruolo della giurisprudenza della Corte suprema nel plasmare il wel-

¹⁵ D. Stoesz e H.J. Karger, *Deconstructing Welfare: The Reagan Legacy and the Welfare State*, in *Social Work*, 38, 1993, p. 619 ss.

¹⁶ A. Pappas, *Welfare Reform: Child Welfare or the Rhetoric of Responsibility?*, in *Duke Law Journal*, 46, 1997, p. 1301 ss.

fare statunitense è utile scomporre l'analisi facendo riferimento a tre ambiti tematici distinti ma tra loro complementari.

In primo luogo, verranno esaminate due sentenze di particolare rilievo che gettano luce sull'approccio della Corte verso le tutele da apprestare alle persone in condizione di indigenza, ossia soggetti che non dispongono di risorse e opportunità sufficienti per provvedere autonomamente alla propria sussistenza attraverso i meccanismi del mercato. Tali pronunce confermano che la Corte affronta il tema del bisogno economico con presidi che, ove riconosciuti, restano del tutto marginali.

In secondo luogo, l'attenzione si concentrerà sulla giurisprudenza in materia di istruzione preuniversitaria, ambito nel quale la Corte suprema viene chiamata a bilanciare il principio di eguaglianza con l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati nell'organizzazione dei sistemi scolastici. L'istruzione costituisce infatti un settore emblematico del welfare, in quanto rappresenta uno strumento di inclusione sociale, emancipazione individuale e riduzione delle diseguaglianze, ma negli Stati Uniti è tuttora un terreno di scontro a causa delle persistenti tensioni tra autonomie locali e interventi federali, nonché tra obiettivi di inclusione e logiche di esclusione.

Infine, verranno approfondite le principali trasformazioni giurisprudenziali che si legano alle più recenti riforme in materia di assistenza sanitaria, settore nel quale emergono con particolare evidenza le tensioni tra intervento pubblico, libertà individuali e riparto delle competenze tra livello federale e statale. La scelta di questo terzo ambito consente di osservare il ruolo cruciale della Corte suprema nella definizione dei limiti costituzionali delle politiche sanitarie e anche di cogliere le più recenti linee evolutive del welfare statunitense.

Nel loro complesso, questi tre ambiti offrono un quadro articolato e rappresentativo del contributo apportato dalle sentenze del vertice della giurisdizione federale al contenimento dell'operatività del welfare negli Stati Uniti.

3. La precarietà del sostegno agli indigenti e le occasioni mancate

Dal percorso storico sinora tracciato si evince l'approccio discontinuo e tendenzialmente restrittivo con cui il legislatore federale statunitense risponde al bisogno economico dovuto alle situazioni non occu-

pazionali, in particolare con i programmi legati al Social security Act, più volte modificati. Quell'approccio ha l'effetto di rendere gravemente precarie alcune misure che ricadono tradizionalmente nell'ambito del welfare, ossia le misure di assistenza a favore di soggetti involontariamente privi di reddito da lavoro e sprovvisti di adeguate risorse alternative, e le sentenze della Corte suprema non contribuiscono a superare questo assetto. In particolare, proprio nella fase del New deal, e pochi anni dopo la fase della Guerra alla povertà, due sentenze della Corte confermano che il sostegno alle persone indigenti non gode di una tutela costituzionale sostanziale e dunque è pienamente soggetto a revoche e limitazioni secondo la discrezionalità del legislatore.

La prima sentenza cui si fa riferimento è *United States v. Carolene Products Co.* [304 U.S. 144 (1938)], che non riguarda direttamente il welfare ma introduce indicazioni importanti circa il controllo di costituzionalità delle leggi che possono interessare quell'ambito. La vicenda, nello specifico, concerne la legittimità di una legge federale che proibisce il commercio interstatale di un tipo di latte ottenuto sostituendo la parte grassa con oli vegetali: il Congresso vieta la vendita interstatale di questo prodotto ritenendolo ingannevole per i consumatori e la società Carolene Products agisce in giudizio sostenendo che la legge la priva ingiustificatamente del diritto di commerciare.

Nel pronunciarsi sulla questione, la Corte segue l'orientamento deferente degli anni del New deal e conferma che la legislazione limitativa delle libertà economiche individuali non deve essere giustificata da esigenze peculiari, essendo soggetta alla sola verifica della ragionevole connessione tra mezzi e fini legittimi (*rational basis test*). Ma nella quarta nota a piè di pagina della sentenza (*footnote four*), si aggiunge un'importante precisazione: si afferma che occorre un controllo giurisdizionale più rigoroso sulla ragionevolezza e sulla legittimità nei casi in cui la legge impugnata appaia a prima vista in contrasto con le previsioni costituzionali, oppure quando risultino compromessi i meccanismi del processo politico democratico, o ancora quando dalla legge sottoposta a sindacato derivino pregiudizi per le «minoranze discrete e insulari», in quanto tali prive di adeguati strumenti di rappresentanza politica.

La precisazione della nota in rassegna muove dall'assunto secondo cui i giudici non possono sostituirsi nelle scelte operate dai rami dotati di legittimazione politica, ossia Congresso, Presidente e legislature statali, ma sono senz'altro chiamati a esercitare un controllo più rigoroso sulle situazioni che dimostrano una patologia nel processo politico. Tra

queste, appunto, rientrano le situazioni in cui le leggi realizzano effetti pregiudizievoli nei confronti di gruppi minoritari, già caratterizzati da forza sociale e giuridica minima o nulla¹⁷. La logica che sottende al ragionamento sul punto si può brevemente riassumere in questi termini: il legislatore può favorire o sacrificare interessi a propria discrezione, ma occorre una motivazione forte per sacrificare gli interessi di coloro che sono sistematicamente meno rappresentati nel dialogo politico.

La nota menziona come classi di persone storicamente discriminate o caratterizzate da vulnerabilità politica (*suspect class*) le minoranze nazionali, etnico-razziali e religiose. Dopo *Carolene Products*, la Corte suprema si avvicina a individuare altre classi con caratteristiche analoghe per affermare che una legge ulteriormente sfavorevole nei confronti di queste necessita di un controllo di costituzionalità rafforzato (*strict scrutiny*) ma riconosce espressamente solo due categorie mediane (*quasi-suspect*) meritevoli di un controllo intermedio (*intermediate scrutiny*): il genere [*Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)] e lo status di nascita [*Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977)].

La dottrina in quel torno di anni auspica che prima o poi le elaborazioni giurisprudenziali giungano a considerare anche coloro che sono sprovvisti dei mezzi di sussistenza come minoranza vulnerabile e meritevole di tutele rafforzate, ma né la giurisprudenza né tantomeno la legislazione compiono quel passo: l'indigenza rimane pertanto una condizione di vulnerabilità rispetto alla quale il legislatore conserva un'ampia discrezionalità, non essendo vincolato da obblighi costituzionali di protezione. Ne conseguono inevitabilmente le lacune e le progressive restrizioni cui si è fatto cenno nelle pagine introduttive¹⁸.

Sul finire degli anni Sessanta, come si accennava poc'anzi, la Corte suprema rende una seconda pronuncia rilevante per il tema del bisogno economico in situazioni non occupazionali, che modifica in parte l'assetto precedente. Si tratta del celebre caso *Goldberg v. Kelly* [397 US 254 (1970) – Materiali 3], in cui la Corte affronta la questione delle garanzie da riconoscere ai beneficiari dei sussidi quando quelle erogazioni rappresentano il loro unico mezzo di sostentamento.

¹⁷ D.A. Strauss, *Is Carolene Products obsolete?*, in *University of Illinois Law Review*, 2010, p. 1251 ss.

¹⁸ H. Rose, *The Poor as a Suspect Class Under the Equal Protection Clause: An Open Constitutional Question*, in *Nova Law Review*, 34, 2010, p. 407 ss.

Il caso si inserisce nel clima di profonda trasformazione sociale ed istituzionale che caratterizza gli Stati Uniti tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta, a causa dell'espansione dei programmi assistenziali legati alla Guerra alla povertà e dell'aumento significativo del numero di famiglie dipendenti dai sussidi come fonte primaria di sostentamento. La controversia nasce precisamente a New York, dove alcuni beneficiari del programma federale di assistenza Afdc si vedono sospendere improvvisamente le prestazioni senza alcun preavviso né possibilità di dialogo preliminare con l'amministrazione. Tale prassi, adottata dall'ente locale incaricato della gestione del programma, espone i nuclei familiari più fragili a un'immediata deprivatione dei mezzi necessari per far fronte ai bisogni quotidiani, ma è pienamente coerente con il sistema assistenziale statunitense che in assenza di un riconoscimento pieno del diritto all'assistenza considera le prestazioni essenziali per la sopravvivenza come elargizioni revocabili senza tutele preventive.

Gli interessati agiscono dunque in giudizio per contestare che la sospensione senza alcuna forma di verifica preventiva viola il 14. emendamento, poiché li priva improvvisamente dei mezzi necessari per vivere.

La vicenda giunge alla Corte suprema pochi anni dopo la diffusione della già menzionata teoria della *new property*, secondo cui le erogazioni pubbliche – pur non qualificabili come proprietà in senso tradizionale – in quegli anni diventano per molti individui una risorsa essenziale, funzionalmente assimilabile a un bene su cui è possibile vantare diritti. E proprio quella teoria viene espressamente richiamata dalla Corte nella sentenza *Goldberg* per riconoscere che chi riceve sussidi in virtù di criteri di idoneità stabiliti dalla legge ha un interesse a continuare a riceverli; quell'interesse, a sua volta, viene ritenuto meritevole di una tutela procedurale (*procedural due process*) nella forma di un'udienza preventiva che deve essere garantita prima di qualsiasi decisione di revoca.

La pronuncia sul caso *Goldberg*, pur innovativa, si limita ad affermare una protezione solo sul piano procedurale. Questa posizione conferma allora quando anticipato in *Carolene*, ossia che gli indigenti non rientrano tra i gruppi vulnerabili titolari di diritti costituzionali sostanziali e l'intervento a loro favore resta soggetto all'ampia discrezionalità della legge ordinaria.

4. L'accesso all'istruzione preuniversitaria

Un ulteriore profilo utile per comprendere l'influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte suprema sulle prestazioni tradizionalmente ricondotte al welfare è rappresentato dall'accesso all'istruzione preuniversitaria. Nella cultura giuridica statunitense, e in particolare nella giurisprudenza della Corte, è pacifico che l'accesso all'istruzione costituisce un presupposto cruciale per la cittadinanza democratica (Cap. 3 parr. 3 e 4); manca però tuttora il riconoscimento dell'accesso all'istruzione minima adeguata come diritto costituzionale e questa lacuna lascia spazio a interpretazioni divergenti sull'obbligo di erogare l'istruzione come servizio pubblico¹⁹. Anche in questo caso, l'ambiguità ha radici profonde, che potrebbero però alimentare derive particolarmente violente ed escludenti in tempi più vicini.

Il discorso può muovere dall'osservare che, siccome la Costituzione statunitense non contiene alcun riferimento esplicito all'istruzione, la relativa disciplina è rimessa all'iniziativa dei singoli Stati in virtù del rinvio del 10. emendamento. Di conseguenza, alcune norme in tema di istruzione pubblica iniziano a emergere alla fine del 18. secolo proprio nelle legislazioni statali, che definiscono progressivamente contenuti, organizzazione ed estensione dell'educazione scolastica per la fase preuniversitaria (denominata K-12, dal *kindergarten* al *grade 12th*, ossia dalla scuola dell'infanzia alla fine della scuola superiore)²⁰.

Nel 19. secolo, si osserva che da un lato la competenza decentrata alimenta il sentimento di partecipazione e condivisione culturale nelle comunità locali, ma dall'altro porta a registrare divari tra i singoli Stati, in particolare tra gli Stati del nord e gli Stati del sud, ad esempio in termini di costi parametrati ai redditi e in termini di percentuale di iscrizioni rispetto alla popolazione²¹. Inoltre, l'ampia discrezionalità consente forti disparità nell'organizzazione dell'istruzione segregata, come testimonia il caso *Cumming v. Richmond County Board of Education* [175 U.S. 528 (1899)], in cui la Corte suprema conferma la decisione di

¹⁹ D.W. Black, *The Fundamental Right to Education*, in *Notre Dame Law Review*, 94, 2019, p. 1059 ss.

²⁰ J.C. Eastman, *When Did Education Become a Civil Right? An Assessment of State Constitutional Provisions for Education 1776-1900*, in *American Journal of Legal History*, 42, 1998, p. 3 ss.

²¹ S. Go e P. Lindert, *The Uneven Rise of American Public Schools*, in *Journal of Economic History*, 70, 2010, p. 1 ss.

una contea della Georgia di chiudere la scuola pubblica destinata agli afroamericani e di mantenere invece in funzione quella per i bianchi giustificando la scelta alla luce della scarsità dei fondi disponibili.

Il governo federale riveste un ruolo del tutto marginale in questo contesto, sebbene spesso intervenga con agevolazioni significative come le concessioni di terreni federali agli Stati a patto che siano utilizzati per favorire lo sviluppo di istituzioni pubbliche, come le scuole (*federal land grants*). Analogamente a quanto avvenuto in altri settori, il ruolo federale nell'istruzione si amplia durante il New deal, ma sempre tramite interventi minoritari, che si collocano all'interno di un contesto ancora saldamente dominato dalla gestione statale e locale e mirano per lo più al reinserimento lavorativo.

Il passaggio cruciale per l'affermarsi di un ruolo del livello federale nella disciplina dell'istruzione preuniversitaria si ha nel 1965, quando il Presidente Johnson firma l'Elementary and secondary education Act (Esea), che stabilisce per la prima volta un impegno strutturale del governo federale nel finanziamento a favore dei singoli Stati per sostenere i sistemi scolastici locali. In tal modo, l'Esea consolida l'idea secondo cui l'istruzione K-12 è un ambito di interesse rilevante per il benessere generale di cui il Congresso può occuparsi, ma alimenta al contempo la tensione di fondo tra la costruzione del sostegno federale all'istruzione e la concreta dipendenza di quest'ultima da assetti locali spesso diseguali²².

Questa tensione diventa evidente pochi anni dopo l'entrata in vigore dell'Esea, quando la Corte suprema viene chiamata a pronunciarsi sulla natura del diritto all'istruzione e sulla legittimità delle disparità derivanti dai sistemi locali di finanziamento scolastico nel caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* [411 U.S. 1 (1973) – Materials 4]. Il caso è promosso da alcune famiglie di studenti di origine ispanica che contestano il sistema texano di finanziamento delle scuole pubbliche, basato in larga parte sulle imposte fondiari locali. Il meccanismo fa sì che il livello di finanziamento di ciascun distretto scolastico dipenda direttamente dal valore medio delle proprietà immobiliari presenti nel distretto medesimo: le aree ricche, con immobili di alto valore e quindi gettito elevato, godono pertanto di scuole molto meglio finanziate rispetto alle aree povere, e ciò genera un netto divario nella qualità delle strutture, delle risorse e del personale scolastico.

²² P. McGuinn, *Schooling the State: Esea and the Evolution of the U.S. Department of Education*, in *Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, 1, 2015, p. 77 ss.

La Corte, in quella occasione, dichiara che l'istruzione per quanto rilevante non può qualificarsi come un diritto fondamentale alla luce del testo costituzionale, e afferma espressamente che la povertà non costituisce una categoria meritevole di tutela rafforzata. Di conseguenza, sottopone la questione al solo *rational basis test* e giunge a legittimare il permanere delle diseguaglianze educative alla luce di un collegamento razionale tra il meccanismo di finanziamento vigente, da un lato, e l'interesse perseguito dallo Stato nell'esercizio delle proprie prerogative, dall'altro.

Pur riconoscendo in via retorica l'importanza cruciale dell'istruzione per la democrazia, la sentenza sancisce sul piano giuridico l'impossibilità di tradurre quel valore in un diritto che la Costituzione tutela in via eguale, e conferma la marginalità delle rivendicazioni sociali nel canone costituzionale statunitense. La posizione della Corte finisce per così legittimare un modello in cui l'accesso ad un'istruzione adeguata viene condizionato alla residenza in un determinato distretto e dunque alle capacità fiscali della relativa comunità, così che la ricchezza economica venga confinata geograficamente e sottratta ai meccanismi redistributivi²³. Ciò consente il ricorso a strumenti di esclusione sempre più violenti, fino ai recenti episodi di criminalizzazione dei genitori che tentano di iscrivere i figli in distretti diversi da quello di residenza²⁴.

L'approccio restrittivo adottato in *San Antonio* sembra trovare un limite solo nella decisione resa meno di un decennio più tardi nel caso *Plyler v. Doe* [457 U.S. 202 (1982)] in cui i giudici dichiarano incostituzionale una legge del Texas che nega l'accesso alle scuole pubbliche ai minori privi di regolare status di immigrazione. In realtà, in *Plyler*, la Corte ribadisce innanzitutto che il testo costituzionale non consente di qualificare l'istruzione come diritto fondamentale, e solo in seconda battuta riconosce che escludere i bambini sulla base dello status migratorio viola la *equal protection clause* del 14. emendamento, poiché impone un peso insormontabile nei confronti di una categoria vulnerabile e rischia di creare una classe subalterna del tutto priva di strumenti per partecipare alla vita democratica. *Plyler*, dunque, conferma il carattere ambivalente della giurisprudenza, deferente verso i criteri patrimoniali e verso la discrezionalità statale, ma interessata a non compromettere la coesione del corpo politico e la stabilità dell'ordine economico e sociale.

²³ L. Baldwin Clark, *Education as Property*, in *Virginia Law Review*, 105, 2019, p. 397 ss.

²⁴ *Ohio v. Williams-Bolar*, No. CR-09-10-3223(A), Court of Common Pleas, Summit County, Ohio, 25 gennaio 2011.

Anche a questo esito si collegano però le tensioni e le derive più recenti, poiché negli ultimi anni si registrano crescenti contestazioni della sentenza soprattutto in contesti statali caratterizzati da forti ostilità verso l'immigrazione²⁵. Alcuni esponenti politici sostengono che *Plyler* estende indebitamente la protezione dell'*equal protection clause*, e la critica si traduce sempre più spesso nella presentazione di diversi progetti di legge volti a complicare l'accesso alle scuole pubbliche per i minori non regolarizzati, nella speranza di sollecitare una revisione da parte della Corte²⁶. Di converso, altri esponenti politici si premurano di introdurre disposizioni volte a impedire che la frequenza scolastica venga condizionata allo status migratorio degli studenti o dei loro genitori, precisando in vari riferimenti normativi che le scuole pubbliche possono richiedere esclusivamente la prova della residenza nel distretto e non possono invece esigere prove relative alla cittadinanza o all'immigrazione²⁷. Simili contrasti indicano come l'equilibrio raggiunto rimanga fragile e costantemente esposto a spinte restrittive.

Le medesime critiche di espansione indebita e di intrusione nell'autonomia statale si pongono anche alla base delle recenti proposte di abolizione del *Department of education* (Doe) da parte dell'Amministrazione Trump²⁸.

L'organo, istituito nel 1979 per coordinare il sostegno federale al sistema educativo sul piano finanziario e organizzativo²⁹, non subentra mai concretamente nelle prerogative degli Stati, ma svolge un ruolo di raccordo per il monitoraggio della qualità dell'istruzione e soprattutto per la distribuzione di risorse economiche, quest'ultima spesso condizionata da interventi e adeguamenti richiesti ai beneficiari. Proprio quel meccanismo di condizionalità è oggetto di critiche costanti, che vedono nel Doe un apparato burocratico costoso, invasivo e non legittimato dal testo costituzionale³⁰; la proposta di smantellamento si giu-

²⁵ J. David Goodman, *Texas Governor Ready to Challenge Schooling of Migrant Children*, in *New York Times*, 5 maggio 2022.

²⁶ Si vedano ad esempio le iniziative del Tennessee (TN SB0836 e TN HB0793).

²⁷ Si veda l'esempio dell'Illinois (HB 3247).

²⁸ Executive order n. 14191 – Expanding Educational Freedom and Opportunity for Families (29 gennaio 2025); executive order n. 14242 – Improving Education Outcomes by Empowering Parents, States, and Communities (20 marzo 2025).

²⁹ P. McGuinn, *Schooling the State: ESEA and the Evolution of the U.S. Department of Education*, cit., p. 83 ss.

³⁰ P. Haney, *Coercion by the Numbers: Conditional Spending Doctrine and the Future of Federal Education Spending*, in *Case Western Reserve Law Review*, 64, 2013, p. 577 ss.

stifica pertanto con la finalità di recuperare la libertà delle comunità, e ancor più delle famiglie, nella scelta del tipo di istruzione più adatto, anche al di fuori della scuola pubblica tradizionale.

Tra le alternative educative possibili potrebbero rientrare le scuole private, o le scuole private ammesse a ricevere in parte finanziamenti pubblici (*charter school*), l'istruzione domiciliare (*home-schooling*) o i programmi educativi religiosi, senza tuttavia ridimensionare il ruolo federale nell'erogazione di aiuti economici: questi ultimi verrebbero affidati direttamente alle famiglie, tramite un sistema di *voucher* che dovrebbe alimentare la competizione nell'offerta dell'istruzione³¹. Questa prospettiva consolida allora la risalente predilezione statunitense per la privatizzazione e frammentazione della protezione sociale, e conferma la concezione delle prestazioni sociali come nient'altro che beni negoziabili, accessibili in base alle possibilità di spesa e alle preferenze "di consumo" dei singoli.

5. L'assistenza sanitaria e il Patient protection and affordable care Act

Le logiche di selettività e di mercato cui si è fatto cenno finora influenzano profondamente anche l'assistenza sanitaria.

Analogamente a quanto si è rilevato a proposito dell'istruzione preuniversitaria, il diritto alla salute non viene espressamente contemplato dalla Costituzione statunitense, e la Corte suprema rifiuta costantemente di individuare obblighi federali connessi. In sentenze cruciali come *Harris v. McRae* [(448 US 297 (1980))] e *DeShaney v. Winnebago County* [(489 U.S. 189 (1989))], la Corte ribadisce che la Costituzione non impone un obbligo positivo di fornire servizi sanitari o proteggere la salute delle persone, con ciò confinando espressamente l'effettività dell'assistenza sanitaria entro il perimetro di volta in volta delineato dalle leggi ordinarie.

Nel modello vigente, più volte modificato alla luce di riforme e sentenze, l'accesso alle cure risulta modulato in base all'appartenenza a categorie specifiche (anziani, disabili o indigenti) e, in via residuale, in base alla possibilità di stipulare polizze assicurative con imprese in larga parte private. Il quadro che ne deriva esprime ancora una volta la conce-

³¹ D. Goldstein, *Can Trump Really Abolish the Department of Education?*, in *New York Times*, 20 marzo 2025.

zione di quello che in area europea è un diritto fondamentale – in questo caso, il diritto alla salute – alla stregua di un bene di consumo qualsiasi³².

Già nei principali interventi federali in materia sanitaria, *Medicare* e *Medicaid*, introdotti negli anni Sessanta, si predilige un approccio selettivo all'assistenza: i programmi non universalizzano il diritto alla salute, ma circoscrivono la copertura dell'assistenza sanitaria a gruppi definiti, rafforzando l'idea che l'intervento pubblico sia un correttivo limitato, e non il pilastro di un sistema sanitario fondato sulla solidarietà e sull'eguaglianza. Una breve analisi dei due programmi è utile per comprenderne le critiche e le successive trasformazioni in sede legislativa e giurisprudenziale.

Medicare, come anticipato, è un programma federale che garantisce la copertura dei costi sanitari per persone anziane o disabili. La copertura si articola in più parti. La parte A riguarda i ricoveri ospedalieri, l'assistenza in strutture di cura a lungo termine e i servizi di assistenza domiciliare post-ricovero. La parte B finanzia le visite mediche, i servizi ambulatoriali e alcune prestazioni preventive. La parte C, detta *Medicare advantage* e introdotta nel 1997, consente agli iscritti a Medicare di ricevere le prestazioni delle parti A e B, e spesso anche la copertura farmaceutica della parte D, attraverso piani sanitari finanziati in gran parte con fondi federali ma gestiti da compagnie assicurative private, che possono includere poi cure odontoiatriche, oculistiche o programmi di benessere non compresi nelle altre parti. La parte D, introdotta nel 2003, riguarda infine la copertura dei farmaci da prescrizione. Mentre la parte A è gratuita per chi può vantare requisiti contributivi sufficienti, le altre parti sono opzionali e subordinate al pagamento di premi aggiuntivi.

Nel complesso, con l'introduzione di *Medicare* il governo federale individua un pacchetto relativamente ampio di prestazioni sanitarie di base e ne organizza il finanziamento unendo contributi fiscali e premi, ma pur sempre per le sole categorie di beneficiari che vantano i requisiti richiesti³³.

Medicaid, invece, è un programma che offre servizi sanitari per persone economicamente svantaggiate coinvolgendo congiuntamente il livello federale e quello statale. Al momento della sua istituzione, nel 1965, *Medicaid* non prevede un criterio uniforme di reddito a level-

³² H.N. Ratna, *Medical neoliberalism and the decline in U.S. healthcare quality*, in *Journal of Hospital Management and Health Policy*, 4, 2020, p. 1 ss.

³³ E. Wong Eakin e D. Lipschutz, *ABCD's of Medicare for Low-Income Beneficiaries*, in *Clearinghouse Review – Journal of Poverty Law and Policy*, 42, 2009, p. 569 ss.

lo federale, ma si indirizza ai soggetti già individuati dal sistema del Social security Act come beneficiari di specifiche forme di assistenza. La determinazione di soglie economiche precise viene poi rimessa entro certi limiti alla discrezionalità dei singoli Stati ed è oggetto, nel tempo, di numerosi interventi normativi, ma non ci si allontana mai del tutto dall'idea secondo cui solo i soggetti che rispettano determinati requisiti e versano in condizioni di povertà estrema possono beneficiare della copertura pubblica.

Sotto il profilo oggettivo, il programma si struttura come *open-ended matching grant*, ossia come impegno del governo federale a coprire, senza limiti di spesa (*open-ended*), una percentuale dei costi delle prestazioni sanitarie predeterminata in base alla ricchezza degli Stati: dal 50% per quelli più ricchi all'83% per i più poveri. La percentuale coperta dai fondi federali si combina (*matching*) con la percentuale a carico di ciascuno Stato: ne consegue che più quest'ultimo spende per le prestazioni, più riceve i fondi federali corrispondenti³⁴. A monte, il governo federale indica un nucleo di prestazioni obbligatorie, che include ricoveri ospedalieri, cure mediche di base, servizi di laboratorio e radiologia, assistenza pediatrica e ostetrico-ginecologica, e a cui si aggiunge un'ampia gamma di prestazioni opzionali che gli Stati possono decidere di finanziare. In molti contesti, ciò determina l'inclusione di servizi aggiuntivi come i farmaci da prescrizione, la riabilitazione e i programmi di salute mentale. Come già rilevato a proposito di altri contesti del welfare, l'elevata flessibilità rende *Medicaid* un programma estremamente eterogeneo dal punto di vista territoriale, ma nello stesso tempo consente di adattare l'intervento pubblico alle diverse esigenze sociali ed economiche di ciascuna realtà, a condizione che si rispettino gli standard minimi fissati a livello federale³⁵. Giova però precisare che, dal 1980, la modifica federale nota come Hyde amendment vieta l'uso di fondi federali – anche nel contesto di *Medicaid* – per le spese legate all'interruzione volontaria della gravidanza, salvo che si tratti di casi in cui la procedura è necessaria per salvare la vita della donna o la gravidanza deriva da incesto o stupro; tuttavia, i singoli Stati possono scegliere se coprire di propria iniziativa le spese nei casi eccedenti

³⁴ C. Bologna, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 371 ss.

³⁵ N. Huberfeld, *Federalizing Medicaid*, in *Journal of Constitutional Law*, 14, 2011, p. 431 ss.

(Cap. 6). La legittimità del divieto è stata confermata dalla Corte suprema in *Harris v. McRae* [448 U.S. 297 (1980)].

Sul quadro così delineato intervengono le rilevanti modifiche del Patient protection and affordable care Act del 2010 (Aca o *Obamacare*, dal nome del Presidente che lo ha strenuamente sostenuto)³⁶. La legge introduce un ampliamento del novero delle persone idonee per *Medicaid*, un obbligo assicurativo universale, e diversi correttivi che riguardano il mercato delle assicurazioni private e l'estensione dei servizi offerti nell'ambito di *Medicare*³⁷.

Per quanto concerne i requisiti soggettivi di *Medicaid*, l'Aca estende di molto la platea dei beneficiari, fissando come criterio minimo per l'idoneità il reddito fino al 133% della soglia federale di povertà, e in parallelo prevede un consistente aumento dei fondi federali da mettere a disposizione degli Stati.

In stretto legame con l'espansione di *Medicaid*, il pilastro dell'Aca è rappresentato dal cosiddetto obbligo individuale (*individual mandate*), ossia l'obbligo per tutti i cittadini di dotarsi di una copertura assicurativa sanitaria, con alcune esenzioni minime e con la previsione di un contributo fiscale obbligatorio a carico di chi non vi ottemperi (*individual shared responsibility payment*).

La misura risponde all'esigenza di garantire un ampliamento della platea degli assicurati, includendo anche i soggetti più giovani e in buona salute, così da distribuire i rischi e contenere il costo dei premi. Si consideri, del resto, che la maggior parte degli ospedali statunitensi con pronto soccorso è obbligata a prestare cure d'emergenza a chiunque, indipendentemente dalla nazionalità, dallo status e dalla possibilità di pagamento, come indicato dall'Emergency medical treatment and labor Act (Emtala) del 1986; pertanto, anche i pazienti indigenti e non assicurati ricevono le cure urgenti e, ove sia accertata l'impossibilità di pagare, le strutture sanitarie finiscono per scaricare i costi sugli assicurati e sui fondi pubblici, aumentando i premi assicurativi e la spesa pubblica. L'*individual mandate* costituisce dunque il cardine logico della riforma, volto a controbilanciare sia i costi esistenti sia quelli legati all'espansione di *Medicaid* e alla regolazione del mercato assicurativo privato.

³⁶ E. Mostacci, *La quadratura del cerchio: il sistema sanitario statunitense alla ricerca di inclusione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2010, p. 1542 ss.

³⁷ S. Rosenbaum, *The Patient Protection and Affordable Care Act: Implications for Public Health Policy and Practice*, in *Public Health Reports*, 126, 2011, p. 130 ss.

La riforma, inoltre, ridisegna profondamente il funzionamento del mercato assicurativo privato, senza tuttavia abbandonarne la centralità. Più precisamente, l'Aca introduce alcune regole per ridurre le aree di esclusione e correggere le distorsioni più gravi: il divieto di negare del tutto la copertura a soggetti con condizioni patologiche pregresse (*pre-existing conditions*), l'obbligo di includere in ogni polizza un pacchetto minimo di prestazioni considerate essenziali, l'eliminazione dei massimali annuali o per vita e la limitazione di alcuni criteri di differenziazione dei premi assicurativi. Contestualmente, vengono istituite piattaforme regolate a livello federale e statale (*health insurance marketplaces*) presso le quali i cittadini possono confrontare i diversi piani e beneficiare di crediti d'imposta per acquistare le polizze; inoltre, viene esteso il novero dei datori di lavoro obbligati per legge a fornire un'assicurazione ai dipendenti. Tutto ciò amplia la platea dei potenziali assicurati e ne rafforza la protezione, ma non trasforma il modello statunitense in un sistema di assistenza propriamente universalistico: l'Aca preserva la logica del mercato, limitandosi a introdurre correttivi che consentono di attenuarne gli effetti escludenti.

Infine, l'Aca modifica alcuni aspetti di *Medicare* per rafforzarne la sostenibilità economica e per migliorare l'efficacia delle prestazioni. Ad esempio, viene estesa la copertura per molte prestazioni preventive (*screening*, visite di controllo, vaccinazioni) con l'obiettivo di incentivare un maggiore ricorso alla prevenzione.

Si attenuano così alcune delle disfunzioni del modello precedente, ma senza mettere in discussione il carattere selettivo dell'intervento pubblico e senza intaccare l'impostazione mercatistica. Giova peraltro ricordare che l'iniziale proposta di creare un piano assicurativo gestito dal governo (*public option*) viene immediatamente abbandonata perché incapace di ottenere voti sufficienti al Congresso, il che restituisce anche la valenza del tutto illusoria e al più simbolica delle iniziative legislative che ancora in tempi recenti invocano un più radicale *Medicare for all*, ossia una soluzione in cui il governo federale estende la copertura assicurativa di base a tutti i cittadini e la finanzia tramite l'imposizione fiscale³⁸.

³⁸ S.J. Chandler, *Medicare for All: The Need for a Long Approach*, in *Houston Journal of Health Law & Policy*, 20, 2020, p. 1 ss.

6. Il ridimensionamento dell'assistenza sanitaria

Nonostante l'impatto circoscritto, l'Aca diviene subito oggetto di contestazioni e interventi che ne limitano ulteriormente gli effetti, a riprova di quanto il compromesso raggiunto sia legato a impegni politici assai precari. Il primo e più importante ridimensionamento viene realizzato dalla sentenza della Corte suprema nel caso *NFIB v. Sebelius* [567 U.S. 519 (2012) – Materiali 5]³⁹.

La pronuncia si cala nel peculiare contesto delle proteste portate avanti dal *Tea party*, il movimento nato nel 2009 per esprimere ostilità verso l'aumento dell'intervento federale nell'economia all'indomani della crisi finanziaria; proprio per via di questi intenti, i manifestanti dichiarano di richiamarsi simbolicamente al *Boston tea party* del 1773, episodio storico in cui i coloni protestano contro la tassazione imposta dal governo britannico distruggendo, a Boston, il carico di tè trasportato dalla Compagnia delle indie orientali.

Le critiche del movimento del 2009 riguardano misure diverse per contenuti e per costi, dal salvataggio delle banche all'incremento della regolazione del mercato, osteggiate perché in contrasto con la limitazione dell'intervento pubblico ritenuta tradizionalmente dominante nell'ordinamento statunitense⁴⁰. Proprio nel 2012 il *Tea party* raggiunge l'apice della visibilità, e sebbene di lì a poco tempo inizi a dissolversi, la sua critica anti-elitista e anti-paternalista influenza già il partito che ne condivide maggiormente le posizioni ideologiche, ossia il partito dei Repubblicani, accelerandone la transizione dal conservatorismo tradizionale ad un populismo libertario caratterizzato da retoriche aggressive, accesa ostilità verso i compromessi istituzionali e ampia mobilitazione di base⁴¹.

In considerazione di quelle tensioni, la sentenza della Corte suprema in *Sebelius* rappresenta un banco di prova cruciale non solo per la stabilità della riforma, ma anche per la validazione dei poteri costituzionali esercitati dal governo federale; ne consegue che il significato della posizione adottata dai giudici può essere meglio compreso se si

³⁹ C. Bologna, *Sovranità degli stati federati e costituzionalità della riforma sanitaria: gli equilibri del chief justice Roberts*, in *Federalismi.it*, 16, 2012.

⁴⁰ V. Williamson, T. Skocpol e J. Coggin, *The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism*, in *Perspectives on Politics*, 9, 2011, p. 25 ss.

⁴¹ B.L. Nacos, Y. Bloch-Elkon e R.Y. Shapiro, *Hate Speech and Political Violence: Far-Right Rhetoric from the Tea Party to the Insurrection*, New York NY, 2024.

distingue il piano particolare dei quesiti relativi alla tenuta dell'Aca dalla prospettiva generale delle questioni costituzionali trattate.

Quanto ai quesiti, i giudici sono chiamati ad affrontare due profili di legittimità relativi alla riforma, ossia la costituzionalità dell'*individual mandate*, alla luce dei poteri attribuiti al Congresso dall'art. 1, e la costituzionalità del ritiro del supporto federale per le spese sanitarie negli Stati che non acconsentono ad espandere il novero dei soggetti idonei per il programma *Medicaid*, alla luce del limite tracciato dal 10. emendamento.

Da una prospettiva più ampia, tuttavia, si può ben rilevare che la Corte è chiamata a definire i termini di due nodi fondamentali nella costruzione costituzionale: il rapporto tra poteri federali e libertà economiche dei cittadini, da un lato, e il rapporto tra i medesimi poteri federali e l'autonomia degli Stati federati, dall'altro.

Se si scompone la questione nei due livelli appena indicati – particolare e generale – emerge che la sentenza resa in *Sebelius* assume in entrambi un atteggiamento restrittivo, poiché salva formalmente il disegno della riforma ma ne compromette la sostanza, e al contempo realizza un evidente ridimensionamento dei poteri federali. Resta sullo sfondo il tema dell'accesso alla salute, che la riforma si propone di ampliare, così che la decisione resa risulti fredda e tecnicistica, del tutto sganciata dai temi sostanziali sottesi.

Quanto al primo quesito, la sentenza esclude che l'obbligo di acquistare un'assicurazione sanitaria sotto comminatoria di una penalità trovi fondamento nei poteri attribuiti al Congresso in materia di commercio interstatale (art. 1, sez. 8, clausola 3 Cost.). L'opinione di maggioranza, piuttosto, interpreta l'obbligo assicurativo e il contributo annesso come legittima espressione del potere di tassazione e di spesa del Congresso (art. 1, sez. 8, clausola 1 Cost.). L'interpretazione adottata preserva la tenuta complessiva dell'Aca, ma solo apparentemente e solo per breve tempo, dal momento che le disposizioni in materia fiscale sono più agevoli da modificare per via legislativa, grazie a una procedura semplificata. E infatti, dopo pochi anni, il Tax cuts and jobs Act del 2017 azzerava l'ammontare del contributo correlato all'obbligo assicurativo e priva quest'ultimo dell'efficacia coercitiva.

A conferma della divisività delle questioni trattate in *Sebelius*, la posizione sul secondo quesito viene sostenuta da un gruppo di giudici in parte diverso. Quest'ultimo afferma che la condizione apposta dalla legge federale – pur con la garanzia di una copertura del 100% delle spese dovute all'espansione nei primi anni, e del 90% negli anni

successivi – si presenta come una coercizione inaccettabile che non lascia una libera scelta agli Stati, e che di conseguenza eccede i limiti del potere federale tracciati ai sensi del combinato disposto tra l'art. 1 sez. 8, in materia di tassazione e di spesa, e il 10. emendamento⁴². La prima maggioranza di cinque giudici si ricompone, infine, nel passaggio conclusivo relativo al secondo quesito, in cui si rileva che l'incostituzionalità dell'espansione di *Medicaid* non invalida l'intera legge federale. Di conseguenza si afferma che l'espansione può rimanere parte dell'Aca, ma gli Stati possono scegliere di non aderire senza rischiare la perdita dell'intero finanziamento. Dopo la pronuncia, gli Stati che scelgono di aderire all'espansione passano da una ventina iniziale a più di quaranta, ma le persistenti lacune in diverse aree del Paese fanno sì che milioni di cittadini con reddito medio-basso rimangano privi della copertura offerta da *Medicaid* e spesso anche impossibilitati ad acquistare una copertura assicurativa nel mercato.

Emerge dunque l'impatto dirompente della sentenza sui propositi inclusivi dell'Aca: una riforma pensata come estesa e capillare diviene un meccanismo nuovamente selettivo e frammentato le cui forme sono preservate solo in un'ottica di autolegittimazione, ossia per evitare di attribuire a una Corte a maggioranza conservatrice lo smantellamento parziale della principale riforma promossa da un Presidente progressista⁴³.

Due sentenze successive – *King v Burwell* [576 U.S. 473 (2015)] e *California v. Texas* [593 U.S. 659 (2021)] – confermano questo approccio. La Corte rigetta alcune contestazioni marginali mosse all'Aca e si mostra deferente rispetto alle intenzioni del legislatore, ma di fatto conserva una legge profondamente debilitata⁴⁴.

Ed è nuovamente un preteso pragmatismo istituzionale a sostenere la recente decisione in *Kennedy v. Braidwood Management* [605 U.S. ____ (2025)]. La sentenza rigetta le contestazioni mosse alla legittimità del meccanismo di funzionamento della *U.S. preventive services task force*, organo responsabile di individuare le cure preventive di base che gli assicuratori devono coprire per intero ai sensi dell'Aca, ma aggiunge alcune precisazioni importanti. La decisione evita di sollevare malu-

⁴² A. Baraggia, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi*, cit., p. 75 ss.

⁴³ A.M. Bikel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis IN, 1968.

⁴⁴ E. Mostacci, *Costituzionalmente non illegittimo, ma ormai privo di nerbo: l'Obamacare dopo la presidenza Trump*, in *Corti Supreme e Salute*, 2021, p. 301 ss.

mori verso l'ala conservatrice da parte di chi si sarebbe ritrovato, in caso di accoglimento, a dover pagare costi assicurativi assai elevati causa il venir meno dell'organo che individua le cure che l'assicurazione privata è tenuta a coprire obbligatoriamente. E tuttavia, compie un passo importante nell'affermare a chiare lettere che le raccomandazioni tecniche della task force non sono isolate dalla politica, pertanto i funzionari che ne fanno parte possono legittimamente essere sottoposti al controllo delle cariche superiori, queste ultime sì di nomina politica.

La posizione della Corte in *Braidwood Management* è coerente con la traiettoria segnata dalla giurisprudenza sull'Aca, poiché privilegia astrattamente la dimensione politica e oscura la dimensione tecnica e regolatoria, ma sostiene un disegno che non è privo di rischi: se da un lato sottolinea la necessità di un dialogo democratico sulle scelte che incidono su costi e prerogative individuali, dall'altro determina l'instabilità dei presidi legati alla salute pubblica, in un contesto che è già fortemente polarizzato e che vede le tutele dei gruppi più deboli sempre più compromesse.

L'incertezza risulta ulteriormente accentuata sotto la seconda Presidenza Trump, segnata da un orientamento esplicitamente volto a ridurre l'intervento federale in materia sanitaria e a politicizzare in modo più diretto le scelte in tema di salute pubblica⁴⁵. Le misure adottate dal Presidente nei primi mesi del nuovo mandato testimoniano proprio questa tendenza: oltre alla riorganizzazione delle agenzie sanitarie federali sotto un controllo politico più incisivo, avallato dalla sentenza *Braidwood Management*, si segnala il ritiro dalle iniziative legate alla prevenzione e alla salute pubblica su scala internazionale⁴⁶ e la revoca di importanti tutele in materia di salute riproduttiva (Cap. 6)⁴⁷. A ciò si aggiungono rilevanti modifiche su *Medicaid*, come l'introduzione di requisiti lavorativi⁴⁸, e su *Medicare*, come l'eliminazione della copertura federale per alcune categorie di migranti⁴⁹. Inoltre, la

⁴⁵ M.K. Gusmano, M.S. Sparer e L.D. Brown, *Trump v. The Aca*, in *Health Economics, Policy and Law*, 16, 2021, p. 251 ss.

⁴⁶ Executive order n. 14155 – Withdrawing the United States from the World Health Organization (20 gennaio 2025).

⁴⁷ Executive order n. 14182 – Enforcing the Hyde Amendment (24 gennaio 2025) e One big beautiful bill Act del 2025, sez. 71113.

⁴⁸ Ivi, sez. 71119.

⁴⁹ Ivi, sez. 71201; executive order n. 14218 – Ending Taxpayer Subsidization of Open Border (19 febbraio 2025).

riduzione della spesa federale per l'assistenza sanitaria – in particolare per sostenere *Medicaid*, *Medicare* e i sussidi per l'acquisto di assicurazioni da parte dei soggetti non coperti – è tra le principali questioni di scontro politico che nell'autunno del 2025 impediscono l'approvazione delle leggi di spesa da parte del Congresso e portano così a sospendere le attività del governo federale (*government shutdown*) per 35 giorni: la sospensione più estesa fino a quel momento.

L'ambito dell'assistenza sanitaria negli Stati Uniti resta dunque connotato da una grave precarietà delle tutele, e i rapporti di forza politica, economica e giuridica contribuiscono a consolidare una concezione della salute non quale diritto fondamentale, bensì quale aspettativa fragile e reversibile, scambiabile nel mercato e subordinata al contesto politico del momento.

Materiali

1. Steward Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548 (1937)

Mr. Justice Cardozo delivered the opinion of the Court.

The validity of the tax imposed, by the Social security Act on employers of eight or more is here to be determined.

Petitioner, an Alabama corporation, paid a tax in accordance with the statute, filed a claim for refund with the Commissioner of Internal Revenue, and sued to recover the payment (\$46.14), asserting a conflict between the statute and the Constitution of the United States...

We are told that the relation of employment is one so essential to the pursuit of happiness that it may not be burdened with a tax. Appeal is made to history.

From the precedents of colonial days we are supplied with illustrations of excises common in the colonies. They are said to have been bound up with the enjoyment of particular commodities. Appeal is also made to principle or the analysis of concepts. An excise, we are told, imports a tax upon a privilege; employment, it is said, is a right, not a privilege, from which it follows that employment is not subject to an excise. Neither the one appeal nor the other leads to the desired goal. As to the argument from history: Doubtless there were many excises in colonial days and later that were associated, more or less intimately, with the enjoyment or the use of property. This would not prove, even if no others were then known, that the forms then accepted were not subject to enlargement...

No commodity was affected there. The industry of counsel has supplied us with an apter illustration where the tax was not different in substance from the one now challenged as invalid. In 1777, before our Constitutional Convention, Parliament laid upon employers an annual "duty" of 21 shillings for "every male Servant" employed in stated forms of work...

The historical prop failing, the prop or fancied prop of principle remains. We learn that employment for lawful gain is a "natural" or "inherent" or "inalienable" right, and not a "privilege" at all. But natural rights, so called, are as much subject to taxation as rights of less importance...

The subject matter of taxation open to the power of the Congress is as comprehensive as that open to the power of the states, though the method of apportionment may at times be different. "The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises"...

To draw the line intelligently between duress and inducement there is need to remind ourselves of facts as to the problem of unemployment that are now matters of common knowledge. The relevant statistics are gathered in the brief of counsel for the Government. Of the many available figures a few only will be mentioned. During the years 1929 to 1936, when the country was passing through a cyclical depression, the number of the unemployed mounted to unprecedented heights...

The fact developed quickly that the states were unable to give the requisite relief. The problem had become national in area and dimensions. There was need of help from the nation if the people were not to starve. It is too late today for the argument to be heard with tolerance that in a crisis so extreme the use of the moneys of the nation to relieve the unemployed and their dependents is a use for any purpose narrower than the promotion of the general welfare...

In the presence of this urgent need for some remedial expedient, the question is to be answered whether the expedient adopted has overlept the bounds of power. The assailants of the statute say that its dominant end and aim is to drive the state legislatures under the whip of economic pressure into the enactment of unemployment compensation laws at the bidding of the central government...

Nothing in the case suggests the exertion of a power akin to undue influence, if we assume that such a concept can ever be applied with fitness to the relations between state and nation. Even on that assumption the location of the point at which pressure turns into compulsion, and ceases to be inducement, would be a question of degree, – at times, perhaps, of fact...

2. Helvering v. Davis, 301 U.S. 619 (1937)

Mr. Justice Cardozo delivered the opinion of the Court.

The Social security Act is challenged once again.

In *Steward Machine Co. v. Davis*, decided this day, we have upheld the validity of Title 9 of the act, imposing an excise upon employers of eight or more. In this case Titles 8 and 2 are the subject of attack. Title 8 lays another excise upon employers in addition to the one imposed by Title 9 (though with different exemptions). It lays a special income tax upon employees to be deducted from their wages and paid by the employers. Title 2 provides for the payment of Old Age Benefits, and supplies the motive and occasion, in the view of the assailants of the statute, for the levy of the taxes imposed by Title 8...

This suit is brought by a shareholder of the Edison Electric Illuminating Company of Boston, a Massachusetts corporation, to restrain the corporation from making the payments and deductions called for by the act, which is stated to be void under the Constitution of the United States...

We were asked to determine: (1) "whether the tax imposed upon employers by Sect. 804 of the Social security Act is within the power of Congress under the Constitution," and (2) "whether the validity of the tax imposed upon employees by Sect. 801 of the Social security Act is properly in issue in this case, and if it is, whether that tax is within te power of Congress under the Constitution"...

The scheme of benefits created by the provisions of Title 2 is not in contravention of the limitations of the Tenth Amendment.

Congress may spend money in aid of the "general welfare". There have been great statesmen in our history who have stood for other views... The conception of the spending power advocated by Hamilton and strongly reinforced by Story has prevailed over that of Madison, which has not been lacking in adherents.

Yet difficulties are left when the power is conceded. The line must still be drawn between one welfare and another, between particular and general. Where this shall be placed cannot be known through a formula in advance of the event. There is a middle ground or certainly a penumbra in which discretion is at large. The discretion, however, is not confided to the courts. The discretion belongs to Congress, unless the choice is clearly wrong, a display of arbitrary power, not an exercise of judgment...

Nor is the concept of the general welfare static. Needs that were narrow or parochial a century ago may be interwoven in our day with the well-being of the Nation. What is critical or urgent changes with the times.

The purge of nation-wide calamity that began in 1929 has taught us many lessons. Not the least is the solidarity of interests that may once have seemed to be divided. Unemployment spreads from State to State, the hinterland now settled that in pioneer days gave an avenue of escape...

Rescue becomes necessary irrespective of the cause. The hope behind this statute is to save men and women from the rigors of the poor house as well as from the haunting fear that such a lot awaits them when journey's end is near.

Congress did not improvise a judgment when it found that the award of old age benefits would be conducive to the general welfare...

The problem is plainly national in area and dimensions. Moreover, laws of the separate states cannot deal with it effectively. Congress, at least, had a basis for that belief. States and local governments are often lacking in the resources that are necessary to finance an adequate program of security for the aged. This is brought out with a wealth of illustration in recent studies of the problem. Apart from the failure of resources, states and local governments are at times reluctant to increase so heavily the burden of taxation to be borne by their residents for fear of placing themselves in a position of economic disadvantage as compared with neighbors or competitors...

Whether wisdom or unwisdom resides in the scheme of benefits set forth in Title 2, it is not for us to say. The answer to such inquiries must come from Congress, not the courts. Our concern here, as often, is with power, not with wisdom...

When money is spent to promote the general welfare, the concept of welfare or the opposite is shaped by Congress, not the states. So the concept be not arbitrary, the locality must yield.

Title 2 being valid, there is no occasion to inquire whether Title 8 would have to fall if Title 2 were set at naught...

The tax upon employers is a valid excise or duty upon the relation of employment...

3. **Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970)**

Mr. Justice Brennan delivered the opinion of the Court.

The question for decision is whether a State that terminates public assistance payments to a particular recipient without affording him the opportunity for an evidentiary hearing prior to termination denies the recipient procedural due

process in violation of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. This action was brought in the District Court for the Southern District of New York by residents of New York City receiving financial aid under the federally assisted program of Aid to Families with Dependent Children (Afdc) or under New York State's general Home Relief program. Their complaint alleged that the New York State and New York City officials administering these programs terminated, or were about to terminate, such aid without prior notice and hearing, thereby denying them due process of law...

The constitutional issue to be decided, therefore, is the narrow one whether the Due Process Clause requires that the recipient be afforded an evidentiary hearing before the termination of benefits. The District Court held that only a pre-termination evidentiary hearing would satisfy the constitutional command, and rejected the argument of the state and city officials that the combination of the post-termination "fair hearing" with the informal pre-termination review disposed of all due process claims...

Appellant does not contend that procedural due process is not applicable to the termination of welfare benefits. Such benefits are a matter of statutory entitlement for persons qualified to receive them. Their termination involves state action that adjudicates important rights. The constitutional challenge cannot be answered by an argument that public assistance benefits are "a 'privilege' and not a 'right'".

Relevant constitutional restraints apply as much to the withdrawal of public assistance benefits as to disqualification for unemployment compensation; or to denial of a tax exemption; or to discharge from public employment. The extent to which procedural due process must be afforded the recipient is influenced by the extent to which he may be "condemned to suffer grievous loss", and depends upon whether the recipient's interest in avoiding that loss outweighs the governmental interest in summary adjudication. Accordingly, "consideration of what procedures due process may require under any given set of circumstances must begin with a determination of the precise nature of the government function involved as well as of the private interest that has been affected by governmental action".

It is true, of course, that some governmental benefits may be administratively terminated without affording the recipient a pre-termination evidentiary hearing. But we agree with the District Court that when welfare is discontinued, only a pre-termination evidentiary hearing provides the recipient with procedural due process. For qualified recipients, welfare provides the means to obtain essential food, clothing, housing, and medical care.

Thus the crucial factor in this context – a factor not present in the case of the blacklisted government contractor, the discharged government employee, the taxpayer denied a tax exemption, or virtually anyone else whose governmental entitlements are ended – is that termination of aid pending resolution of a controversy over eligibility may deprive an eligible recipient of the very means by which to live while he waits. Since he lacks independent resources, his situation becomes immediately desperate. His need to concentrate upon finding the

means for daily subsistence, in turn, adversely affects his ability to seek redress from the welfare bureaucracy.

Moreover, important governmental interests are promoted by affording recipients a pre-termination evidentiary hearing. From its founding the Nation's basic commitment has been to foster the dignity and well-being of all persons within its borders. We have come to recognize that forces not within the control of the poor contribute to their poverty. This perception, against the background of our traditions, has significantly influenced the development of the contemporary public assistance system. Welfare, by meeting the basic demands of subsistence, can help bring within the reach of the poor the same opportunities that are available to others to participate meaningfully in the life of the community. At the same time, welfare guards against the societal malaise that may flow from a widespread sense of unjustified frustration and insecurity. Public assistance, then, is not mere charity, but a means to "promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity". The same governmental interests that counsel the provision of welfare, counsel as well its uninterrupted provision to those eligible to receive it; pre-termination evidentiary hearings are indispensable to that end.

Appellant does not challenge the force of these considerations but argues that they are outweighed by countervailing governmental interests in conserving fiscal and administrative resources. These interests, the argument goes, justify the delay of any evidentiary hearing until after discontinuance of the grants. Summary adjudication protects the public fisc by stopping payments promptly upon discovery of reason to believe that a recipient is no longer eligible. Since most terminations are accepted without challenge, summary adjudication also conserves both the fisc and administrative time and energy by reducing the number of evidentiary hearings actually held...

4. San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973)

Mr. Justice Powell delivered the opinion of the Court.

This suit attacking the Texas system of financing public education was initiated by Mexican-American parents whose children attend the elementary and secondary schools in the Edgewood Independent School District, an urban school district in San Antonio, Texas. They brought a class action on behalf of school-children throughout the State who are members of minority groups or who are poor and reside in school districts having a low property tax base...

The first Texas State Constitution, promulgated upon Texas' entry into the Union in 1845, provided for the establishment of a system of free schools. Early in its history, Texas adopted a dual approach to the financing of its schools, relying on mutual participation by the local school districts and the State. As early as 1883, the state constitution was amended to provide for the creation of local school districts empowered to levy ad valorem taxes with the consent

of local taxpayers for the "erection ... of school buildings" and for the "further maintenance of public free schools". Such local funds as were raised were supplemented by funds distributed to each district from the State's Permanent and Available School Funds.

The Available School Fund, which received income from the Permanent School Fund as well as from a state ad valorem property tax and other designated taxes, served as the disbursing arm for most state educational funds throughout the late 1800's and first half of this century. Additionally, in 1918 an increase in state property taxes was used to finance a program providing free textbooks throughout the State.

Until recent times, Texas was a predominantly rural State and its population and property wealth were spread relatively evenly across the State. Sizable differences in the value of assessable property between local school districts became increasingly evident as the State became more industrialized and as rural-to-urban population shifts became more pronounced.

The location of commercial and industrial property began to play a significant role in determining the amount of tax resources available to each school district. These growing disparities in population and taxable property between districts were responsible in part for increasingly notable differences in levels of local expenditure for education.

In due time it became apparent to those concerned with financing public education that contributions from the Available School Fund were not sufficient to ameliorate these disparities...

Recognizing the need for increased state funding to help offset disparities in local spending and to meet Texas' changing educational requirements, the state legislature in the late 1940's undertook a thorough evaluation of public education with an eye toward major reform... Efforts led to the passage of the Gilmer-Aikin bills, establishing the Texas minimum foundation school program. Today, this program accounts for approximately half of the total educational expenditures in Texas...

The design of this complex system was twofold. First, it was an attempt to assure that the foundation program would have an equalizing influence on expenditure levels between school districts by placing the heaviest burden on the school districts most capable of paying. Second, the Program's architects sought to establish a local fund assignment that would force every school district to contribute to the education of its children but that would not by itself exhaust any district's resources. Today every school district does impose a property tax from which it derives locally expendable funds in excess of the amount necessary to satisfy its local fund assignment under the foundation program... The school district in which appellees reside, the Edgewood independent school district, has been compared throughout this litigation with the Alamo Heights independent school district. This comparison between the least and most affluent districts in the San Antonio area serves to illustrate the manner in which the dual system of finance operates and to indicate the extent to which substantial disparities exist despite the State's impressive progress in recent years...

Despite these recent increases, substantial interdistrict disparities in school expenditures found by the district court to prevail in San Antonio and in varying degrees throughout the State still exist.

And it was these disparities, largely attributable to differences in the amounts of money collected through local property taxation, that led the district court to conclude that Texas dual system of public school financing violated the equal protection clause...

Education, of course, is not among the rights afforded explicit protection under our Federal Constitution. Nor do we find any basis for saying it is implicitly so protected. As we have said, the undisputed importance of education will not alone cause this Court to depart from the usual standard for reviewing a State's social and economic legislation...

To the extent that the Texas system of school financing results in unequal expenditures between children who happen to reside in different districts, we cannot say that such disparities are the product of a system that is so irrational as to be invidiously discriminatory...

In refusing to invalidate the Texas system of financing its public schools, the Court today applies with thoughtfulness and understanding the basic principles I have so sketchily summarized. First, as the Court points out, the Texas system has hardly created the kind of objectively identifiable classes that are cognizable under the Equal Protection Clause. Second, even assuming the existence of such discernible categories, the classifications are in no sense based upon constitutionally "suspect" criteria. Third, the Texas system does not rest "on grounds wholly irrelevant to the achievement of the State's objective". Finally, the Texas system impinges upon no substantive constitutional rights or liberties...

5. National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012)

Roberts, C. J., announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court.

Today we resolve constitutional challenges to two provisions of the Patient Protection and Affordable Care Act of 2010: the individual mandate, which requires individuals to purchase a health insurance policy providing a minimum level of coverage; and the Medicaid expansion, which gives funds to the States on the condition that they provide specified health care to all citizens whose income falls below a certain threshold. We do not consider whether the Act embodies sound policies. That judgment is entrusted to the Nation's elected leaders. We ask only whether Congress has the power under the Constitution to enact the challenged provisions.

In our federal system, the National Government possesses only limited powers the States and the people retain the remainder. Nearly two centuries ago, Chief Justice Marshall observed that "the question respecting the extent of the powers actually granted" to the Federal Government "is perpetually arising, and will

probably continue to arise, as long as our system shall exist”.

In this case we must again determine whether the Constitution grants Congress powers it now asserts, but which many States and individuals believe it does not possess. Resolving this controversy requires us to examine both the limits of the Government’s power, and our own limited role in policing those boundaries...

This case concerns two powers that the Constitution does grant the Federal Government, but which must be read carefully to avoid creating a general federal authority akin to the police power. The Constitution authorizes Congress to “regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”. Our precedents read that to mean that Congress may regulate “the channels of interstate commerce”, “persons or things in interstate commerce”, and “those activities that substantially affect interstate commerce”...

Congress may also “lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States”...

Our permissive reading of these powers is explained in part by a general reticence to invalidate the acts of the Nation’s elected leaders...

Those decisions are entrusted to our Nation’s elected leaders, who can be thrown out of office if the people disagree with them. It is not our job to protect the people from the consequences of their political choices.

Our deference in matters of policy cannot, however, become abdication in matters of law...

The questions before us must be considered against the background of these basic principles.

In 2010, Congress enacted the Patient Protection and Affordable Care Act. The Act aims to increase the number of Americans covered by health insurance and decrease the cost of health care. The Act’s 10 titles stretch over 900 pages and contain hundreds of provisions. This case concerns constitutional challenges to two key provisions, commonly referred to as the individual mandate and the Medicaid expansion.

The individual mandate requires most Americans to maintain “minimum essential” health insurance coverage. The mandate does not apply to some individuals, such as prisoners and undocumented aliens. Many individuals will receive the required coverage through their employer, or from a government program such as Medicaid or Medicare. But for individuals who are not exempt and do not receive health insurance through a third party, the means of satisfying the requirement is to purchase insurance from a private company.

Beginning in 2014, those who do not comply with the mandate must make a “shared responsibility payment” to the Federal Government...

On the day the President signed the Act into law, Florida and 12 other States filed a complaint in the Federal District Court for the Northern District of Florida. Those plaintiffs – who are both respondents and petitioners here, depending on the issue – were subsequently joined by 13 more States, several individuals, and the National Federation of Independent Business. The plaintiffs alleged, among other things, that the individual mandate provisions of the Act exceeded Con-

gress's powers under Article 1 of the Constitution...

The second provision of the Affordable Care Act directly challenged here is the Medicaid expansion...

The Affordable Care Act expands the scope of the Medicaid program and increases the number of individuals the States must cover. For example, the Act requires state programs to provide Medicaid coverage to adults with incomes up to 133 percent of the federal poverty level, whereas many States now cover adults with children only if their income is considerably lower, and do not cover childless adults at all...

If a State does not comply with the Act's new coverage requirements, it may lose not only the federal funding for those requirements, but all of its federal Medicaid funds...

Before turning to the merits, we need to be sure we have the authority to do so. The Anti-Injunction Act provides that "no suit for the purpose of restraining the assessment or collection of any tax shall be maintained in any court by any person, whether or not such person is the person against whom such tax was assessed" ... The Affordable Care Act does not require that the penalty for failing to comply with the individual mandate be treated as a tax for purposes of the Anti-Injunction Act. The Anti-Injunction Act therefore does not apply to this suit, and we may proceed to the merits.

The Government advances two theories for the proposition that Congress had constitutional authority to enact the individual mandate. First, the Government argues that Congress had the power to enact the mandate under the Commerce Clause. Under that theory, Congress may order individuals to buy health insurance because the failure to do so affects interstate commerce, and could undercut the Affordable Care Act's other reforms. Second, the Government argues that if the commerce power does not support the mandate, we should nonetheless uphold it as an exercise of Congress's power to tax. According to the Government, even if Congress lacks the power to direct individuals to buy insurance, the only effect of the individual mandate is to raise taxes on those who do not do so, and thus the law may be upheld as a tax...

Given its expansive scope, it is no surprise that Congress has employed the commerce power in a wide variety of ways to address the pressing needs of the time. But Congress has never attempted to rely on that power to compel individuals not engaged in commerce to purchase an unwanted product...

Because the Commerce Clause does not support the individual mandate, it is necessary to turn to the Government's second argument: that the mandate may be upheld as within Congress's enumerated power to "lay and collect Taxes" ... The exaction the Affordable Care Act imposes on those without health insurance looks like a tax in many respects... The Affordable Care Act's requirement that certain individuals pay a financial penalty for not obtaining health insurance may reasonably be characterized as a tax. Because the Constitution permits such a tax, it is not our role to forbid it, or to pass upon its wisdom or fairness...

The States also contend that the Medicaid expansion exceeds Congress's authority under the Spending Clause. They claim that Congress is coercing the

States to adopt the changes it wants by threatening to withhold all of a State's Medicaid grants, unless the State accepts the new expanded funding and complies with the conditions that come with it. This, they argue, violates the basic principle that the "Federal Government may not compel the States to enact or administer a federal regulatory program"...

The Court in *Steward Machine* did not attempt to "fix the outermost line" where persuasion gives way to coercion. The Court found it "enough for present purposes that wherever the line may be, this statute is within it". We have no need to fix a line either. It is enough for today that wherever that line may be, this statute is surely beyond it...

Nothing in our opinion precludes Congress from offering funds under the Affordable Care Act to expand the availability of health care, and requiring that States accepting such funds comply with the conditions on their use. What Congress is not free to do is to penalize States that choose not to participate in that new program by taking away their existing Medicaid funding...

The Court today limits the financial pressure the Secretary may apply to induce States to accept the terms of the Medicaid expansion. As a practical matter, that means States may now choose to reject the expansion...

Capitolo quinto

L'istruzione superiore

1. La higher education tra discriminazioni razziali e diseguaglianze economiche

Si è visto come la desegregazione abbia riguardato in prima battuta l'educazione scolastica (Cap. 3 par. 4). L'istruzione di base è stata reputata dalla Corte suprema il fondamento del rapporto di cittadinanza e lo strumento principe per la presa di coscienza da parte dei fanciulli dei valori culturali statunitensi, ed è quindi da fornire a tutti i cittadini. Ne consegue che essa è probabilmente la più importante funzione del governo statale e locale. Insomma, nell'educazione di base al settore pubblico è affidato il compito di organizzare il sistema, occupandosi anche della tematica delle discriminazioni [*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)].

Più articolato, invece, risulta essere il quadro se ci si sposta nell'ambito della istruzione superiore (*higher education*), con tale locuzione intendendosi nel contesto statunitense tanto la formazione universitaria nei *college* quanto quella post-universitaria, quale ad esempio la frequenza di *law school* e *medical school*. Nell'istruzione superiore, infatti, a giocare un ruolo centrale è il settore privato, con tutta una serie di conseguenze che anzitutto impattano la tematica dell'accesso dei gruppi storicamente discriminati a questi percorsi di formazione.

Proprio l'accesso alla formazione universitaria e post-universitaria da parte dei gruppi storicamente discriminati rappresenta un perdurante tema di discussione negli ambienti statunitensi. Gli ostacoli, infatti, che si frappongono alla frequenza della *higher education* si traducono evidentemente in una compressione delle opportunità di perseguimento delle carriere più rilevanti, e più in generale in un fre-

no alla emancipazione sociale. Volendo prendere ad esempio il settore della formazione e delle professioni legali, stando ai più recenti dati disponibili, solo il 22% degli avvocati proviene da gruppi storicamente discriminati sebbene rappresentino il 41% della popolazione totale del Paese. E solo il 5% del totale sono afroamericani, nonostante essi costituiscano il 13,6% della popolazione complessiva.

Da qui il continuo dibattito in ordine alle modalità attraverso cui agevolare le minoranze ad avere accesso alla istruzione superiore nell'ottica emancipatoria che una simile formazione porta con sé. Il dibattito sul punto ha avuto origine negli anni Sessanta dello scorso secolo, in un momento in cui le possibilità di accedere alle università, in particolar modo da parte degli afroamericani, erano sensibilmente più ridotte rispetto ad oggi.

Una figura centrale in questa storia è quella del 36. presidente degli Stati Uniti, Lyndon Johnson. Nell'ambito delle sue politiche di contrasto alla povertà, l'istruzione superiore era vista come un fattore chiave a tal fine, saldandosi il tutto con gli obiettivi di integrazione della minoranza afroamericana. Nel 1965, rivolgendosi al Congresso, Johnson affermò in modo sicuro che «la *higher education* non è più un lusso, ma una necessità».

Sulla scorta di tali convincimenti creò un collegamento tra l'*education* e il movimento per i diritti civili: in un celeberrimo discorso tenuto alla Howard University, realtà universitaria popolata in maggioranza da afroamericani e che rappresentava il laboratorio per eccellenza sui diritti civili¹, ebbe modo di rilevare che, dopo centinaia di anni di schiavitù e oppressione rispetto ai bianchi, gli afroamericani si trovavano in una «competizione sociale che avevano iniziato molto indietro rispetto alla linea di partenza». Johnson denunciava come difettassero di istruzione e competenze, annunciando l'esigenza di un investimento di portata nazionale che avrebbe contribuito a colmare il divario.

La virata che voleva compiersi aveva dell'epocale: l'istruzione non era più solamente lo strumento, a difesa degli interessi nazionali, per vincere la confrontazione con la Russia sovietica, ma diventava un meccanismo emancipatorio funzionale a sconfiggere le disuguaglianze razziali ed economiche².

L'obiettivo, negli ideali del Presidente, voleva essere perseguito mediante un poderoso stanziamento di fondi pubblici da configurare come

¹ R.W. Logan, *Howard University: The First Hundred Years, 1867-1967*, New York NY, 1969, p. 48 ss.

² L. Miller, *Race, Poverty, and the Law*, in *California Law Review*, 54, 1966, p. 386 ss.

borse di studio. Molte erano negli anni Sessanta le voci favorevoli al suo modo di intendere la *higher education*. Da segnalare, nell'ambito della educazione giuridica, la proposta avanzata da un professore di Cornell, William Tucker Dean, che qualificava la *legal education* come bene pubblico. Costui muoveva dalla premessa per cui, essendo l'avvocato parte di una professione avente funzione e rilevanza pubbliche (con delle specifiche responsabilità in una società democratica), era di imprescindibile importanza che beneficiasse di quante più risorse disponibili per assolvere ai propri compiti. Se per un verso Dean era favorevole all'idea che il figlio dell'intermediario finanziario e del barbiere dovessero poter accedere allo studio del diritto alle medesime condizioni, per un altro criticava aspramente i prestiti d'onore erogati da privati e soggetti a restituzione. Reputava infatti che avrebbe dovuto essere il Governo federale a sostenere la spesa e a stanziare i fondi necessari affinché i giovani di tutte le classi sociali potessero aspirare a diventare avvocati. Secondo Dean una professione forense (e quindi una classe dirigente) ben motivata e aperta a tutti i gruppi sociali poteva solo che essere un vantaggio e un fattore di crescita della società statunitense³.

Le aspirazioni di Johnson erano tutto fuorché modeste, intendendo risolvere problemi strutturali quali la disegualianza razziale e quella economica con robusti interventi federali. Tanto poco modeste erano che, dopo essersi scontrato con le altre forze politiche, fu costretto a ripiegare su soluzioni di compromesso meno radicali rispetto agli originari propositi. Ciò che ne scaturì fu uno schema duplice: nel 1965 venne approvato l'Higher education Act che racchiudeva, come analizzeremo, una doppia anima, prevedendo borse di studio per i poveri e un meccanismo di prestiti, denominato *Guaranteed student loan program*, per la classe media.

La spinta riformatrice di Johnson, che cercava di tenere insieme le disegualianze razziali con quelle economiche nell'ottica dell'egualianza sostanziale, fu dunque una fugace parentesi risoltasi nell'arco di un mandato. Di lì a breve, infatti, la visione prevalente – complice anche la Guerra fredda – guardava con sospetto al *Big government*: l'ingerenza dei pubblici poteri nell'ordine economico screditata in quanto ritenuta un'anticamera del socialismo. I germi di questa sterzata erano poi già ben presenti, del resto, nella disciplina dei prestiti federali,

³ W.T. Dean, *Who Pays the Bills? The Costs of Legal Education and How to Meet It*, in *Journal of Legal Education*, 16, 1964, p. 416 ss.

che rimetteva alle logiche del mercato il finanziamento della istruzione universitaria, affidando al settore pubblico il ruolo di garante, che – quantunque rilevante – rimaneva in ogni caso laterale.

La ritirata dell'intervento pubblico dall'istruzione superiore, nei termini detti, ha avuto come conseguenza un generale decentramento delle politiche anti-segregazione a livello capillare nelle singole istituzioni scolastiche. Da qui, un ruolo sempre maggiore nella discussione lo hanno assunto le azioni positive (*affirmative action*), con tale espressione intendendosi l'insieme di procedure volte a eliminare, a rimediare ai loro effetti pregiudizievoli e a prevenire le discriminazioni sui posti di lavoro e nelle scuole. Le discriminazioni sono quelle relative alla razza, alla fede religiosa, al sesso e alla provenienza sociale. Originariamente, le azioni positive erano state previste da un ordine esecutivo emanato nel 1961 dall'allora Presidente John Fitzgerald Kennedy per far fronte alla discriminazione sui posti di lavoro [Materiali 1]. Ben presto, tuttavia, lo strumento venne cooptato da alcune realtà universitarie per affrontare la tematica delle discriminazioni nell'istruzione.

Benché si tratti di programmi adottati dalle singole università in maniera capillare e senza un coordinamento centralizzato, è possibile offrirne una schematizzazione. Un primo modello è quello delle quote: una frazione dei posti disponibili viene riservata ai membri delle minoranze. Ne offre un esempio il programma discusso nel caso *Bakke* dalla Corte suprema di cui diremo tra un momento. Un secondo modello è quello dei moltiplicatori: i candidati provenienti dai gruppi storicamente discriminati godono non di quote riservate, ma di premialità per la provenienza da una parte di popolazione svantaggiata in un'ottica di controbilanciamento delle condizioni di partenza. Era questo invece il modello al centro della disputa risolta dai *justice* nel caso *Grutter* di cui tratteremo a conclusione del paragrafo seguente.

Sin dagli albori della loro messa in opera, si è dubitato dell'ammissibilità giuridico costituzionale delle azioni positive. L'orientamento favorevole vi ravvisava un imprescindibile dispositivo per garantire eguali opportunità a individui svantaggiati. Per converso, i detrattori delle *affirmative action* le qualificavano come illegittima violazione della clausola della *equal protection* contenuta nel 14. emendamento⁴. È que-

⁴ Approfondimenti in A. Schillaci, *Inequality is not inevitable. Comprensioni dell'eguaglianza, razza e azioni affermative nell'esperienza costituzionale statunitense*, in *Diritti Comparati*, 2024, 2, p. 93 ss.

sto secondo orientamento che risulta essere oggi prevalente alla luce della più recente pronuncia della Corte suprema in materia emanata nel 2023. Ma andiamo con ordine, dando conto delle evoluzioni dell'esperienza giurisprudenziale sul punto.

2. L'ascesa delle azioni positive

Cominciamo con il dire che – a causa del carattere divisivo dell'argomento – in un primo momento la Corte suprema aveva deciso di non prendere posizione sulla compatibilità costituzionale delle azioni positive [*DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974)]. Solo qualche anno più tardi, nella decisione *University of California v. Bakke* [438 U.S. 265 (1978) – Materiali 2], i giudici hanno tentato di fornire una soluzione condivisa alla questione, ma il risultato è stato tutt'altro che soddisfacente. La controversia originava dai ricorsi proposti da Allan Bakke, un maschio caucasico, avverso il rifiuto oppostogli da un'università alla richiesta di iscrizione. Secondo il ricorrente, la previsione di una quota riservata di sedici posti per i gruppi discriminati costituiva una violazione del 14. emendamento e del Civil rights Act, dal momento che le sue qualifiche accademiche superavano quelle di tutti gli studenti ammessi grazie alle azioni positive.

La pronuncia della Corte suprema è sintomatica della spaccatura ricreata tra i giudici dalle *affirmative action*. Difatti, l'opinione della Corte in *Bakke* non è riuscita nell'intento di ottenere una vera maggioranza: quattro giudici, oltre il suo estensore, ne condividono solo la prima parte dove si afferma l'illegittimità del sistema delle quote dell'università californiana; gli altri quattro, sempre assieme all'estensore, la seconda, in cui comunque viene fatta salva la costituzionalità di azioni positive che si presentino come flessibili e non incentrate su un sistema di quote fisse.

Più in dettaglio, nell'*opinion* della Corte si afferma che il programma dell'università della California è incompatibile con la *equal protection clause* contenuta nel 14. emendamento, sebbene si tratti di misure promozionali di una certa categoria di individui e non direttamente discriminatorie. Nel contesto europeo continentale si parlerebbe di discriminazioni alla rovescia. La tesi riposa sulla considerazione per cui il programma di ammissione opera, comunque, una classificazione sulla base della razza attraverso la riserva di quote, e ben può quindi integrare una violazione della ridetta clausola. Nella prospettiva della Corte, che

fornisce del 14. emendamento una lettura marcatamente individualista, non è costituzionalmente ammissibile addossare alla maggioranza bianca gli oneri di promuovere l'inclusione dei gruppi discriminati.

Segnatamente, l'interesse che le azioni positive perseguono può essere unicamente quello di avere un corpo studentesco plurale, che stimola l'ambiente accademico nell'ottica di uno spiccato pluralismo. La pluralità non può però essere esclusivamente razziale, dovendosi piuttosto esprimere sotto plurime dimensioni. In guisa che un programma che riserva un certo numero di quote, recando con sé un automatismo imperniato unicamente sul fattore razziale, frustra simili scopi. È proprio la flessibilità a far concludere la Corte nel senso che programmi delle università che promuovano alcuni gruppi discriminati possono essere ritenuti legittimi, ma solo nella misura in cui impieghino il fattore razziale come uno degli elementi di valutazione per assicurare il già menzionato pluralismo.

Si diceva che la pronuncia *Bakke* non fosse riuscita a coagulare una vera e propria maggioranza, e che questo è sintomatico di una profonda spaccatura nella Corte suprema. In ragione di ciò, a lungo si è discusso sul significato della decisione in questione nel contesto giuridico costituzionale statunitense. È stata una seconda pronuncia, resa all'inizio di questo secolo nel caso *Grutter v. Bollinger* [539 U.S. 306 (2003) – Materiali 3], ad aver fornito informazioni ulteriori circa la compatibilità a Costituzione delle azioni positive.

I fatti da cui era scaturita la disputa legale possono così riassumersi: una donna bianca, di nome Barbara Grutter, aveva presentato domanda di ammissione alla *law school* dell'università del Michigan, vedendosi tuttavia opposto un rifiuto in base alla preferenza data – in virtù del programma di azioni positive dell'università – a membri di gruppi storicamente discriminati. Grutter lamentava, però, che il meccanismo oggetto del contendere fosse discriminatorio nei suoi confronti poiché favoriva individui con qualifiche accademiche inferiori alle sue.

A differenza dell'università californiana, la *law school* del Michigan effettuava un esame altamente personalizzato di ogni candidato, e di conseguenza nessuna ammissione si fondava in modo automatico sulla sola variabile razziale. Al contrario, il processo di selezione – in ottica "olistica" – teneva in considerazione molteplici fattori assieme alla razza. Secondo la Corte, dunque, era interesse essenziale dell'università dotarsi di un corpo studenti plurale, anche se – così ragionando – le istanze dei gruppi discriminati avrebbero ottenuto tutela solo ed

esclusivamente in via indiretta e capillare. Detto con altre parole, solo se le azioni positive erano funzionali alla preparazione di una classe dirigente culturalmente adeguata a soddisfare i bisogni del Paese.

La pronuncia della Corte ha chiarito altresì come non fosse nel potere dei giudici sostituirsi alle università nella scelta dei tipi di programmi di selezione, a condizione che simili programmi avrebbero garantito un esame dei candidati basato su più fattori. In altri termini, non rilevava la configurabilità in astratto di strumenti che ignoravano la razza, al contempo essendo in grado di assicurare i medesimi risultati. Infatti, la clausola dell'*equal protection* imponeva unicamente il rispetto dello standard di strumenti poco invasivi. Da qui la conclusione che il programma della *law school* del Michigan, nella misura in cui annoverava tra i fattori la razza ma non solamente quest'ultima, non poteva essere qualificato come discriminatorio rispetto ai candidati non appartenenti alle minoranze e doveva dunque essere considerato legittimo.

Insomma, *Grutter* ha sancito l'utilizzabilità del fattore razziale nella costruzione dei programmi di ammissione alle università, a condizione che esso sia affiancato da altri criteri che garantiscano una valutazione equa delle candidature. In aggiunta, la Corte ha affermato che i programmi di ammissione basati sulla razza sono soluzioni comunque temporanee, senza aver tuttavia precisato un loro termine finale di validità. Questa è stata la regola negli Stati Uniti per un ventennio, e sino alla decisione *S.F.F.A. v. Harvard*, con cui la Corte suprema è ritornata sui propri passi, sconfessando la giurisprudenza precedente.

3. Segue: ... e il loro declino

La decisione *S.F.F.A. v. Harvard* [600 U.S. 181 (2023) – Materiali 4], resa il 29 giugno 2023, ha rappresentato una svolta paradigmatica nel lungo dibattito sulla legittimità delle azioni positive nell'ammissione alle università, sancendo l'inutilizzabilità della razza quale criterio di selezione. Più precisamente, la pronuncia si pone nel solco delle scelte adottate nel corso del tempo dalla Corte suprema volte a depotenziare l'azione positiva, sganciandola dai suoi originari propositi di perseguimento dell'eguaglianza. Lo abbiamo già detto: il ragionamento della Corte nei due precedenti analizzati non guarda all'istituto quale presidio egalaritario, ma – al contrario – quale strumento per la creazione di classi dirigenti plurali. Da qui lo scollamento rispetto ai propositi

originari delle *affirmative action*, ideate in un periodo in cui i diritti civili e i diritti sociali camminavano assieme.

Insomma, le azioni affermative sono state giustificate non sulla base dello scopo di incidere sulle condizioni di subordinazione dei gruppi discriminati, ma esclusivamente sull'interesse delle realtà universitarie di stimolare un ambiente educativo informato alla *diversity*. Un simile modo di ragionare presenta una fragilità di fondo, poiché manca della connessione con le condizioni reali e strutturali della disegualianza.

Il graduale depotenziamento delle misure restituisce altresì una certa evoluzione nel ruolo della Corte suprema. In *Bakke* i giudici hanno voluto trovare una soluzione di compromesso che tenesse insieme, da un lato, la legittimazione delle proprie decisioni alla luce del rispetto dei principi e dello stile argomentativo che gli appartengono e, dall'altro, le implicazioni di sistema derivanti dalla risoluzione dei nodi giuridici che erano chiamati a risolvere. Nel far ciò, si è dato avvio a un'interpretazione della *equal protection clause* fortemente storica e formalistica, sganciata dalle condizioni reali di subordinazione dei gruppi discriminati. Proprio una simile interpretazione è stata invece impiegata dalla Corte suprema nella decisione del 2023 per perorare la causa conservatrice. Con ciò facendosi latrice delle istanze maggiormente conservatrici e – perlomeno in apparenza – risultando meno preoccupata che in passato delle ricadute sociali delle proprie decisioni.

I fatti che hanno condotto alla decisione della Corte possono così riassumersi. La *Students for fair admissions*, un'associazione che ha come scopo principale proprio quello di contestare i programmi di azioni positive delle università, ha citato in giudizio l'Harvard college lamentando che il protocollo di ammissione era discriminatorio nei confronti dei candidati bianchi e asiatici statunitensi poiché favoriva gli appartenenti alle minoranze sottorappresentate. Invero, il protocollo di Harvard utilizzava la razza, ma, in linea con quanto stabilito dai giudici in *Bakke*, solo come uno dei tanti criteri attraverso cui realizzare la selezione dei candidati.

L'associazione ricorrente, dopo aver perso sia in primo grado che in appello, ha infine agito davanti alla Corte suprema, che ha concesso il *writ of certiorari*. Con la maggioranza conservatrice, la Corte ha stabilito che il programma di Harvard viola il 14. emendamento.

In dettaglio, si legge nell'opinione di maggioranza che i sistemi di ammissione fondati sulla razza di Harvard non soddisfano i requisiti stabiliti dai precedenti in materia. L'Università non è stata in grado, di-

fatti, di dimostrare, dati alla mano, il proprio interesse essenziale nell'attuazione di tali programmi, i quali non hanno scongiurato stereotipi razziali e non ha individuato un termine ragionevole per la cessazione delle ammissioni fondate sulla razza. È per tali ragioni che i programmi violano la *equal protection clause*. Ha precisato, tuttavia, la Corte che nulla vieta alle università di prendere in considerazione la discussione di un candidato su come la razza abbia influenzato la sua vita, purché tale discussione sia concretamente legata a una qualità caratteriale o a un'abilità unica che quel particolare candidato può apportare all'università.

Dunque, nella prospettiva della Corte, in primo luogo, il criterio sino a quel punto valutato idoneo a legittimare la considerazione dell'appartenenza razziale – ovvero sia l'interesse delle università a garantire la diversità e il carattere plurale dell'ambiente di apprendimento – non può più essere ritenuto valido. E ciò in ragione dell'impossibilità di misurarne l'adeguatezza rispetto al fine perseguito. Impossibilità che deriva dalla non misurabilità dei suoi effetti: la maggioranza ha affermato che l'interesse perseguito sarebbe inevitabilmente imponderabile (*inescapably imponderable*). In secondo luogo, viene offerta una lettura oltremodo rigida della sentenza *Grutter*, nella misura in cui la Corte afferma la violazione del 14. emendamento anche sotto il distinto profilo della carenza di un termine finale ragionevole (*logical end point*). Detto con altre parole, il protocollo di Harvard avrebbe dovuto prevedere una data di scadenza della sua efficacia. Dalla mancata previsione di un termine finale la maggioranza dei giudici inferisce una conferma, peraltro, della non misurabilità degli effetti delle azioni affermative.

Benché le università, all'indomani della sentenza del 2023, avessero tentato di escogitare modalità alternative per utilizzare, mascherandola dietro ad altri fattori, la razza quale criterio selettivo, l'elezione di Donald Trump per un secondo mandato presidenziale potrebbe significativamente mutare il quadro. Trump, e la parte politica di cui è espressione, è fortemente avverso alle politiche di diversità e inclusione (*diversity and inclusion*), e alle azioni positive: già con un ordine esecutivo del 21 gennaio 2025 emblematicamente intitolato "Porre fine alla discriminazione illegale e ripristinare le opportunità basate sul merito" (*Ending illegal discrimination and restoring merit-based opportunity*) ha introdotto delle sanzioni per i fornitori e sub-fornitori dell'Amministrazione federale che utilizzino lo strumento nei posti di lavoro.

ro. Ma vi è di più: nell'ambito della sua crociata contro le università⁵, Trump le accusa di utilizzare dichiarazioni personali e altri indicatori dei candidati per considerare la razza nei processi di ammissione.

«Sebbene la Corte suprema abbia definitivamente stabilito che la considerazione della razza nelle ammissioni all'istruzione superiore viola i diritti civili degli studenti», si legge nel memorandum presidenziale del 7 agosto 2025, «la perdurante mancanza di dati disponibili – insieme all'uso dilagante di “dichiarazioni sulla diversità” e altri indicatori razziali palesi e nascosti – continua a sollevare timori sul fatto che la razza sia effettivamente utilizzata nella pratica»⁶. Nel memorandum, Trump dà mandato al Segretario all'istruzione di richiedere alle università di presentare i dati necessari per verificare che le loro ammissioni non comportino discriminazioni illegali.

L'iniziativa assunta sembra estendere a tutte le università il contenuto dei recenti accordi transattivi negoziati con le università Brown e Columbia, dove, come contropartita del ripristino dei finanziamenti federali per la ricerca, Trump ha ottenuto l'adozione da parte delle istituzioni di misure che includono la pubblicazione dei dati relativi alle ammissioni, con l'obbligo di dimostrare che sia le assunzioni sia le ammissioni si fondano sul merito e non su considerazioni di diversità e razza.

Al netto di tutto quanto detto, e nonostante l'evoluzione cinquantennale culminata – per ora – con la dichiarazione di illegittimità della Corte suprema e con le successive iniziative di Trump, resta fermo un punto: le azioni positive non sono state in grado di trasformare la società statunitense e tantomeno sono state capaci di eliminare quelle condizioni strutturali di razzializzazione che determinano gli squilibri di potere nella società statunitense. Le sole azioni affermative non sono idonee a operare una radicale trasformazione di un sistema educativo che rimane sostanzialmente diseguale, soprattutto per quanto concerne le diseguaglianze reddituali dei gruppi storicamente discriminati⁷.

Simili diseguaglianze, infatti, si riverberano sulla capacità dei figli di tali gruppi di poter accedere alle università, anche e soprattutto a

⁵ Per un'utile cronistoria, M.C. Bender, *All the Actions the Trump Administration Has Taken Against Harvard*, in *New York Times*, 5 giugno 2025 (ult. agg.), in www.nytimes.com.

⁶ *Ensuring Transparency in Higher Education Admissions*, presidential memorandum, 7 agosto 2025, in www.whitehouse.gov.

⁷ Cfr. E. McDonough, *The Limits of Equality: A People's History of Affirmative Action*, in *Harvard Law & Policy Review*, 17, 2022, p. 43 ss.

cagione delle elevate rette che devono sostenersi per la frequenza della *higher education*. Troppo a lungo, e benché negli anni Sessanta il dibattito corresse in parallelo, il tema dei costi è stato adombrato da quello della monodimensionale diversità (*diversity*). Ed è, allora, proprio al tema dei costi e delle diseguaglianze economiche nell'istruzione superiore che dedicheremo i restanti paragrafi. Tanto più che – un giorno dopo la pronuncia sulle azioni positive nel 2023 – la Corte suprema ha preso posizione pure su tale aspetto, con una decisione dagli effetti dirompenti.

4. Il sistema prestiti d'onore e il problema del debito

Deve anzitutto essere messo in rilievo come – negli Stati Uniti – l'istruzione universitaria (sia la frequenza di *college*, sia di corsi post-laurea, che presso le *law school*) costituisce un bene privato affidato essenzialmente alle regole del mercato. Secondo un risalente slogan del Dipartimento dell'interno statunitense «tutto, dalle ruote delle automobili alla proprietà immobiliare può essere acquistato facendo ricorso ai prestiti» e «la *higher education* non fa eccezione»⁸. Da cui pure la natura privata di gran parte delle università.

Lo schema di fondo è ancora quello contenuto nel già citato Higher education Act del 1965, che ha introdotto un meccanismo di prestiti garantiti dalla Federazione. Il contratto di prestito con gli istituti di finanziamento viene sottoscritto congiuntamente dallo studente e dalle agenzie federali in qualità di garanti. Nel caso di mancata restituzione del prestito, l'Amministrazione paga gli enti finanziatori, e poi si rivale sullo studente inadempiente. In questa dinamica, le università, che per giunta si sostengono prevalentemente grazie alle rette degli studenti, e quindi grazie ai prestiti d'onore, non sono parti del contratto.

Una simile circostanza ha fatto sì che, nel tempo, queste potessero alzare – senza correre alcun rischio – le rette universitarie. Nella proposta originaria dello Higher education Act, invero, erano le istituzioni scolastiche a prendere in prestito il denaro, e a prestarlo a loro volta agli studenti iscritti. In questo modo le università sarebbero state incoraggiate a non esasperare i costi per non correre il rischio di impossibilità di recupero delle somme prestate. Invece, la disintermediazione

⁸ W.J. Greenleaf, *Self-Help for College Students*, Department of the Interior, Washington DC, 1929, p. 11.

creata dalla disciplina del 1965 – frutto di compromessi e mediazioni parlamentari – ha posto le università al riparo da eventuali incapacienze e sofferenze degli studenti, consentendo loro al contempo di innalzare il prezzo da pagare per l'istruzione e di non incorrere in inconvenienti di segno particolare.

Nel corso del Novecento, come prevedibile, il costo per l'istruzione superiore è cresciuto vertiginosamente, complice anche il sostanziale disinteresse – bipartisan – per la politica alla tematica. Al punto che, nel 2012, il debito studentesco ha raggiunto un record storico, sfondando la soglia psicologica dei 1.000 miliardi di dollari. Nonostante ciò, l'allora Amministrazione Obama non aveva inteso intraprendere misure di riforma strutturali o di risanamento.

E ciò men che meno era nei piani, quantomeno inizialmente, del 45. presidente degli Stati Uniti, Trump. Tuttavia, lo scoppio della pandemia da Covid-19 ha contribuito a mutare parzialmente il quadro. In piena crisi sanitaria, e per far fronte alle criticità da questa provocate, era stata discussa dal Congresso la possibilità di approvare una legge che avrebbe ordinato al Segretario all'istruzione di cancellare o rimborsare fino a 10.000 dollari di debito studentesco in favore di soggetti che versavano in difficoltà economiche.

La misura non ha avuto seguito, ma l'intensificarsi della pandemia e i suoi riflessi economici hanno costretto il Dipartimento dell'istruzione statunitense a varare una sospensione del pagamento delle rate dei prestiti d'onore. Il 20 marzo 2020, l'allora Segretario all'istruzione ha annunciato una sospensione di 60 giorni della maturazione dei tassi di interesse sui prestiti federali e, contestualmente, è stata offerta ai debitori l'opzione di sospendere il pagamento delle rate per almeno due mesi⁹. Poco dopo, il Segretario ha annunciato che avrebbe anche interrotto le azioni di riscossione e i pignoramenti dei salari per fornire ulteriore assistenza ai mutuatari¹⁰.

Solo successivamente al loro varo è stata indicata la base normativa delle misure: lo *Higher education relief opportunities for students (Heroes) Act* del 2001. La disciplina in questione, che – per come dire-

⁹ U.S. Department of Education, *Delivering on President Trump's Promise, Secretary DeVos Suspends Federal Student Loan Payments, Waives Interest During National Emergency*, 20 marzo 2020.

¹⁰ U.S. Department of Education, *Secretary DeVos Directs FSA to Stop Wage Garnishment, Collections Actions for Student Loan Borrowers, Will Refund More than \$1.8 Billion to Students, Families*, 25 marzo 2020.

mo – sarà a fondamento anche dell'adozione da parte di Biden della misura di condono dei debiti e pure al centro della controversia decisa dalla Corte suprema nel 2023, era stata promulgata dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre. Essa introduceva, tra l'altro, il potere del Segretario all'istruzione di derogare o modificare qualsiasi disposizione statutaria o regolamentare applicabile ai programmi del Titolo IV dello Higher education Act (essenzialmente, i prestiti per l'istruzione superiore) in relazione a un'emergenza nazionale, al fine di garantire che le persone colpite da tale emergenza non si trovassero in una posizione peggiore dal punto di vista finanziario. Ancorché concepito originariamente come temporaneo (e soggetto a rinnovi biennali), il potere è stato poi reso permanente con una legge del 2007.

Il Congresso ha quindi emanato il Coronavirus aid, relief, and economic security (Cares) Act del 2020, con cui si imponeva al Segretario all'istruzione di sospendere tutti i pagamenti dovuti per i prestiti fino al 30 settembre 2020, di congelare tutte le riscossioni relative a tali prestiti durante la sospensione, ed escludeva la maturazione degli interessi durante il suddetto periodo. Le misure, originariamente soggette alla data di scadenza del 30 settembre 2020, sono state prorogate una prima volta sino al 31 dicembre dello stesso anno. La proroga iniziale aveva quale fondamento normativo il menzionato Heroes Act. Da allora, entrambe le Amministrazioni Trump e Biden hanno prorogato ripetutamente le agevolazioni sino all'agosto 2023.

Il 24 agosto 2022, assolvendo a un impegno assunto in campagna elettorale, il Presidente Biden ha annunciato il proprio piano, lo *Student loan forgiveness program*, per rendere definitiva la cancellazione fino a 20.000 dollari dei prestiti accesi dagli studenti. Il programma era rivolto a una platea ampia, stanti le maglie larghe dei requisiti per potervi accedere: uno stanziamento di 400 miliardi di dollari per un totale di 43 milioni di beneficiari, la metà dei quali avrebbe visto estinto totalmente il proprio debito residuo. Il programma in esame è stato giustificato come applicazione dello Heroes Act. La scelta è discutibile sotto almeno due profili: in primo luogo, nel 2022 l'emergenza sanitaria era oramai terminata; in secondo luogo, la disposizione legislativa in questione consente, a ben vedere, di derogare o apportare modifiche a normative esistenti, ma non anche di crearne di inedite. Cosa che – invece – è stata fatta da Biden, sia pure con le migliori intenzioni per far fronte a una delicata situazione.

Il punto non era se fosse necessario agire: questo era assodato. La tematica della remissione del debito in materia di *higher education*, infatti, era ben presente nel dibattito pubblico statunitense, ed aveva già formato oggetto di istanze da parte della società civile, di attenzione dalla letteratura scientifica¹¹, nonché di alcune proposte avanzate durante le primarie democratiche per le presidenziali del 2020 dagli allora candidati Elizabeth Warren e Bernie Sanders. L'argomento principe su cui facevano leva i suoi fautori era che avrebbe costituito una misura definitiva per il problema del debito¹²: o meglio, avrebbe costituito una misura risolutoria della posizione solamente di coloro i quali alla data di sua vigenza erano debitori. Il nodo problematico ruotava piuttosto intorno a quale tra il ramo esecutivo e il ramo legislativo avesse il potere costituzionale di intervenire.

5. Dietro le disegualianze economiche si celano discriminazioni razziali

Prima di occuparci degli approdi della giurisprudenza sull'argomento, conviene appuntare la nostra attenzione sulle ragioni per cui la questione dei prestiti per l'istruzione superiore, apparentemente una tematica attinente alla sfera della giustizia economica, sia intrecciata profondamente con le discriminazioni razziali. Il tentativo dell'Amministrazione Biden di approvare un piano universale di condono dei prestiti d'onore si muoveva, infatti, entro un preciso contesto.

Diverse analisi hanno provato che il debito studentesco statunitense svolge un ruolo nell'alimentare la marginalizzazione dei gruppi storicamente discriminati, in particolare gli afroamericani. Più precisamente è stato dimostrato che questi sono più inclini a indebitarsi, e per somme maggiori dei bianchi. Frequentano scuole *for-profit* che forniscono una scarsa preparazione. Svolgono lavori con livelli stipendiali più bassi. E risultano inadempienti con maggiore frequenza rispetto alla popolazione bianca nel ripagare i debiti contratti. A questo deve essere aggiunto che, in media, lo studente afroamericano indebitato, a distanza di 12 anni dalla sua prima iscrizione

¹¹ L. Herrine, *The Law and Political Economy of a Student Debt Jubilee*, in *Buffalo Law Review*, 68, 2020, 2, p. 281 ss.

¹² S. Fullwiler *et al.*, *The Macroeconomic Effects of Student Debt Cancellation*, Levy Economics Institute of Bard College, 2018, in www.levyinstitute.org.

all'università, finisce con l'avere un debito superiore rispetto a quello iniziale, anche malgrado il fruttuoso completamento del percorso di studi. Viceversa, la popolazione bianca, trascorso lo stesso lasso di tempo, ha un residuo del 60% della somma iniziale¹³.

Le conseguenze di simili assetti sono facilmente intuibili. Gli studenti afroamericani vanno in default con maggior frequenza, e questo si traduce in un aggravamento delle disuguaglianze economiche. Il default, del resto, comporta una serie di implicazioni che condizionano pervasivamente la vita di un individuo statunitense. Ne pregiudica l'affidabilità creditizia, innalzando i tassi di interesse sull'accesso al credito, i costi assicurativi, inclusi quelli sanitari. Provoca complicazioni per l'accesso agli affitti di unità immobiliari. Inoltre, il default diminuisce le opportunità di poter ottenere posti di lavoro.

Se quelle appena citate sono conseguenze derivanti dall'inadempimento di debiti in genere, ce ne sono talune che sono specifiche per i prestiti garantiti dalla Federazione. Proprio perché è coinvolto denaro pubblico, il diritto statunitense prevede condizioni più stringenti per provare la sussistenza di una impossibilità a onorare il debito. A ciò si aggiunga che il credito vantato dall'Amministrazione, per espressa previsione normativa, non è soggetto a prescrizione [20 U.S.C. sez. 1091a(a) (2008)]. Così, l'assenza di un termine prescrizionale espone il debitore alla possibilità di richieste di riscossione lungo tutto l'arco della propria esistenza. In un numero di Stati, inoltre, i debitori inadempienti possono vedersi rifiutata la richiesta del loro curriculum universitario (essenziale per la candidatura a molte offerte di lavoro), o finanche revocata la licenza professionale.

I dati menzionati vengono illuminati dall'osservazione delle prospettive occupazionali degli afroamericani. Molti di questi finiscono per svolgere lavori con stipendi inferiori rispetto alla popolazione bianca, con ciò riducendosi le probabilità di estinzione del proprio debito¹⁴. L'impatto del cosiddetto divario razziale sulla ricchezza (*racial wealth gap*) ha evidentemente un suo rilievo nei discorsi sull'istruzione superiore statunitense. Gli studenti di colore possiedono di meno, sia perché guadagnano meno sia perché tendenzialmente provengono

¹³ Approfondimenti in L. Serafinelli, *How Greedy They Are: un discorso sui costi della higher education negli Stati Uniti dal New Deal ai giorni nostri*, in *Diritti Comparati*, 2024, 2, p. 128 ss.

¹⁴ B. Miller, *New Federal Data Show a Student Loan Crisis for African American Borrowers*, Center for American Progress, 16 ottobre 2017, in www.americanprogress.org.

da famiglie più povere. Il tutto ricrea un circolo vizioso: più indebitamento, lavori meno pagati, e condizioni di vita disagiate cui seguono fallimenti individuali che a loro volta condannano a decenni di esposizione alla possibile riscossione governativa¹⁵.

L'aumento vertiginoso dei costi universitari sperimentato lungo tutto lo scorso secolo non ha potuto che esacerbare le criticità descritte, intensificatesi in particolare negli ultimi due decenni. La promessa dell'inclusione nel mercato come inclusione sociale ha finito con il risolversi in una inclusione predatoria. L'espressione da ultimo utilizzata si riferisce al processo attraverso il quale i membri di gruppi marginalizzati e discriminati vengono muniti dell'accesso a beni, servizi e opportunità dai quali sono stati storicamente esclusi ma con l'imposizione di condizioni che finiscono per annullare i benefici¹⁶.

Il sistema dei prestiti, dunque, si è fatto moltiplicatore di disegualianze economiche, sociali e razziali. E le sofisticazioni dell'accesso al credito e le regole di diritto privato a presidio del suo funzionamento, apparentemente neutrali, hanno nutrito criticità sistemiche. In modo non dissimile da quanto accaduto nell'accesso al credito per l'acquisto delle case. Lì, come qui, il diritto privato ha occultato pratiche di segregazione razziale conosciute con il nome di *redlining*, ovverosia quelle forme di discriminazione nate negli anni Trenta con cui banche e istituzioni finanziarie negavano mutui, assicurazioni e prestiti a interi quartieri, qualificati a rischio a causa della loro composizione etnica o razziale. Pratiche queste che – prima della stagione dei *civil rights* – erano deliberatamente perseguite dai poteri pubblici¹⁷.

Questo per dire che l'utilizzo del debito quale meccanismo di oppressione dei gruppi discriminati, specie se afroamericani, è un elemento radicato nella storia degli Stati Uniti. Quella del debito studentesco è solo una storia particolare nelle pieghe generali di secoli di segregazione razziale e di razzismo sistemico, ad oggi proseguito lungo linee meno evidenti, non per ciò meno impattanti, le quali si servono di linguaggi apparentemente neutrali, ma che nascondono obiettivi di sistema.

¹⁵ E. Patten, *Racial, Gender Wage Gaps Persist in U.S. Despite Some Progress*, Pew Research Center, 1. luglio 2016, in www.pewresearch.org.

¹⁶ L. Seamster e R. Charron-Chénier, *Predatory Inclusion and Education Debt: Rethinking the Racial Wealth Gap*, in *Social Currents*, 4, 2017, p. 199 ss.

¹⁷ R. Rothstein, *The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America*, New York NY e London, 2017.

Certamente, nell'idea primigenia dello Higher education Act non vi era l'intento di giungere a questo risultato: l'allora Presidente Johnson, che della legge era stato ispiratore, aveva, simbolicamente, scelto di parlare alla platea di persone raccolte alla Howard University, bastione – allora come ora – della garanzia dei diritti civili negli Stati Uniti. Sempre Johnson aveva individuato poi nella istruzione universitaria quel volano imprescindibile di emancipazione sociale che avrebbe aperto le porte del benessere anche ai più emarginati. A coloro i quali, emblematicamente, avevano a lungo dovuto gareggiare prendendo il via molto indietro rispetto alla linea di partenza della competizione sociale.

Ebbene il fine ultimo del programma di condono universale, su cui si è abbattuta la scure della Corte suprema come vedremo a breve, emerge allora con chiarezza: voleva far sì che più istruzione superiore non si traducesse anche e soprattutto nei confronti degli afroamericani in un freno alla ricercata emancipazione. Da qui la proposta di coloro che intravedevano in una remissione del debito generalizzata, e non agganciata in maniera proporzionale alle somme dovute, l'unico strumento per mondare il sistema educativo del suo peccato originale. E dare poi avvio a riforme strutturali tali da assicurare la trasmutazione della *higher education* da bene privato a bene autenticamente pubblico¹⁸.

Un simile piano di cancellazione in massa dei debiti si è però scontrato con la ferma opposizione della Corte suprema. Prima di passare all'analisi dettagliata della sentenza, preme sottolineare come da un punto di vista strettamente giuridico, il *modus operandi* dei giudici della maggioranza risulta impeccabile ed ineccepibile. Infatti, la fonte normativa su cui Biden aveva fatto leva per l'approvazione del suo *Student loan forgiveness program* non era adeguata a radicare un'iniziativa così rivoluzionaria e ambiziosa. Cionondimeno, non può essere sottaciuto come le ragioni politiche sottese alla pronuncia siano difficilmente equivocabili e gettino un'ombra sinistra sul godimento dei diritti sociali da parte dei gruppi storicamente discriminati. La decisione sulla remissione dei debiti è arrivata, con un non casuale tempismo, un solo giorno dopo il caso *S.F.F.A. v. Harvard*.

¹⁸ R. Grey et al., *Eleven Things They Don't Tell You About Law & Economics: An Informal Introduction to Political Economy and the Law*, in *Law & Inequality*, 37, 2019, p. 97 ss.

6. L'illegittimità dei programmi di remissione dei debiti studenteschi

L'adozione del salvacondotto di Biden ha creato una significativa spaccatura nella Nazione, che ha portato all'assunzione di iniziative giudiziali in ottica eminentemente contro-maggioritaria: dopo che i giudici federali del Texas [*Brown v. U.S. Department of Education*, No. 4:22-cv-00908 (District Court, N.D. Texas)] e del Missouri [*State of Nebraska et al. v. Joseph Biden, Jr.*, No. 22-3179 (8th Cir. 2022)] ne hanno sospeso gli effetti, Biden si è rivolto alla Corte suprema, chiedendone l'intervento al fine di assicurare l'operatività su tutto il territorio del Paese del suo piano. La decisione è stata resa, come anticipato, nel giugno 2023 [*Biden, President of the United States et al. v. Nebraska et al.*, 600 U.S. 477 (2023)].

Riassumendo in estrema sintesi il *decisum*, la Corte ha ravvisato, nel più tipico schema di un processo attraverso il quale i giudici interpretano e applicano le leggi (*statutory interpretaion* o *constructory interpretation*), la violazione dell'Heroes Act per un eccesso di potere commesso dal Governo mediante l'approvazione dello *Student loan forgiveness program*.

Il nucleo della questione affrontato dalla Corte ha riguardato la conformità della remissione dei debiti con la legge federale. I *justice* hanno accolto le tesi avanzate dagli Stati federati. Il Congresso, nell'impiegare il termine modificare (*modify*) nell'Heroes Act con riferimento ai poteri attribuiti al Segretario all'Istruzione, ha inteso limitare il potere a modesti aggiustamenti e aggiunte alle disposizioni esistenti. Viceversa, non ha inteso aprire la strada a vere e proprie trasformazioni. La Corte ha sottolineato che, invece, Biden aveva creato surrettiziamente un condono dei prestiti nuovo e fundamentalmente diverso: facendo efficace impiego di una metafora, l'opinione maggioritaria ha sottolineato che l'intervento ha modificato le leggi e i regolamenti sui prestiti agli studenti alla stregua di come la Rivoluzione francese ha modificato lo status della nobiltà. Ovverossia, abolendola e soppiantandola con un regime integralmente nuovo.

Del resto, la Corte a maggioranza conservatrice ha nel tempo espresso una chiara visione sul tipo di intervento concesso al potere amministrativo. In precedenza, aveva già limitato il potere delle autorità amministrative nella regolazione di alcune materie, servendosi di una specifica *doctrine*, quella della *major questions* [*West Virginia v. EPA*, 597 U.S. 697 (2022)]. In virtù di quest'ultima, l'interpretazione delle

leggi deve muovere dalla presunzione dell'assenza di delega al Governo di legiferare su questioni di primaria rilevanza per il Paese. Da tali premesse, *Biden v. Nebraska* ha assunto un approccio esautorante nei confronti del potere amministrativo. E, facendo ricorso alla ridetta *doctrine*, ha potuto icasticamente affermare che «la questione non è se qualcosa vada fatto, ma chi abbia il potere di agire».

È interessante notare come la *major questions doctrine* sia stata impiegata dalla Corte come uno strumento per potenziare un'interpretazione testualista, ben presente in altre decisioni della Corte suprema di questo periodo, come in materia di armi (Cap. 8 par. 5), aborto (Cap. 6 par. 5) e clima (Cap. 9 par. 5). A riprova, vale la pena riportare alcuni passaggi contenuti nell'opinione concorrente della *justice* Amy Coney Barrett. In particolare, si legge che la *doctrine* dovrebbe guidare i giudici a ricercare «l'interpretazione più naturale del testo», usando il buon senso per capire se una questione avrebbe voluto essere dal Congresso delegata a un'agenzia amministrativa. Qui, ha proseguito Barrett, sembra che l'Amministrazione Biden «sia andata ben oltre ciò che il Congresso avrebbe potuto ragionevolmente intendere di aver concesso» con l'*Heroes Act*.

Di tutt'altro tenore è l'*opinion* di minoranza, dove la giudice Kagan ha sostenuto che la riduzione del debito ricada nello spettro delle prerogative attribuite al Segretario all'istruzione, titolare di ampi poteri per fronteggiare un'emergenza nazionale, potendo anche incidere sulle regole in materia di estinzione dei prestiti. Viene sferzata una critica alla maggioranza dei *justice*, accusati di aver frammentato e svuotato di contenuto l'*Heroes Act*, e di aver privato l'Amministrazione di qualsivoglia possibilità di intervento. Kagan ha anche preso di mira l'invocazione della *major questions doctrine* poiché tradirebbe le preoccupazioni della Corte sull'esercizio dell'*administrative power* e perché finisce con il neutralizzare la stessa giurisprudenza della Corte suprema elaborata in materia di delega del Congresso all'Amministrazione. Problema questo non solo per la *governance*, ma anche per la stessa democrazia: in sintesi, la Corte si erge ad «arbitro – anzi, ad artefice – della politica nazionale».

È difficile dubitare della bontà, in punto di diritto, dell'operazione ermeneutica svolta dai giudici della maggioranza, e della difficile conciliabilità dell'*Heroes Act* con quanto approvato da Biden. Non può sostenersi infatti che il verbo modificare (*modify*) usato nell'*Heroes Act* possa comprendere la creazione di un programma che, nei fatti, determina un cambiamento radicale in spregio a norme legislative chiare e

di segno opposto. Parafrasando l'opinione della Corte, qualcosa andava fatto, ma chi ha agito aveva a disposizione armi spuntate. Dacché il salvacondotto di Biden si è scontrato dinanzi al chiaro, e difficilmente equivocabile, tenore letterale della legge.

Detto questo, il pronunciamento della Corte suprema non ha posto la parola fine al dibattito intorno alla *higher education*. Al contrario, lo ha riaperto, provocando l'immediata reazione dell'allora Presidente Biden, il quale si è mosso su più fronti, intraprendendo una serie di iniziative volte al contenimento del debito studentesco. Tuttavia, gli obiettivi di Biden non hanno potuto avere un seguito significativo, dato che nel 2024 Donald Trump è stato eletto per un secondo mandato presidenziale.

Il fronte repubblicano, Trump in testa, è sempre stato compatto nell'etichettare come ingiustificata qualsiasi formula di estinzione anticipata dei prestiti d'onore¹⁹. La contrarietà si è tradotta in azioni concrete in netta controtendenza rispetto alle misure di Biden. Si segnala, per la sua rilevanza, la manovra fiscale del One big beautiful bill Act del 2025. La legge in questione interviene sulla fiscalità, rendendo permanenti la maggior parte dei tagli fiscali adottati negli anni precedenti, al contempo aumentando la spesa per la sicurezza dei confini e per la difesa, disincentivando la produzione energetica da fonti rinnovabili, e ridimensionando i programmi per i cittadini a più basso reddito, primi fra tutti sanità e istruzione. Per quanto attiene a quest'ultimo ambito, la riforma fiscale si propone, tra l'altro, di ridurre notevolmente la portata di tutti quei programmi di agevolazione per la restituzione dei prestiti d'onore. Non solo: la frangia più radicale della destra conservatrice vorrebbe eliminare in radice l'aiuto economico federale in ogni sua forma. Nel documento, confezionato dal *think tank* ultraconservatore *The heritage foundation*, intitolato *Project 2025* viene infatti proposto di riportare la concessione dei prestiti al settore privato e di revocare ogni forma di supporto federale, sia sotto forma di garanzie che di piani agevolatori per l'estinzione dei debiti²⁰.

¹⁹ A. Nova, *GOP Presidential Candidates Agree: Student Loan Borrowers Shouldn't Get Forgiveness*, in CNBC, 11 gennaio 2024, in www.cnbc.com.

²⁰ Cfr. D.A. Graham, *The Project. L'inchiesta sul piano che sta ridisegnando l'America e il mondo* (2025), Milano, 2025, p. 54.

Materiali

1. Executive order n. 10925 – Establishing the President's Committee on Equal Employment Opportunity (6 marzo 1961)

Sect. 301

Except in contracts exempted in accordance with section 303 of this order, all government contracting agencies shall include in every government contract hereafter entered into the following provisions: The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause.

2. Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)

The judgment below is affirmed insofar as it orders respondent's admission to Davis and invalidates petitioner's special admissions program, but is reversed insofar as it prohibits petitioner from taking race into account as a factor in its future admissions decisions. 18 Cal. 3d 34, 553 P. 2d 1152, affirmed in part and reversed in part.

Mr. Justice Powell concluded:

1. Title VI proscribes only those racial classifications that would violate the Equal Protection Clause if employed by a State or its agencies.
2. Racial and ethnic classifications of any sort are inherently suspect and call for the most exacting judicial scrutiny. While the goal of achieving a diverse student body is sufficiently compelling to justify consideration of race in admissions decisions under some circumstances, petitioner's special admissions program, which forecloses consideration to persons like respondent, is unnecessary to the achievement of this compelling goal and therefore invalid under the Equal Protection Clause.
3. Since petitioner could not satisfy its burden of proving that respondent would not have been admitted even if there had been no special admissions program, he must be admitted.

Mr. Justice Brennan, Mr. Justice White, Mr. Justice Marshall, And Mr. Justice Blackmun concluded:

1. Title VI proscribes only those racial classifications that would violate the

Equal Protection Clause if employed by a State or its agencies.

2. Racial classifications call for strict judicial scrutiny. Nonetheless, the purpose of overcoming substantial, chronic minority underrepresentation in the medical profession is sufficiently important to justify petitioner's remedial use of race. Thus, the judgment below must be reversed in that it prohibits race from being used as a factor in university admissions.

Mr. Justice Stevens, joined by The Chief Justice, Mr. Justice Stewart, and Mr. Justice Rehnquist, being of the view that whether race can ever be a factor in an admissions policy is not an issue here; that Title VI applies; and that respondent was excluded from Davis in violation of Title VI, concurs in the Court's judgment insofar as it affirms the judgment of the court below ordering respondent admitted to Davis.

3. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)

Justice O'Connor delivered the opinion of the Court. This case requires us to decide whether the use of race as a factor in student admissions by the University of Michigan Law School (Law School) is unlawful.

The Equal Protection Clause provides that no State shall "deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". U.S. Const., Amdt. 14, sect. 2. Because the Fourteenth Amendment "protects persons, not groups", all "governmental action based on race—a group classification long recognized as in most circumstances irrelevant and therefore prohibited—should be subjected to detailed judicial inquiry to ensure that the personal right to equal protection of the laws has not been infringed"...

We have held that all racial classifications imposed by government "must be analyzed by a reviewing court under strict scrutiny". This means that such classifications are constitutional only if they are narrowly tailored to further compelling governmental interests...

We apply strict scrutiny to all racial classifications to "'smoke out' illegitimate uses of race by assuring that government is pursuing a goal important enough to warrant use of a highly suspect tool"...

As we have explained, "whenever the government treats any person unequally because of his or her race, that person has suffered an injury that falls squarely within the language and spirit of the Constitution's guarantee of equal protection". But that observation "says nothing about the ultimate validity of any particular law; that determination is the job of the court applying strict scrutiny".

When race-based action is necessary to further a compelling governmental interest, such action does not violate the constitutional guarantee of equal protection so long as the narrow-tailoring requirement is also satisfied. Context matters when reviewing race-based governmental action under the Equal Protection Clause and strict scrutiny is designed to provide a framework for carefully examining the importance and the sincerity of the reasons advanced by the governmental decisionmaker for the use of race in that particular context...

With these principles in mind, we turn to the question whether the Law School's use of race is justified by a compelling state interest. Before this Court, as they have throughout this litigation, respondents assert only one justification for their use of race in the admissions process: obtaining "the educational benefits that flow from a diverse student body"...

We first wish to dispel the notion that the Law School's argument has been foreclosed, either expressly or implicitly, by our affirmative-action cases decided since *Bakke*...

We have never held that the only governmental use of race that can survive strict scrutiny is remedying past discrimination. Nor, since *Bakke*, have we directly addressed the use of race in the context of public higher education. Today, we hold that the Law School has a compelling interest in attaining a diverse student body. The Law School's educational judgment that such diversity is essential to its educational mission is one to which we defer. The Law School's assessment that diversity will, in fact, yield educational benefits is substantiated by respondents and their amici. Our scrutiny of the interest asserted by the Law School is no less strict for taking into account complex educational judgments in an area that lies primarily within the expertise of the university. Our holding today is in keeping with our tradition of giving a degree of deference to a university's academic decisions, within constitutionally prescribed limits...

We have long recognized that, given the important purpose of public education and the expansive freedoms of speech and thought associated with the university environment, universities occupy a special niche in our constitutional tradition... Our conclusion that the Law School has a compelling interest in a diverse student body is informed by our view that attaining a diverse student body is at the heart of the Law School's proper institutional mission, and that "good faith" on the part of a university is "presumed" absent "a showing to the contrary"... As part of its goal of "assembling a class that is both exceptionally academically qualified and broadly diverse", the Law School seeks to "enroll a 'critical mass' of minority students", the Law School's interest is not simply "to assure within its student body some specified percentage of a particular group merely because of its race or ethnic origin"...

These benefits are not theoretical but real, as major American businesses have made clear that the skills needed in today's increasingly global marketplace can only be developed through exposure to widely diverse people, cultures, ideas, and viewpoints...

Moreover, universities, and in particular, law schools, represent the training ground for a large number of our Nation's leaders...

Individuals with law degrees occupy roughly half the state governorships, more than half the seats in the United States Senate, and more than a third of the seats in the United States House of Representatives...

In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity. All members of our heterogeneous society must have confidence in the openness and integrity of the educational

institutions that provide this training...

Access to legal education (and thus the legal profession) must be inclusive of talented and qualified individuals of every race and ethnicity, so that all members of our heterogeneous society may participate in the educational institutions that provide the training and education necessary to succeed in America.

The Law School does not premise its need for critical mass on "any belief that minority students always (or even consistently) express some characteristic minority viewpoint on any issue". To the contrary, diminishing the force of such stereotypes is both a crucial part of the Law School's mission, and one that it cannot accomplish with only token numbers of minority students. Just as growing up in a particular region or having particular professional experiences is likely to affect an individual's views, so too is one's own, unique experience of being a racial minority in a society, like our own, in which race unfortunately still matters. The Law School has determined, based on its experience and expertise, that a "critical mass" of underrepresented minorities is necessary to further its compelling interest in securing the educational benefits of a diverse student body...

Even in the limited circumstance when drawing racial distinctions is permissible to further a compelling state interest, government is still "constrained in how it may pursue that end: The means chosen to accomplish the government's asserted purpose must be specifically and narrowly framed to accomplish that purpose".

To be narrowly tailored, a university may consider race or ethnicity only as a "'plus' in a particular applicant's file", without "insulating the individual from comparison with all other candidates for the available seats". In other words, an admissions program must be "flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing for consideration, although not necessarily according to them the same weight"...

We find that the Law School's admissions program bears the hallmarks of a narrowly tailored plan. We are satisfied that the Law School's admissions program does not operate as a quota. That a race-conscious admissions program does not operate as a quota does not, by itself, satisfy the requirement of individualized consideration. When using race as a "plus" factor in university admissions, a university's admissions program must remain flexible enough to ensure that each applicant is evaluated as an individual and not in a way that makes an applicant's race or ethnicity the defining feature of his or her application. The importance of this individualized consideration in the context of a race-conscious admissions program is paramount...

Here, the Law School engages in a highly individualized, holistic review of each applicant's file, giving serious consideration to all the ways an applicant might contribute to a diverse educational environment. The Law School affords this individualized consideration to applicants of all races. There is no policy, either *de jure* or *de facto*, of automatic acceptance or rejection based on any single "soft" variable...

We agree that, in the context of its individualized inquiry into the possible diversity contributions of all applicants, the Law School's race-conscious admissions

program does not unduly harm nonminority applicants. We are mindful, however, that “a core purpose of the Fourteenth Amendment was to do away with all governmentally imposed discrimination based on race”...

We are mindful, however, that “a core purpose of the Fourteenth Amendment was to do away with all governmentally imposed discrimination based on race”. Accordingly, race-conscious admissions policies must be limited in time. In the context of higher education, the durational requirement can be met by sunset provisions in race-conscious admissions policies and periodic reviews to determine whether racial preferences are still necessary to achieve student body diversity. The requirement that all race-conscious admissions programs have a termination point “assures all citizens that the deviation from the norm of equal treatment of all racial and ethnic groups is a temporary matter, a measure taken in the service of the goal of equality itself”...

In summary, the Equal Protection Clause does not prohibit the Law School’s narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body...

4. S.F.F.A. v. Harvard, 600 U.S. 181 (2023)

Chief Justice Roberts delivered the opinion of the Court.

In these cases we consider whether the admissions systems used by Harvard College and the University of North Carolina, two of the oldest institutions of higher learning in the United States, are lawful under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment.

In the wake of the Civil War, Congress proposed and the States ratified the Fourteenth Amendment, providing that no State shall “deny to any person the equal protection of the laws”. To its proponents, the Equal Protection Clause represented a “foundational principle” – “the absolute equality of all citizens of the United States politically and civilly before their own laws”. The Constitution, they were determined, “should not permit any distinctions of law based on race or color”, because any “law which operates upon one man should operate *equally* upon all”...

At first, this Court embraced the transcendent aims of the Equal Protection Clause. “What is this”, we said of the Clause in 1880, “but declaring that the law in the States shall be the same for the black as for the white; that all persons, whether colored or white, shall stand equal before the laws of the States?” “The broad and benign provisions of the Fourteenth Amendment” apply “to all persons”, we unanimously declared six years later; it is “hostility to race and nationality” “which in the eye of the law is not justified”...

Despite our early recognition of the broad sweep of the Equal Protection Clause, this Court – alongside the country – quickly failed to live up to the Clause’s core commitments. For almost a century after the Civil War, state-mandated segregation was in many parts of the Nation a regrettable norm. This Court played its own role in that ignoble history, allowing in *Plessy v. Ferguson* the separate but

equal regime that would come to deface much of America. The aspirations of the framers of the Equal Protection Clause, “virtually strangled in their infancy”, would remain for too long only that – aspirations...

After *Plessy*, “American courts labored with the doctrine of separate but equal for over half a century”. Some cases in this period attempted to curtail the perniciousness of the doctrine by emphasizing that it required States to provide black students educational opportunities equal to – even if formally separate from – those enjoyed by white student. But the inherent folly of that approach – of trying to derive equality from inequality – soon became apparent. As the Court subsequently recognized, even racial distinctions that were argued to have no palpable effect worked to subordinate the afflicted students...

By 1950, the inevitable truth of the Fourteenth Amendment had thus begun to reemerge: Separate cannot be equal. The culmination of this approach came finally in *Brown v. Board of Education*. In that seminal decision, we overturned *Plessy* for good and set firmly on the path of invalidating all *de jure* racial discrimination by the States and Federal Government...

The conclusion reached by the *Brown* Court was thus unmistakably clear: the right to a public education “must be made available to all on equal terms”...

In the decades that followed, this Court continued to vindicate the Constitution’s pledge of racial equality. These decisions reflect the “core purpose” of the Equal Protection Clause: “doing away with all governmentally imposed discrimination based on race”...

Eliminating racial discrimination means eliminating all of it. And the Equal Protection Clause, we have accordingly held, applies “without regard to any differences of race, of color, or of nationality” – it is “universal in its application”. For “the guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color”. “If both are not accorded the same protection, then it is not equal”...

Any exception to the Constitution’s demand for equal protection must survive a daunting two-step examination known in our cases as “strict scrutiny”. Under that standard we ask, first, whether the racial classification is used to “further compelling governmental interests”. Second, if so, we ask whether the government’s use of race is “narrowly tailored” – meaning “necessary” – to achieve that interest...

Outside the circumstances of these cases, our precedents have identified only two compelling interests that permit resort to race-based government action. One is remediating specific, identified instances of past discrimination that violated the Constitution or a statute. The second is avoiding imminent and serious risks to human safety in prisons, such as a race riot...

Our acceptance of race-based state action has been rare for a reason. “Distinctions between citizens solely because of their ancestry are by their very nature odious to a free people whose institutions are founded upon the doctrine of equality”. That principle cannot be overridden except in the most extraordinary case.

These cases involve whether a university may make admissions decisions that turn on an applicant’s race. Our Court first considered that issue in *Regents of University of California v. Bakke*, which involved a set-aside admissions program

used by the University of California, Davis, medical school...

Each year, the school held 16 of its 100 seats open for members of certain minority groups, who were reviewed on a special admissions track separate from those in the main admissions pool... The plaintiff, Allan Bakke, was denied admission two years in a row, despite the admission of minority applicants with lower grade point averages and MCAT scores. Bakke subsequently sued the school, arguing that its set-aside program violated the Equal Protection Clause.

In a deeply splintered decision that produced six different opinions – none of which commanded a majority of the Court – we ultimately ruled in part in favor of the school and in part in favor of Bakke. Justice Powell announced the Court's judgment, and his opinion – though written for himself alone – would eventually come to “serve as the touchstone for constitutional analysis of race-conscious admissions policies”...

He opined a university was entitled as a matter of academic freedom “to make its own judgments as to the selection of its student body”. But a university's freedom was not unlimited. “Racial and ethnic distinctions of any sort are inherently suspect”, Justice Powell explained, and antipathy toward them was deeply “rooted in our Nation's constitutional and demographic history”. A university could not employ a quota system, for example, reserving “a specified number of seats in each class for individuals from the preferred ethnic groups”. Nor could it impose a “multitrack program with a prescribed number of seats set aside for each identifiable category of applicants”. And neither still could it use race to foreclose an individual “from all consideration simply because he was not the right color”...

The role of race had to be cabined. It could operate only as “a ‘plus’ in a particular applicant's file”. And even then, race was to be weighed in a manner “flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant”...

In the years that followed our “fractured decision in *Bakke*”, lower courts “struggled to discern whether Justice Powell's” opinion constituted “binding precedent”. We accordingly took up the matter again in 2003, in the case *Grutter v. Bollinger*, which concerned the admissions system used by the University of Michigan law school. There, in another sharply divided decision, the Court for the first time “endorsed Justice Powell's view that student body diversity is a compelling state interest that can justify the use of race in university admissions”...

The Court's analysis tracked Justice Powell's in many respects. As for compelling interest, the Court held that “the Law School's educational judgment that such diversity is essential to its educational mission is one to which we defer”. In achieving that goal, however, the Court made clear – just as Justice Powell had – that the law school was limited in the means that it could pursue. The school could not “establish quotas for members of certain racial groups or put members of those groups on separate admissions tracks”. Neither could it “insulate applicants who belong to certain racial or ethnic groups from the competition for admission”. Nor still could it desire “some specified percentage of a particular group merely because of its race or ethnic origin”...

These limits, *Grutter* explained, were intended to guard against two dangers

that all race-based government action portends. The first is the risk that the use of race will devolve into “illegitimate stereotyping”. The second risk is that race would be used not as a plus, but as a negative – to discriminate against those racial groups that were not the beneficiaries of the race-based preference. A university’s use of race, accordingly, could not occur in a manner that “unduly harmed nonminority applicants”...

But even with these constraints in place, *Grutter* expressed marked discomfort with the use of race in college admissions. The Court stressed the fundamental principle that “there are serious problems of justice connected with the idea of racial preference itself”. And it cautioned that all “race-based governmental action” should “remain subject to continuing oversight to assure that it will work the least harm possible to other innocent persons competing for the benefit”...

To manage these concerns, *Grutter* imposed one final limit on race-based admissions programs. At some point, the Court held, they must end. This requirement was critical, and *Grutter* emphasized it repeatedly. “All race-conscious admissions programs must have a termination point”; they “must have reasonable durational limits”; they “must be limited in time”; they must have “sunset provisions”; they “must have a logical end point”; their “deviation from the norm of equal treatment” must be “a temporary matter”...

Grutter thus concluded with the following caution: “It has been 25 years since Justice Powell first approved the use of race to further an interest in student body diversity in the context of public higher education. We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today”...

Twenty years later, no end is in sight. “Harvard’s view about when race-based admissions will end doesn’t have a date on it”. Neither does UNC’s. Yet both insist that the use of race in their admissions programs must continue. But we have permitted race-based admissions only within the confines of narrow restrictions. University programs must comply with strict scrutiny, they may never use race as a stereotype or negative, and – at some point – they must end. Respondents’ admissions systems – however well intentioned and implemented in good faith – fail each of these criteria. They must therefore be invalidated under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment...

Because “racial discrimination is invidious in all contexts”, we have required that universities operate their race-based admissions programs in a manner that is “sufficiently measurable to permit judicial review” under the rubric of strict scrutiny. Respondents have fallen short of satisfying that burden. First, the interests they view as compelling cannot be subjected to meaningful judicial review. Harvard identifies the following educational benefits that it is pursuing: (1) “training future leaders in the public and private sectors”; (2) preparing graduates to “adapt to an increasingly pluralistic society”; (3) “better educating its students through diversity”; and (4) “producing new knowledge stemming from diverse outlooks”...

Although these are commendable goals, they are not sufficiently coherent for purposes of strict scrutiny. The question whether a particular mix of minority

students produces “engaged and productive citizens”, sufficiently “enhances appreciation, respect, and empathy”, or effectively “trains future leaders” is standardless. The interests that respondents seek, though plainly worthy, are inescapably imponderable...

Second, respondents' admissions programs fail to articulate a meaningful connection between the means they employ and the goals they pursue. To achieve the educational benefits of diversity, UNC works to avoid the underrepresentation of minority groups, while Harvard likewise “guards against inadvertent drop-offs in representation” of certain minority groups from year to year. To accomplish both of those goals, in turn, the universities measure the racial composition of their classes using the following categories: (1) Asian; (2) Native Hawaiian or Pacific Islander; (3) Hispanic; (4) White; (5) African-American; and (6) Native American. It is far from evident, though, how assigning students to these racial categories and making admissions decisions based on them furthers the educational benefits that the universities claim to pursue...

The race-based admissions systems that respondents employ also fail to comply with the twin commands of the Equal Protection Clause that race may never be used as a “negative” and that it may not operate as a stereotype...

First, college admissions are zero-sum. A benefit provided to some applicants but not to others necessarily advantages the former group at the expense of the latter. How else but “negative” can race be described if, in its absence, members of some racial groups would be admitted in greater numbers than they otherwise would have been? The “equal protection of the laws is not achieved through indiscriminate imposition of inequalities”...

Respondents' admissions programs are infirm for a second reason as well. We have long held that universities may not operate their admissions programs on the “belief that minority students always (or even consistently) express some characteristic minority viewpoint on any issue”. Yet by accepting race-based admissions programs in which some students may obtain preferences on the basis of race alone, respondents' programs tolerate the very thing that *Grutter* foreswore: stereotyping. The point of respondents' admissions programs is that there is an inherent benefit in race qua race – in race for race's sake. Respondents admit as much. Harvard's admissions process rests on the pernicious stereotype that “a black student can usually bring something that a white person cannot offer”. UNC is much the same. It argues that race in itself “says something about who you are”...

“One of the principal reasons race is treated as a forbidden classification is that it demeans the dignity and worth of a person to be judged by ancestry instead of by his or her own merit and essential qualities”. But when a university admits students “on the basis of race, it engages in the offensive and demeaning assumption that students of a particular race, because of their race, think alike”, – at the very least alike in the sense of being different from nonminority students. In doing so, the university furthers “stereotypes that treat individuals as the product of their race, evaluating their thoughts and efforts – their very worth as citizens – according to a criterion barred to the Government by history and the Constitution”. Such stereotyping can only “cause continued hurt and injury”,

contrary as it is to the “core purpose” of the Equal Protection Clause...

If all this were not enough, respondents’ admissions programs also lack a “logical end point”...

Respondents point to language in *Grutter* that, they contend, permits “the duration requirement to be met” with “periodic reviews to determine whether racial preferences are still necessary to achieve student body diversity”. But *Grutter* never suggested that periodic review could make unconstitutional conduct constitutional. To the contrary, the Court made clear that race-based admissions programs eventually had to end – despite whatever periodic review universities conducted. Here, however, Harvard concedes that its race-based admissions program has no end point. Harvard “has not set a sunset date” for its program. And it acknowledges that the way it thinks about the use of race in its admissions process “is the same now as it was” nearly 50 years ago. UNC’s race-based admissions program is likewise not set to expire any time soon – nor, indeed, any time at all. The University admits that it “has not set forth a proposed time period in which it believes it can end all race-conscious admissions practices” And UNC suggests that it might soon use race to a greater extent than it currently does. In short, there is no reason to believe that respondents will – even acting in good faith – comply with the Equal Protection Clause any time soon...

5. Biden v. Nebraska, 600 U.S. 477 (2023)

Chief Justice Roberts delivered the opinion of the Court.

To ensure that Americans could keep up with increasing international competition, Congress authorized the first federal student loans in 1958—up to a total of \$1,000 per student each year. National Defense Education Act of 1958, 72Stat. 1584. Outstanding federal student loans now total \$1.6 trillion extended to 43 million borrowers. Last year, the Secretary of Education established the first comprehensive student loan forgiveness program, invoking the Higher Education Relief Opportunities for Students Act of 2003 (Heroes Act) for authority to do so. The Secretary’s plan canceled roughly \$430 billion of federal student loan balances, completely erasing the debts of 20 million borrowers and lowering the median amount owed by the other 23 million from \$29,400 to \$13,600. Six States sued, arguing that the Heroes Act does not authorize the loan cancellation plan. We agree.

The Higher Education Act of 1965 (Education Act) was enacted to increase educational opportunities and “assist in making available the benefits of post-secondary education to eligible students in institutions of higher education”. 20 U.S.C. sect. 1070(a). To that end, Title IV of the Act restructured federal financial aid mechanisms and established three types of federal student loans. Direct Loans are, as the name suggests, made directly to students and funded by the federal fisc; they constitute the bulk of the Federal Government’s student lending efforts. See sect. 1087a *et seq.* The Government also administers Perkins Loans – government-subsidized, low-interest loans made by schools to students

with significant financial need – and Federal Family Education Loans, or FFELs – loans made by private lenders and guaranteed by the Federal Government. See sect. 1071 *et seq.*, 1087aa *et seq.* While FFELs and Perkins Loans are no longer issued, many remain outstanding. Sect. 1071(d), 1087aa(b).

The terms of federal loans are set by law, not the market, so they often come with benefits not offered by private lenders. Such benefits include deferment of any repayment until after graduation, loan qualification regardless of credit history, relatively low fixed interest rates, income-sensitive repayment plans, and—for undergraduate students with financial need—government payment of interest while the borrower is in school.

The Education Act specifies in detail the terms and conditions attached to federal loans, including applicable interest rates, loan fees, repayment plans, and consequences of default. It also authorizes the Secretary to cancel or reduce loans, but only in certain limited circumstances and to a particular extent. Specifically, the Secretary can cancel a set amount of loans held by some public servants – including teachers, members of the Armed Forces, Peace Corps volunteers, law enforcement and corrections officers, firefighters, nurses, and librarians – who work in their professions for a minimum number of years.

The Secretary can also forgive the loans of borrowers who have died or been “permanently and totally disabled”, such that they cannot “engage in any substantial gainful activity”. Bankrupt borrowers may have their loans forgiven. And the Secretary is directed to discharge loans for borrowers falsely certified by their schools, borrowers whose schools close down, and borrowers whose schools fail to pay loan proceeds they owe to lenders...

Shortly after the September 11 terrorist attacks, Congress became concerned that borrowers affected by the crisis – particularly those who served in the military – would need additional assistance. As a result, it enacted the Higher Education Relief Opportunities for Students Act of 2001. That law provided the Secretary of Education, for a limited period of time, with “specific waiver authority to respond to conditions in the national emergency” caused by the September 11 attacks. 115 Stat. 2386. Rather than allow this grant of authority to expire by its terms at the end of September 2003, Congress passed the Higher Education Relief Opportunities for Students Act of 2003 (Heroes Act). 117 Stat. 904. That Act extended the coverage of the 2001 statute to include any war or national emergency – not just the September 11 attacks. By its terms, the Secretary “may waive or modify any statutory or regulatory provision applicable to the student financial assistance programs under title IV of the Education Act as the Secretary deems necessary in connection with a war or other military operation or national emergency”. 20 U.S.C. sect. 1098bb(a)(1).¹

The Secretary may issue waivers or modifications only “as may be necessary to ensure” that “recipients of student financial assistance under title IV of the Education Act who are affected individuals are not placed in a worse position financially in relation to that financial assistance because of their status as affected individuals”.

An “affected individual” is defined, in relevant part, as someone who “resides

or is employed in an area that is declared a disaster area by any Federal, State, or local official in connection with a national emergency” or who “suffered direct economic hardship as a direct result of a war or other military operation or national emergency, as determined by the Secretary”. Sect. 1098ee(2)(C)–(D). And a “national emergency” for the purposes of the Act is “a national emergency declared by the President of the United States”. Sect. 1098ee(4)...

The Secretary took more significant action in response to the Covid-19 pandemic. On March 13, 2020, the President declared the pandemic a national emergency. Presidential Proclamation No. 9994, 85 Fed. Reg. 15337– 15338 (2020). Over a year and a half passed with no further action beyond keeping the repayment and interest suspensions in place. But in August 2022, a few weeks before President Biden stated that “the pandemic is over”, the Department of Education announced that it was once again issuing “waivers and modifications” under the Act – this time to reduce and eliminate student debts directly.

The Heroes Act authorizes the Secretary to “waive or modify any statutory or regulatory provision applicable to the student financial assistance programs under title IV of the Education Act as the Secretary deems necessary in connection with a war or other military operation or national emergency”. 20 U.S.C. sect. 1098bb(a)(1). That power has limits. To begin with, statutory permission to “modify” does not authorize “basic and fundamental changes in the scheme” designed by Congress. The authority to “modify” statutes and regulations allows the Secretary to make modest adjustments and additions to existing provisions, not transform them.

The Secretary’s new “modifications” of these provisions were not “moderate” or “minor”. Instead, they created a novel and fundamentally different loan forgiveness program. The Secretary’s plan has “modified” the cited provisions only in the same sense that “the French Revolution ‘modified’ the status of the French nobility” – it has abolished them and supplanted them with a new regime entirely. Labeling the Secretary’s plan a mere “modification” does not lessen its effect, which is in essence to allow the Secretary unfettered discretion to cancel student loans. It is “highly unlikely that Congress” authorized such a sweeping loan cancellation program “through such a subtle device as permission to ‘modify’”...

In a final bid to elide the statutory text, the Secretary appeals to congressional purpose. “The whole point of” the Heroes Act, the Government contends, “is to ensure that in the face of a national emergency that is causing financial harm to borrowers, the Secretary can do something”. The question here is not whether something should be done; it is who has the authority to do it. Our recent decision in *West Virginia v. EPA* involved similar concerns over the exercise of administrative power. So too here, where the Secretary of Education claims the authority, on his own, to release 43 million borrowers from their obligations to repay \$430 billion in student loans. The Secretary has never previously claimed powers of this magnitude under the Heroes Act. As we have already noted, past waivers and modifications issued under the Act have been extremely modest and narrow in scope. The Act has been used only once before to waive or modify a provision related to debt cancellation: In 2003, the Secretary waived the requirement that borro-

wers seeking loan forgiveness under the Education Act's public service discharge provisions "perform uninterrupted, otherwise qualifying service for a specified length of time (for example, one year) or for consecutive periods of time, such as 5 consecutive years". 68 Fed. Reg. 69317. That waiver simply eased the requirement that service be uninterrupted to qualify for the public service loan forgiveness program. In sum, "no regulation premised on" the Heroes Act "has even begun to approach the size or scope" of the Secretary's program...

The "'economic and political significance'" of the Secretary's action is staggering by any measure. Practically every student borrower benefits, regardless of circumstances. A budget model issued by the Wharton School of the University of Pennsylvania estimates that the program will cost taxpayers "between \$469 billion and \$519 billion", depending on the total number of borrowers ultimately covered. That is ten times the "economic impact" that we found significant in concluding that an eviction moratorium implemented by the Centers for Disease Control and Prevention triggered analysis under the major questions doctrine...

The dissent is correct that this is a case about one branch of government arrogating to itself power belonging to another. But it is the Executive seizing the power of the Legislature. The Secretary's assertion of administrative authority has "conveniently enabled him to enact a program" that Congress has chosen not to enact itself...

All this leads us to conclude that "the basic and consequential tradeoffs" inherent in a mass debt cancellation program "are ones that Congress would likely have intended for itself". In such circumstances, we have required the Secretary to "point to 'clear congressional authorization'" to justify the challenged program. And as we have already shown, the Heroes Act provides no authorization for the Secretary's plan even when examined using the ordinary tools of statutory interpretation – let alone "clear congressional authorization" for such a program...

Capitolo sesto

Il diritto all'aborto

1. Il silenzio della Costituzione

Negli Stati Uniti il diritto all'aborto non figura tra quelli elencati dagli emendamenti alla Costituzione federale. La considerazione, che può apparire scontata, ha in realtà provocato nel corso degli ultimi sessanta anni un acceso dibattito fuori e dentro le aule dei tribunali. Dopo una prima stagione in cui si era ritenuto che la scelta della donna di interrompere la gravidanza godeva di copertura costituzionale, a oggi – precisamente dopo un *overruling* della Corte suprema nel 2022 – non è più così. Da qui un dedalo di discipline in vigore nei singoli Stati federati che risultano essere divise in ordine alla possibilità e all'ampiezza del diritto delle donne ad accedere a pratiche abortive.

Volendo fornire una panoramica generale sul punto, può rilevarsi anzitutto come il diritto in questione sia riconosciuto, ad oggi, in trentuno Stati, oltre a Washington D.C., mentre nei restanti diciannove risultano in vigore forme più o meno penetranti di divieti (che spaziano dal divieto assoluto, come in Texas, alla previsione di termini temporali stringenti dal momento del concepimento per l'esercizio del diritto di abortire, come in Florida dove il termine è di sei settimane).

Nei paragrafi che seguono analizzeremo, più nel dettaglio, quale sia stato il percorso che ha condotto, dapprima, la Corte suprema a riconoscere l'esistenza di un diritto ad abortire ricavato, in via interpretativa, dal testo di alcuni emendamenti della Costituzione. E – poi – a operare un totale *overruling*, giungendo appunto alla conclusione, nel 2022, per cui non può dirsi esistente un tale diritto, essendo la scelta rimessa alla volontà dei singoli Stati federati di disciplinarlo.

A tal fine, si rende necessario fornire alcune coordinate di tempo e di luogo che possano supportare l'analisi dell'evoluzione in commento. Anzitutto, occorre tornare con la mente agli anni Sessanta del secolo scorso, e precisamente a quella temperie culturale e politica in cui si sviluppa – sull'onda lunga del movimento per i diritti civili e della nuova sinistra – un discorso femminista incentrato sulle critiche alla società tradizionale, che veniva reputata essere ancora incentrata su strutture apertamente patriarcali. Emblematicamente, nel 1963 viene pubblicato un libro, ben presto divenuto di successo, la cui tesi principale è quella per cui molti dei disagi delle donne statunitensi dell'epoca (abuso di alcolici e farmaci antidepressivi, *in primis*) sarebbero stati il risultato di un inganno (la mistica della femminilità) a ragione del quale milioni di cittadine avrebbero rinunciato alle proprie aspirazioni, anche professionali, dedicandosi e relegandosi alla maternità e alla vita casalinga¹.

L'ondata di femminismo del periodo in discorso si contraddistingue, dunque, per la rivendicazione di una parità di genere tanto nelle relazioni private, in linea con la liberazione sessuale di quell'epoca reclamando un approccio non più biasimevole al piacere della donna, quanto nella dimensione pubblica, con la conseguente pretesa di partecipazione politica attiva e parità nei rapporti economici e di lavoro.

Ebbene, tanto le prerogative emancipatorie private quanto quelle pubbliche erano fortemente intrecciate con la sfera sessuale, e più precisamente con la tematica riproduttiva. Per un verso, l'approccio non colpevolizzante al piacere femminile sottendeva la possibilità di intrattenere rapporti sessuali senza riproduzione. Per un altro, gli interessi professionali delle donne andavano di pari passo con un avvicinamento consapevole e pianificato alla procreazione, implicando che questa fosse condivisa e programmata, onde renderla compatibile con le prospettive lavorative della donna, non facendone ricadere il peso unicamente su di lei.

Quanto accennato rende intuibile come la discussione abbia necessariamente ruotato intorno a due tematiche: da un lato, la contraccezione, dall'altro, l'aborto. Il che, in aggiunta, spiega il ruolo centrale in questa dinamica di *Planned parenthood*, l'organizzazione fondata nel 1916 a Brooklyn, e poi ramificatasi su tutto il territorio nazionale (oltre che a livello internazionale), la quale – come suggerito dal nome stesso – ha fornito in maniera prevalente assistenza sanitaria in ambito riproduttivo e sessuale.

¹ B. Friedan, *The Feminine Mystique*, New York NY, 1963.

Va da sé come le traiettorie assunte dalla società statunitense, e le visioni conflittuali e divisive in materia di aborto, abbiano trovato espressione anche nel circuito giudiziario, e in particolar modo in Corte suprema, alla cui giurisprudenza conviene ora dedicare la nostra analisi.

2. I penumbra rights e la contraccezione

Negli anni Sessanta uno dei temi centrali dell'attivismo femminista era la contraccezione. La lotta politica ben presto si tramutò in battaglia legale, con la proposizione di ricorsi volti all'ampliamento dell'accesso delle donne ai contraccettivi.

Per meglio inquadrare il contesto, occorre rammentare che, in quel periodo, in alcuni (pochi) Stati federati erano ancora vigenti leggi che scoraggiavano, o finanche vietavano, l'uso della contraccezione. Queste norme riflettevano un'opposizione culturale e politica, affondante le proprie radici in una legge del 1873, il Comstock Act. Legge questa che vietava la spedizione via posta di materiali considerati osceni, volgari, lascivi, indecenti o immorali, ivi inclusi i contraccettivi.

In Connecticut era ancora in vigore una legge approvata nel 1879 che proibiva l'uso di qualsiasi farmaco, dispositivo medico o altro strumento a tali fini. La violazione di questa legge era punita severamente, anche con sanzioni di natura penale, sia per chi ne faceva uso sia per chiunque fosse coinvolto nel processo di somministrazione o distribuzione.

In un quadro simile, nel 1961, il ginecologo C. Lee Buxton della Yale school of medicine ed Estelle Griswold, direttore esecutivo della sezione del Connecticut di *Planned parenthood*, aprirono in collaborazione una clinica per il controllo delle nascite. I due vennero denunciati, processati e infine condannati per aver violato la legge statale citata. Dopo aver presentato ricorso nelle corti superiori dello Stato, il caso ha raggiunto la Corte suprema. Invero, Buxton e Griswold avevano proprio questo obiettivo: intendevano usare la clinica come pretesto e grimaldello per ottenere una decisione della Corte suprema sulla conformità della legge del Connecticut alla Costituzione federale, e più precisamente al 14. emendamento. Decisione giunta nel 1965 [*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) – Materiali 1].

Per risolvere la controversia, la Corte suprema ha dovuto prima considerare come le istanze emergenti, legate alla condizione delle donne e della famiglia, potessero essere ricondotte alla Costituzione. Una volta

scartata la lettura di segno restrittivo e aderente al testo secondo cui il diritto alla contraccezione non era tutelato poiché non espressamente menzionato nella Costituzione, la maggioranza dei giudici ha optato per un'interpretazione aperturista verso le menzionate nuove istanze. Per l'effetto, l'opinione di maggioranza ha adottato una ricostruzione di più ampio respiro, essendosi affermato che il diritto delle coppie sposate di decidere liberamente, senza interferenze dei pubblici poteri, sulle questioni sessuali e riproduttive trova un addentellato costituzionale.

Secondo la Corte, questo diritto era da considerarsi una naturale estensione (un completamento necessario) di quelli garantiti dai primi otto emendamenti e, attraverso il 14. emendamento, azionabile anche nei confronti degli Stati. Viene così introdotta la nozione dei *penumbra rights*, ovverosia diritti che, quantunque non espressamente enunciati dalla Costituzione, derivano come emanazioni dai diritti fondamentali elencati, fornendo loro pieno significato.

Nella prospettiva della maggioranza, numerosi sarebbero i precedenti a sostegno dell'impostazione per cui i primi otto emendamenti ricreano zone di penombra da cui sgorgano altri diritti, tra cui quello alla riservatezza (*privacy*). Più precisamente, esso avrebbe la sua scaturigine ne: il 1. emendamento, che protegge la libertà di associazione, implicando una certa riservatezza; il 3. emendamento, che, nel vietare l'acquantieramento forzato dei soldati nelle abitazioni private in tempo di pace, esprime un altro connotato della *privacy*; il 4. emendamento, nella misura in cui tutela da perquisizioni e sequestri ingiustificati; il 5. emendamento, che protegge il cittadino dall'autoincriminazione, creando uno spazio di riservatezza contro lo Stato; il 9. emendamento, infine, che respinge l'idea di un numero chiuso dei diritti, precisando che l'elenco dei diritti in Costituzione non esclude altri diritti appartenenti al popolo.

Chiarita la cornice, la Corte ha dichiarato incostituzionale la legge del Connecticut, affermando come essa fosse in violazione del delineato diritto alla *privacy*, includendo nel relativo compasso di applicazione anche la libertà delle coppie sposate di compiere scelte riproduttive.

Da qui la domanda retorica formulata dalla Corte: si sarebbe disposti a consentire alla forza pubblica di perlustrare il sacro recinto della camera matrimoniale alla ricerca di prove di utilizzo di contraccettivi? Evidentemente no: già la sola idea è a tal punto aberrante per la concezione di riservatezza che circonda la relazione matrimoniale che essa va respinta integralmente. Conclude, quindi, che il matrimonio è un'istituzione fondamentale, più risalente dello stesso *Bill of rights*, più antica dei

partiti politici e del sistema educativo statunitense: è un'unione auspicabilmente durevole, personalissima, finanche munita di sacralità.

Griswold v. Connecticut aveva riservato questo diritto di *privacy* alle sole coppie sposate. La limitazione contrastava però con gli obiettivi del femminismo degli anni Sessanta, che puntava invece a eliminare lo stigma del piacere sessuale delle donne, incluso quello al di fuori del matrimonio. Risultato questo raggiunto pochi anni dopo, quando la Corte suprema è tornata sul tema, estendendo la tutela alle persone non sposate in un caso in cui ha invalidato una legge del Massachusetts che impediva loro l'accesso ai contraccettivi [*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)] (Cap. 7 par. 1).

Quel che permane, invece, di quanto affermato in *Griswold* è il legame indiretto dei diritti riproduttivi al diritto alla *privacy*, a sua volta quest'ultimo come dicevamo ricavato in via interpretativa dalle zone di penombra del *Bill of rights*. Ancorché il diritto alla riservatezza non vi si trovi espressamente menzionato, l'elaborazione dottrinale prima e la giurisprudenza poi hanno contribuito al suo sorgere. L'elaborazione in discorso si fa convenzionalmente risalire alla pubblicazione del saggio *The Right to Privacy* a firma del senatore Samuel Warren e di Louis Brandeis², il quale ultimo – una volta divenuto giudice alla Corte suprema – ha profuso un notevole sforzo per far permeare il diritto in questione nelle maglie della giurisprudenza costituzionale [*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), opinione dissenziente].

Nel prosieguo verificheremo come questo collegamento indiretto abbia reso fragile la tutela costituzionale dei diritti riproduttivi, consentendo alla Corte suprema – nel bel mezzo della controrivoluzione conservatrice – di poter agevolmente assestare dei contraccolpi di arretramento, iniziando dall'aborto e risalendo alla contraccezione, in una sorta di moto pendolare di ritorno a posizioni nettamente di chiusura³.

Un ultimo punto metodologico merita sottolineatura: la maggioranza dei giudici ha affermato di non voler applicare il *substantive due process* per risolvere il caso. In particolare, si è detto che non era intenzione della Corte di voler seguire il percorso tracciato da *Lochner v. New York* [198 U.S. 45 (1905)] (Cap. 2 parr. 2 e 3). E ciò in quanto

² L.D. Brandeis e S.D. Warren, Jr., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, p. 193 ss.

³ A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto pubblico*, 2023, p. 581 ss.

non era volontà della maggioranza quella di ergere i giudici a “super legislatori” chiamati a determinare l’opportunità, la necessità e la correttezza di leggi che riguardano i problemi economici, gli affari privati o le condizioni sociali.

Nonostante le dichiarazioni, tuttavia, uno scrutinio più ravvicinato dimostra come sia stato proprio il *substantive due process* a essere applicato⁴. Come notato da un commentatore in modo ironico, paragonando l’opinione di maggioranza a una *cheerleader*, che, saltellando tra gli emendamenti del *Bill of rights*, diceva «datemi una P, datemi una R, datemi una I”, e così via sino ad arrivare a *privacy*⁵. Secondo questa critica, quella scelta altro non è stata che un modo velato di utilizzare proprio il *due process* in senso sostanziale.

Solo otto anni dopo *Griswold* la Corte suprema ha superato la finzione ricreata e ha riconosciuto la copertura costituzionale della *privacy* facendo espresso e diretto riferimento agli emendamenti 9. e 14. Svoltata questa avvenuta in un caso riguardante il diritto all’aborto, a cui ora è opportuno dedicarsi.

3. Il riconoscimento del diritto all’aborto

Il ragionamento della Corte suprema intorno alle scelte riproduttive trova la sua massima, e più controversa, manifestazione in materia di interruzione di gravidanza nella celebre sentenza *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973) – Materiali 2] pronunciata nel 1973⁶.

I fatti da cui è originata la disputa possono essere così riassunti: nel 1970, Norma McCorvey (sotto lo pseudonimo di Jane Roe, per tutelare la propria identità, e da cui *Roe v. Wade*) aveva agito contro Henry Wade, allora procuratore distrettuale della contea di Dallas, in Texas, dove la donna risiedeva. Oggetto del ricorso era la legge del Texas che rendeva illegale l’aborto, considerandolo condotta criminosa salvo nei casi in cui l’interruzione di gravidanza fosse stata prescritta dal medico per la salvaguardia della vita della donna. Nella prospettiva della ri-

⁴ Approfondimenti in A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Diritti Comparati*, 2020, 1, p. 1 ss.

⁵ R.G. Dixon Jr., *The “New” Substantive Due Process and the Democratic Ethic: A Prolegomenon*, in *B.Y.U. Law Review*, 1976, p. 84.

⁶ V. Barsotti, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto. Una lunga storia americana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 1423 ss.

corrente, la disciplina texana sul punto risultava in violazione del diritto alla *privacy*, per come protetto dagli emendamenti alla Costituzione (segnatamente, il 1., il 4., il 9. e il 14.).

Alla stregua di quanto abbiamo visto nel precedente *Griswold*, e più in generale come è d'uso nel contesto statunitense, anche la controversia qui in commento si configura come contenzioso strategico (*strategic litigation*) strumentale a provocare una decisione del vertice del giudiziario federale sul riconoscimento del diritto ad abortire e a dichiarare la difformità a Costituzione da parte di legislazioni statali limitative di un simile diritto. La *McCorvey* era stata infatti individuata da due avvocate del Texas, sul finire degli anni Sessanta, a mo' di campione, per provocare una modifica del quadro normativo esistente. Il caso si configura altresì come *pseudonymous litigation*⁷: l'utilizzo dello pseudonimo, oltre a tutelare la identità personale della ricorrente, era altresì strumentale ad attirare l'attenzione dell'opinione pubblica sulla materia del contendere, nell'ottica di un'astrazione rispetto agli specifici fatti di causa. Insomma, a mettere i fuochi dell'attenzione sui principi giuridici sottesi al ricorso più che sulle condizioni soggettive delle parti.

La decisione, assunta ad ampia maggioranza, ha condotto anzitutto un'analisi diacronica della regolazione dell'aborto, mettendo insieme millenni di storia e spaziando così dall'epoca dell'antica Grecia sino ai tempi più recenti. Questo sarà un argomento ampiamente criticato nell'*overruling* di *Roe v. Wade*: lo vedremo più avanti, ma qui basti anticipare che l'argomento storico, in materia di aborto come in altri ambiti, si presta a interpretazioni divergenti utili a suffragare tanto le tesi progressiste quanto quelle conservatrici. Va dato atto, in effetti, che in *Roe v. Wade* non emerge con chiarezza quale fosse il senso di una così compendiosa analisi storico-comparativa: analisi che si conclude con la scontata presa d'atto per cui la materia oggetto di scrutinio è stata regolata in maniera del tutto differente a seconda delle epoche e delle latitudini.

Sia come sia, e volgendo al contenuto effettivo di quanto deciso, la Corte si è occupata di come sussumere il diritto all'interruzione della gravidanza entro il reticolato costituzionale. E più precisamente di stabilire un collegamento tra la scelta della gestante di abortire con il diritto alla *privacy* che tutela la relazione tra medico e paziente. Dunque,

⁷ Sul punto, v. E. Volokh, *The Law of Pseudonymous Litigation*, in *Hastings Law Journal*, 73, 2022, p. 1354 ss.

qui come nel caso della contraccezione, al diritto alla riservatezza che si annida nelle zone di penombra dei diritti contenuti nel *Bill of rights*.

Questo diritto di *privacy*, che sia fondato sul concetto di libertà personale e sulla limitazione dell'attività statale di cui al 14. emendamento, come ritenuto dalla Corte, ovvero sul 9. emendamento come deciso dalla corte distrettuale inferiore, era da ritenersi sufficientemente ampio da comprendere la decisione di una donna di interrompere o meno la propria gravidanza. Il danno che lo Stato avrebbe arrecato alla donna gestante nel negarle del tutto questa scelta risultava evidente. Ne sarebbe potuto conseguire, infatti, un nocumento specifico e diretto diagnosticabile in sede medica anche nel primo stadio della gravidanza. La maternità, o l'ulteriore prole, avrebbero potuto costringere la donna ad accettare una vita e un futuro angoscianti, subendo così un danno psicologico imminente. La cura del figlio sarebbe stata idonea a mettere a dura prova la sua salute fisica e mentale. Il tutto si sarebbe potuto tradurre altresì nel problema di inserire il bambino in una famiglia che, sin dal principio, risultava, sia psicologicamente sia sotto altri profili, incapace di occuparsene. In alcuni casi, sarebbe potuto persistere lo stigma sociale sulla donna per avuto un figlio fuori dal matrimonio. Tutti questi fattori dovevano essere ponderati dalla donna e dal medico che la assiste durante la fase di consulto.

Fatte tali premesse, la Corte suprema si è preoccupata di delimitare il compasso applicativo del diritto enunciato. Ha sottolineato, al riguardo, come questo non potesse considerarsi assoluto, ma – alla stregua degli altri diritti fondamentali – era suscettibile di limitazioni da parte dei pubblici poteri.

Le limitazioni di che trattasi, però, avendo ad oggetto un diritto fondamentale, dovevano essere soggette a uno scrutinio rigoroso, tale per cui le dette limitazioni sarebbero state giustificate solo al ricorrere di un interesse essenziale rispondente a una necessità impellente. Pertanto, l'opinione di maggioranza ha concluso nel senso che il diritto di *privacy* ben comprendeva la decisione di abortire, ma che un simile diritto non sarebbe stato illimitato, dovendo essere piuttosto letto alla luce dei concorrenti, e antagonisti talvolta, interessi degli Stati a regolarlo. Lì dove sarebbero stati coinvolti diritti fondamentali, i limiti a questi diritti potevano dirsi giustificati solo in forza di un interesse pressante (*compelling interest*), in guisa ulteriore che i provvedimenti legislativi avrebbero dovuto essere espressione di tali legittimi interessi.

Se questo era l'impianto argomentativo della Corte, allora va da sé che le sorti delle leggi statali restrittive fossero intimamente connesse all'esistenza di un interesse talmente rilevante da essere in grado di fondare una compressione del diritto della donna gestante a interrompere la gravidanza. Questo *compelling interest* poteva concretizzarsi, per un verso, nella tutela della salute della gestante, per un altro, nella protezione del nascituro.

Rispetto al primo elemento citato, una limitazione del diritto ad abortire poteva essere giustificata (e una legge che lo prevedeva considerata non incostituzionale) allorché la prosecuzione della gravidanza sarebbe risultata meno rischiosa rispetto alla sua interruzione. Questo superamento del rischio veniva individuato, sulla base delle evidenze della scienza medica, a partire dal secondo trimestre della gestazione. Da questo momento in avanti, secondo la Corte, i legislatori statali avrebbero avuto titolo a prevedere regole conseguenti.

In relazione alla protezione del nascituro, e qui sta il nucleo essenziale della decisione in *Roe v. Wade*, la Corte ha svolto una serie di riflessioni di tutto rilievo, che hanno mosso anzitutto dal rifiuto di aderire a visioni etiche in ordine all'origine della vita. Secondo questa ricostruzione, non sarebbe stato necessario rispondere al difficile interrogativo sul momento di inizio della vita. V'era la presa d'atto per cui il giudiziario non è nelle condizioni di poter rispondere, stante le conoscenze attuali e dato atto del persistente disaccordo tra gli esperti delle diverse discipline che alla materia si dedicano (medici, filosofi e teologi). Da una simile premessa la Corte è giunta a sostenere che l'interesse sufficientemente rilevante per i pubblici poteri di limitare l'interruzione di gravidanza coincideva con il momento in cui il feto era cresciuto a tal punto da essere in grado di vivere al di fuori del ventre materno: è questa la nozione di *fetal viability*.

Roe v. Wade non è che il momento di inizio di un lungo itinerario giurisprudenziale protrattosi per cinquant'anni sino alla decisione di *overruling* del 2022, e che ha visto gli Stati antiabortisti e le organizzazioni pro-vita (*pro-life*) coinvolti in una battaglia serratissima per scardinare il diritto delle donne di abortire. Sul tema torneremo nel prossimo paragrafo. Qui conviene invece occuparci, a completamento del quadro ricostruttivo, di un'altra importante sentenza resa dalla Corte suprema nella materia indagata. Pronuncia che – come vedremo – ha in qualche modo agevolato gli Stati contrari all'interruzione di gravidanza nell'in-

troduzione di norme funzionali a renderne più difficoltoso l'esercizio, oltre che a relativizzarne i contenuti.

Il Parlamento della Pennsylvania, nel biennio 1988-89, aveva apportato alcune modifiche alla disciplina in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Tra le nuove disposizioni ne figurava una che richiedeva il consenso informato della donna e un periodo di attesa di ventiquattr'ore prima dell'intervento medico di rimozione del feto. Oltre a ciò, una minorenne che avesse voluto abortire doveva ottenere il consenso da uno dei genitori, mentre una donna sposata doveva dichiarare di avere informato il marito della sua scelta. Da qui il ricorso, giunto sino alla Corte suprema, di alcune cliniche abortive e di alcuni medici contro le misure adottate. Nel caso *Planned Parenthood v. Casey* [505 U.S. 833 (1992)] i giudici hanno dovuto stabilire quindi se una legge del tenore descritto confliggeva con il diritto di abortire per come configurato in *Roe v. Wade*.

In primo luogo, a mutare è l'atteggiamento della Corte nei confronti dell'interesse statale alla tutela del concepito. Pur non aderendo a ricostruzioni volte ad accentuare la coincidenza tra embrione e persona, la maggioranza dei giudici ha riservato comunque un rilievo all'interesse degli Stati di tutelare il primo, così discostandosi dal canone dello scrutinio stretto (*strict scrutiny*) a beneficio di uno informato al bilanciamento tra i valori in gioco. Si è aperta in questo modo la porta a istituti di tutela indiretta del concepito, come quelli appunto che garantiscono una scelta consapevole della gestante, da bilanciare con il diritto, comunque ritenuto ancora prevalente, della donna alla scelta di proseguire o meno la gravidanza.

In secondo luogo, la presa di distanza da *Roe v. Wade* si apprezza sotto il distinto profilo del superamento della finzione per cui il diritto di abortire promani dal diritto alla *privacy*, da intendersi come protezione della riservatezza del rapporto paziente/medico. In *Casey* la scelta della donna, perlomeno sino alla *fetal viability*, è stata ricompresa – senza passaggi intermedi – nel *Bill of rights* facendosi applicazione del *substantive due process*. Se ne è dedotto che la donna era titolare di una posizione costituzionalmente tutelata di controllo sulla propria dimensione procreativa. Una sfera di controllo che né il legislatore federale né i legislatori statali avrebbero potuto comprimere arbitrariamente o in mancanza del perseguimento di interessi di rilevanza costituzionale. Sicché il destino della donna doveva essere definito in

ampia misura in virtù delle sue proprie concezioni sulla riproduzione, dei propri imperativi spirituali e del posto che ricopre in società.

Le due segnalate prese di distanza dal precedente degli anni Settanta hanno fatto sì che la Corte abbia potuto introdurre, per la prima volta, un nuovo standard di scrutinio per le leggi limitative dell'aborto. Un canone che imponeva non più ai pubblici poteri di dimostrare l'esistenza di un *compelling interest*, ma piuttosto la sola assenza di un onere sproporzionato (*undue burden*), inteso quest'ultimo quale ostacolo sostanziale nel percorso di una donna che desiderasse abortire entro la finestra temporale delle ventiquattro settimane dal concepimento (ovverosia prima della *fetal viability*).

Il cambio nello standard è stato considerato un'apertura nei confronti di interventi limitativi del diritto di abortire da parte degli Stati antiabortisti⁸. Caduta la rigidità dell'interesse pressante, e di un più penetrante sguardo della Corte, dopo *Casey* era divenuto quindi sufficiente che i pubblici poteri dimostrassero di non aver posto in essere misure sostanzialmente ostative della libera determinazione della donna⁹.

4. Le guerre culturali a partire dagli anni Settanta

Facciamo un passo indietro, e ritorniamo con la mente agli anni Settanta: l'esercizio è utile per comprendere come l'*overruling* della Corte suprema che ci apprestiamo ad analizzare in materia di aborto fosse tutto fuorché inaspettato. Difatti, come per la materia delle armi da fuoco (Cap. 8 parr. 1 e 2), gli interessi di una parte di popolazione, quella avversa al diritto di abortire nel caso che ci interessa, si saldano a doppio filo con il partito repubblicano. Legame che si consolida lungo tutto lo scorso secolo e che trova massima espressione oggi, da un lato, con la maggioranza conservatrice nella Corte suprema, dall'altro, con una maggioranza politica altrettanto conservatrice. Anche nell'ambito dell'interruzione di gravidanza, come accaduto per le armi, tutto ciò è stato reso possibile grazie a una connessione forte stabilita tra visioni giuridico politiche, per un verso, e interpretazione costituzionale di marca spiccatamente conservatrice, per un altro.

⁸ M.H. Medoff e C. Dennis, *A Critical Reexamination of the Effect of Antiabortion Legislation in the Post-Casey Era*, in *State Politics & Policy Quarterly*, 14, 2014, p. 207 ss.

⁹ Approfondimenti in R.B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, in *Yale Law Journal*, 117, 2008, p. 1694 ss.

Si diceva degli anni Settanta. Mentre dinanzi alla Corte suprema era pendente la controversia *Roe v. Wade*, era in discussione al Congresso un dibattito, e poi naufragato, emendamento alla Costituzione. Si trattava dell'Equal rights amendment (Era) Act, che avrebbe reso illegale la discriminazione sulla base del sesso e avrebbe conferito al Congresso il potere di applicare, mediante apposite disposizioni di legge, tale divieto. Per la sua entrata in vigore sarebbe stata necessaria la ratifica – entro sette anni dalla data di sua approvazione avvenuta nel 1972 – di tre quarti degli Stati federati. Senonché, nel 1979 la soglia non era stata raggiunta, e l'emendamento non venne mai aggiunto al testo della Costituzione.

Suo fervente oppositore fu un gruppo di donne, animate da ideali conservatori e tradizionalisti, secondo cui l'emendamento in questione le avrebbe, ribaltando la struttura patriarcale della società, private dello status e dei privilegi acquisiti. La più strenua oppositrice dell'Era, eponima del movimento di reazione denominato *Stop Era*, si chiamava Phyllis Schlafly. Avvocato, madre di sei figli e devota cattolica, fu particolarmente attiva nella lotta giustappunto contro l'emendamento in questione. Il principio che gli era sotteso, secondo l'attivista conservatrice, non era allineato alle tesi funzionaliste cui aderiva e in forza delle quali i ruoli degli uomini e delle donne erano complementari: i primi dediti al lavoro, le seconde alla cura del focolare. In un certo qual modo l'attività politica della Schlafly ha contribuito alla chiusura della parentesi storica in cui l'aborto veniva percepito quale strumento essenziale per la liberazione sessuale, e all'apertura di una nuova stagione – i cui risultati concreti vediamo oggi – in cui le posizioni antiabortiste hanno fatto da collante a quella moltitudine eterogenea che si riconosce negli ideali conservatori, e più precisamente nella destra repubblicana. È stata proprio Schlafly, infatti, ad aver contribuito alla svolta pro-vita del Partito repubblicano.

Phyllis Schlafly ha apertamente collegato l'aborto all'entrata in vigore dell'Era. Tatticamente ha fatto ricorso a un linguaggio che confondeva i piani dell'eguaglianza dei sessi con le scelte riproduttive delle donne (sovrapposizione, che – invero – era utilizzata anche dalle fautrici del secondo femminismo nordamericano). Sul principio degli anni Settanta, Schlafly iniziò a scrivere nella sua *newsletter* di quello che lei percepiva come l'inganno sotteso all'emendamento. Nel 1974, ad esempio, ammoniva che, ove ratificata, la modifica avrebbe comportato l'abrogazione di tutte le leggi anti-abortiste allora in vigore. Distribuí anche volantini che mostravano collegamenti visivi tra l'aborto e

l'emendamento, come un nodo con due fili distinguibili¹⁰. Proseguendo nel ragionamento, ai sensi dell'Era, ogni qualsivoglia limitazione del diritto di abortire sarebbe stata considerata una discriminazione sessuale, poiché avrebbe avuto un impatto solo su un sesso.

Una prima svolta si ottenne nel 1976, con l'approvazione dello Hyde amendment: un pacchetto legislativo che vietava i finanziamenti federali per le pratiche abortive, salvo nelle ipotesi di stupro, di incesto e lì dove necessario per salvaguardare la vita della donna gestante. Modifica legislativa la cui conformità costituzionale venne pure confermata dalla Corte suprema [*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980)]. Sempre nel 1976, il controllo del comitato programmatico del Partito repubblicano venne acquisito da politici antiabortisti i quali, oltre a rivendicare l'opportunità di un emendamento alla Costituzione espressamente contro l'aborto, aggiunsero punti *pro-life* al manifesto politico repubblicano. Alla *convention* nazionale repubblicana dello stesso anno, il partito emendò il proprio programma, includendovi giustappunto il riferimento all'anti-abortismo. La modifica è un'ulteriore riprova di come visioni ideologiche si saldino con ragioni più prosaiche: la parte meno intransigente del partito acconsentì a un simile riposizionamento per ragioni strategiche mosse dalla speranza di attirare i voti dei cattolici.

Il cerchio si chiuse nel 1980 con l'adozione da parte del partito repubblicano di una netta presa di posizione di ripudio dell'Equal rights amendment Act. Il passaggio è di fondamentale importanza poiché certifica la totale svolta dei repubblicani che – sin dal 1944 – avevano invece mostrato pieno supporto all'introduzione dell'emendamento. Una scelta che ha del sensazionale se si considera che, prima di Schlafly e della massiva diffusione del movimento *pro-life*, il principale sostegno all'Era proveniva proprio dalle donne repubblicane della classe media¹¹.

Ebbene, il riposizionamento del partito repubblicano lungo linee apertamente anti-abortiste e anti-femministe, cui faceva da sfondo la saldatura con quelle visioni tradizionali della società statunitense di cui si è ripetutamente detto, è utile a spiegare in prospettiva il graduale sfaldamento, sino alla sua completa eliminazione, del diritto di abortire riconosciuto a livello federale. Vale a gettare maggiore luce sull'evoluzione – di compromesso – adottata dalla Corte suprema in

¹⁰ Cfr. A. Ribieras, *Abortion and Phyllis Schlafly's Pro-life Contribution to the Culture Wars from the 1970s to the 1990s*, in *Revue de Recherche en Civilisation Américaine*, 2018, 8, p. 1 ss.

¹¹ In argomento D. Frum, *How We Got Here: The 70's*, New York NY, 2000, pp. 245-8.

Casey, e la sua presa di distanza dalle più nette posizioni affermate nel precedente *Roe v. Wade*. Insomma, a illuminare il significato politico delle soluzioni giuridiche del giudiziario.

Si è riportato nel paragrafo precedente come la maggioranza dei giudici in *Casey* abbia optato per una revisione dello standard di scrutinio delle leggi statali limitative del diritto di abortire. E si è pure riportato che l'introduzione di tale inedito canone dell'*undue burden*, cioè lo scrutinio della legittimità di consimili leggi operato sulla base della verifica della assenza di un onere sproporzionato sul diritto della gestante di interrompere la gravidanza, sia stato valutato come un'apertura significativa nei confronti degli Stati anti-abortisti e delle frange più intransigenti della società statunitense. In precedenza, come si ricorderà, e manente il precedente *Roe v. Wade*, agli Stati era richiesto di provare la sussistenza di un interesse essenziale (*compelling interest*), che lasciava agli Stati medesimi uno spazio di manovra sensibilmente più limitato nel frapporre ostacoli alla libera determinazione della donna nella scelta di interrompere la gravidanza.

Sempre in ottica prospettica, e avvicinandoci ai giorni nostri, quanto riportato certifica come l'erosione della copertura federale al diritto di aborto non sia giunta fulminea nel 2022¹², con la sentenza di cui ci occuperemo a breve. Al contrario, l'erosione anzidetta ha radici lontane ed è stata resa possibile attraverso la graduale presa di potere da parte delle frange più conservatrici del partito repubblicano, e da parte di quest'ultimo dei centri di potere, compresa la Corte suprema.

La nomina di Brett Kavanaugh e di Amy Coney Barrett durante la prima Presidenza Trump ha alterato gli equilibri nell'organo al vertice del giudiziario federale, facendo pendere la bilancia verso posizioni più conservatrici veicolate – nel discorso giuridico – attraverso l'originalismo interpretativo (*originalism*). Con tale termine intendendosi quel filone che sostiene come i giudici debbano attenersi al significato originale attribuito dalla Costituzione e agli emendamenti dai Padri fondatori al momento della loro introduzione¹³.

Per convincersi ulteriormente di quanto stiamo dicendo, si consideri questo dato. Mentre la controversia che ha condotto all'*overruling* di *Roe v. Wade* e di *Casey* era pendente dinanzi alla Corte suprema, un

¹² A. Di Martino, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022, 2, p. 18 ss.

¹³ J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge MA, 2021, *passim*.

numero cospicuo di Stati – tredici per la precisione¹⁴ – ha approvato leggi di marca antiabortista, la cui entrata in vigore era sospensivamente condizionata proprio all'*overruling* menzionato. Queste cosiddette Trigger law, appunto per la caratteristica di entrare in vigore una volta dichiarata l'assenza di tutela federale del diritto di abortire, aderiscono a precise visioni filosofiche per cui l'inizio della vita si ha con il concepimento, e sono dunque idonee a investire altre ramificazioni delle scelte riproduttive: pillola del giorno dopo, pillola anticoncezionale, fecondazione in vitro¹⁵.

5. L'inesistenza di un diritto costituzionalmente riconosciuto ad abortire

Riavvolgiamo le fila del nostro discorso sull'interruzione di gravidanza per comprendere appieno la portata della sentenza del 24 giugno 2022, *Dobbs v. Jackson* [597 U.S. 215 (2022) – Materials 3], con cui la Corte suprema ha dichiarato l'insussistenza di un diritto federale ad abortire, e ha quindi sancito l'*overruling* dei suoi precedenti in materia.

Come riportato, il quadro relativo all'aborto fuoriuscito dalle sentenze *Roe* e *Casey* risultava essere il seguente: il diritto ad abortire era stato ricavato dalla protezione della riservatezza in favore della donna, per poi essere autonomizzato come diritto fondamentale a sé stante. L'interruzione volontaria di gravidanza, come configurata prima in *Roe* e poi in *Casey*, si presentava come uno schema a diverse finestre temporali, scandite in trimestri, all'interno delle quali era operato un bilanciamento differenziato tra i due interessi antagonisti della donna ad abortire e del feto a nascere e parametrato sullo stato di avanzamento della gestazione. Come pure abbiamo menzionato, tanto più si era vicini alla fase finale della gravidanza, tanto più era prevalente il secondo sul primo.

Il perno attorno al quale ruotava l'intero sistema confezionato dagli arresti giurisprudenziali esaminati era la *fetal viability*, il termine di ventiquattro settimane a partire dal concepimento e reputato es-

¹⁴ Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, e Wyoming: cfr. E. Nash, I. Guarnieri, *13 States Have Abortion Trigger Bans – Here's What Happens When Roe Is Overturned*, 13 giugno 2022, in www.guttmacher.org.

¹⁵ N. Patel, *Abortion "Trigger" Ban Statutes: Impact on Plan B, Birth Control, and IVF Treatments*, in *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 23, 2022, 3, p. 1 ss.

sere il momento in cui il feto è sufficientemente sviluppato da poter sopravvivere al di fuori dell'utero materno. Oltre tale termine, l'interruzione volontaria di gravidanza veniva generalmente esclusa, pur ammettendosi casi di natura eccezionale là dove, ad esempio, il proseguire della gestazione attentava alla salute della madre. Prima del termine indicato, gli Stati rimanevano liberi di regolare la materia, con l'unico limite di non poter escludere completamente il diritto ad abortire, dapprima dimostrando un *compelling interest* e dipoi dovendo invece, con un alleggerimento significativo in punto di onere della prova, allegare unicamente che gli ostacoli introdotti non rappresentavano per la scelta della donna un *undue burden*¹⁶.

Gli assetti riportati vengono interamente travolti da *Dobbs*. Nell'opinione di maggioranza non c'è spazio per equivoci: le precedenti pronunce abilitative del diritto ad abortire sono – nella sua prospettiva – un esercizio di nudo potere giudiziale e in quanto tali egregiamente sbagliate (*egregiously wrong*). Per giungere a simili conclusioni, sono due gli argomenti principali addotti.

Il primo inerisce alla storia e al suo utilizzo per dimostrare come il diritto oggetto del contendere non possa essere sussunto nel 14. emendamento, come invece fatto indirettamente in *Roe* e apertamente in *Casey*. Ciò in quanto, al momento della sua introduzione, l'aborto era vietato in ventotto degli allora trentasette Stati federati, e non era dunque concepibile che un simile diritto potesse rientrare nel novero delle futuribili protezioni accordate dall'emendamento.

La lettura fornita è dunque di marca profondamente originalista, e mira a smentire i precedenti sul punto: la tradizione di *common law* non aveva mai ammesso l'interruzione volontaria di gravidanza, tanto che, nel 1973 – l'anno in cui la Corte aveva reso la decisione in *Roe v. Wade*, la maggioranza degli Stati federati la vietava. Il tutto non poteva quindi far ritenere che fosse espressione di un radicamento nella storia statunitense al punto da includerla nel richiamato 14. emendamento. Secondo l'interpretazione maggioritaria data a quest'ultimo, un diritto può esservi incluso solo se la tutela accordata sia reputata, in virtù di un criterio di aderenza a uno schema di libertà ordinata, radicata nei valori morali e sociali.

¹⁶ A. Baraggia, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2022.

Il secondo argomento si attesta invece su un diverso piano: quello di dimostrare come *Roe v. Wade* non trovasse rispondenza alcuna nella *case law* della Corte suprema. Insomma, l'obiettivo è stato quello di creare un divario tra la sentenza citata e quelle da questa richiamate per giungere alla configurazione di un diritto ad abortire costituzionalmente riconosciuto. È proprio in questo frangente che la maggioranza dei giudici taccia i precedenti in materia di essere esercizi di nudo potere giudiziale, e in quanto tali *egregiously wrong*. Da qui l'inevitabilità dell'*overruling*.

Più precisamente si rileva nell'opinione di maggioranza come la sentenza *Roe v. Wade* sia stata più che sbagliata: quest'ultima ha ritenuto che la Costituzione attribuisse implicitamente il diritto di abortire, ma lo ha fatto fondandosi non già sul tenore letterale della stessa, sulla storia o sui precedenti. Al contrario, il ragionamento poggiava su fondamenta eccezionalmente cedevoli: una narrazione storica errata, questioni – quelle attinenti alla contraccezione – che non hanno attinenza alcuna con il dettato costituzionale, in tale maniera ignorando le differenze fondamentali esistenti tra i precedenti su cui è stata imperniata (segnatamente, *Griswold*) e la questione che era chiamata a risolvere. Prosegue la maggioranza rilevando una netta distinzione tra i diritti riconosciuti dai precedenti su cui si fondano *Roe* e *Casey* e quelli affermati da questi ultimi. Nessuno dei casi menzionati sottendeva la questione morale fondamentale posta dall'aborto – ovverosia la distruzione della vita potenziale – risultando pertanto inapplicabili.

Da tali considerazioni si fa discendere che la Costituzione non tutela l'aborto. Il diritto in questione non è né profondamente radicato nella storia della Nazione né una componente essenziale della "libertà ordinata" del 14. emendamento. Corollario ne è che la materia può essere regolata dagli Stati senza limitazioni di sorta imposte dal piano costituzionale.

La pronuncia in *Dobbs* ha esautorato la precedente impostazione: la Corte suprema ha sancito l'incostituzionalità del criterio della *fetal viability*, reputando pienamente legittima la legislazione del Mississippi, oggetto della controversia da cui la pronuncia è occasionata, che lo aveva sostituito con quello dello "sviluppo fetale". Detto ultimo criterio impone il divieto di abortire quando è stato determinato che lo stadio gestazionale dell'essere umano non ancora nato è, su base probabilistica, superiore a quindici settimane. Sicché la pronuncia in esame ha attribuito patente di legittimità a leggi che rendono illegale

l'aborto sul fondamento di una possibile maturazione del feto calcolato dal primo giorno dell'ultimo ciclo mestruale della donna incinta.

Dobbs è stata ampiamente commentata, alla luce delle molteplici ed eterogenee implicazioni che comporta. La prima caratteristica che spicca è che l'opinione di maggioranza è informata a un'interpretazione di segno tradizionalista della *due process clause*. Il *due process traditionalism* postula la tutela dei diritti non espressamente previsti dalla Costituzione solo allorquando essi siano: profondamente radicati nella storia e nella tradizione del Paese; impliciti nel concetto stesso di libertà ordinata¹⁷. Ha poi destato interesse poiché ha criticato i due precedenti *Roe* e *Casey* definendoli *egregiously wrong*. È stato sottolineato come essa possa inasprire le disegualianze tra Stati sull'accesso ai diritti civili¹⁸. Altri hanno enfatizzato come la decisione metta a rischio la sopravvivenza dei diritti ricavati in via giurisprudenziale dagli emendamenti alla Costituzione (i cosiddetti *penumbra rights*), potendo avere effetti al di là della sola interruzione volontaria di gravidanza, e ciò quantunque la Corte stessa abbia affermato come tali diritti rimangano inalterati per effetto dell'*overruling* sull'aborto. Ha allargato di molto le maglie con cui i giudici possono sindacare la legittimità delle leggi statali sull'aborto, essendosi distanziata dallo standard dell'onere eccessivo, in suo luogo avendogli preferito il più blando criterio della base razionale (*rational basis*) (Cap. 11 par. 3). Oltre a ciò, essa rimodula significativamente il ruolo della Corte, essendo manifestazione di un atteggiamento di auto-limitazione (*self-restraint*) che delega agli Stati la regolamentazione della materia, in netta controtendenza con quanto operato in passato nella medesima materia.

Infine, *Dobbs* ha portato in superficie la forte polarizzazione negli Stati Uniti in materia di aborto e la netta distanza esistente tra gli Stati conservatori e quelli democratici. Una spaccatura alla quale conviene ora rivolgere il nostro sguardo, con l'analisi degli scenari post-*Dobbs*.

¹⁷ C. Sunstein, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, 29 giugno 2022, in www.ssrn.com.

¹⁸ V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion laws and private enforcement*, in *DPCE Online*, 2023, num. spec. 1, p. 252.

6. Gli scenari attuali

Dopo la sentenza *Dobbs* del giugno 2022, e a seguito dell'eliminazione del diritto costituzionale federale all'aborto, gli Stati antiabortisti hanno reagito approvando misure di divieti e ulteriori restrizioni. Per converso, gli Stati favorevoli (detti anche *pro-choice*) hanno introdotto congegni nel tentativo di preservare ed estendere l'accesso all'aborto.

Spiccano, con riferimento a questi ultimi, le forme di immunità recate dalle cosiddette leggi scudo (*Shield law*)¹⁹. Queste "leggi scudo", diffuse in un numero significativo di Stati, intendono proteggere i medici, i pazienti e soggetti terzi da eventuali procedimenti civili, penali e disciplinari, mediante l'introduzione del divieto di qualsivoglia cooperazione da parte dei pubblici poteri (forze dell'ordine, agenzie statali o locali, enti privati e organi statali, ivi inclusi gli esecutivi e i tribunali) con Stati che vogliano intentare un procedimento giudiziario sulla base di leggi anti-aborto. In alcuni Stati (California, Colorado, Massachusetts, New York e Vermont) l'immunità si applica indipendentemente dall'ubicazione del paziente, risultando così inclusa la fornitura in telemedicina di servizi abortivi.

In effetti, come precisato dalla opinione concorrente del giudice Brett Kavanaugh in *Dobbs*, è stata esclusa la conformità costituzionale (per contrasto con la libera circolazione interstatale) di leggi che vietino alle donne residenti di recarsi in un altro Stato per abortire. Va registrato, cionondimeno, come alcuni Stati abbiano adottato misure limitative di consimili pratiche²⁰. In aggiunta, deve essere sottolineato che – con un ordine esecutivo²¹ – il 47. presidente degli Stati Uniti d'America, Donald Trump ha abrogato la norma introdotta da Biden che consentiva agli Stati abortisti di utilizzare il programma sanitario *Medicaid* (Cap. 4 par. 5) per pagare la procedura di interruzione di gravidanza a donne non residenti. Con ciò rendendosi significativamente più difficoltoso, oltre che più iniquo, il sistema dei viaggi per abortire.

L'iniziativa di Trump fa proprie alcune proposte contenute in un documento²², realizzato sotto gli auspici di un centro-studi (*think tank*)

¹⁹ Cfr. UCLA Law, *Shield Laws for Reproductive and Gender-Affirming Health Care: A State Law Guide*, in www.law.ucla.edu.

²⁰ The Network for Public Health Law, *Restrictions on the Right to Travel for Out-of-State Abortion Care*, aprile 2025, in www.networkforphl.org.

²¹ Executive order n. 14182 – Enforcing the Hyde Amendment (31 gennaio 2025).

²² Aa.Vv., *Mandate for Leadership 2025: The Conservative Promise*, Washington DC, 2023.

ultra-conservatore, la *Heritage foundation*, in cui, tra l'altro, si proponeva di abrogare proprio il regime introdotto da Biden sul supporto ai viaggi per abortire attraverso il *Medicaid*, sostenendosi che oramai gli Stati progressisti sono diventati «santuari del turismo abortivo»²³.

Al netto della tematica sui viaggi per abortire, vi sono ulteriori questioni aperte che attengono in particolare alla tematica dei servizi di telemedicina e all'aborto farmacologico. È su questi due fronti che gli anti-abortisti stanno convogliando le proprie energie con la messa in opera di azioni concrete.

In Louisiana, è stato indagato per la prima volta un medico di New York, accusato di aver fornito pillole abortive tramite telemedicina a una adolescente residente nello Stato²⁴. Lo stesso medico è stato poi sanzionato da un giudice del Texas per aver presumibilmente spedito via posta pillole abortive a una paziente texana²⁵. In entrambi i casi, e facendo applicazione della Shield law vigente nello Stato, i funzionari di New York non hanno cooperato con le autorità giudiziarie richiedenti.

La presenza, tuttavia, di simili tensioni tra gli Stati rende plausibile, nel prossimo futuro, il coinvolgimento della Corte suprema con riferimento tanto alle leggi protettive della marca segnalata quanto con riguardo alla telemedicina abortiva e all'aborto farmacologico praticato al di fuori del proprio Stato (*out of State*). Va posto in rilievo, infatti, che le citate tensioni sono già sfociate in controversie giudiziali.

Il procuratore generale del Texas ha citato in giudizio il funzionario dello Stato di New York dopo che questi si è rifiutato di emettere una ingiunzione di pagamento delle multa irrogata contro il medico accusato di avere prescritto a distanza, senza essere provvisto della necessaria autorizzazione professionale per operare nello Stato, il mifepristone impiegato per l'aborto dalla donna texana di cui dicevamo più sopra [*State of Texas v. Bruck*, N.Y. Sup. Ct., No. EF2025-2536]. Il funzionario, nelle proprie difese, ha obiettato facendo valere gli obblighi su di lui gravanti in forza della legge scudo vigente nello Stato di New York.

L'argomento principale su cui è fondato il ricorso del Procuratore generale del Texas, e che formerà oggetto di ricorso proprio

²³ R. Severino, *Department of Health and Human Services*, ivi, pp. 455 e 471.

²⁴ M. Halpert, *New York doctor indicted for prescribing Louisiana teen abortion pill*, 31 gennaio 2025, in www.bbc.com.

²⁵ A. Bernstein, K. Forouzan e E. Stoskopf-Ehrlich, *Attacks on Shield Laws Are the Next Step in Criminalizing Abortion Care*, Guttmacher Institute, settembre 2025, in www.guttmacher.org.

dinanzi alla Corte suprema, è fondato sulla clausola della piena fiducia e credito (*full faith and credit*) contenuta nell'art. 4 della Costituzione. A mente di tale clausola, ogni Stato è tenuto a riconoscere piena fede e credito agli atti pubblici, ai registri e ai procedimenti giudiziari di ogni altro Stato. Com'è intuibile, il Texas sostiene che la Shield law di New York (e le Shield law più in generale) violino l'art. 4 poiché non riconoscono piena fede e credito a procedimenti instaurati in un altro Stato²⁶.

Quanto tracciato non rappresenta la sola strategia attuata dai conservatori contro l'aborto. Un'altra modalità sarebbe mettere al bando le sostanze impiegate negli aborti farmacologici. Nell'ottobre 2024 è entrata in vigore sempre in Louisiana una legge che per la prima volta qualifica i due principali farmaci per ciò impiegati, il mifepristone e il misoprostolo, come sostanze pericolose, e ha inasprito il quadro sanzionatorio per il possesso e la distribuzione non autorizzata. Proprio la questione dei farmaci abortivi e della loro circolazione, specie interstatale, rappresenta l'ulteriore fronte surriscaldato nella materia che ci sta occupando. Non fosse altro perché nel 2023 si stima che due terzi degli aborti erano di tipo farmacologico, con la conseguenza che una politica restrittiva comporterebbe un minore accesso all'interruzione volontaria di gravidanza²⁷.

Nel 2024, nella prima decisione in materia di aborto dopo l'*overruling* del 2022, la Corte suprema è stata investita di una questione concernente proprio i farmaci anzidetti. Pochi mesi dopo la sentenza *Dobbs*, quattro associazioni mediche *pro-life* e alcuni medici anti-abortisti hanno richiesto un provvedimento cautelare (*preliminary injunction*) volto a ottenere la revoca dell'approvazione da parte della *Food and drug administration* (Fda) del mifepristone. I ricorrenti sostenevano che l'allentamento da parte dell'agenzia delle misure di controllo del farmaco fosse illegale, poiché – tra l'altro – risultava in un pregiudizio alle donne che lo assumevano. Più recisamente, nel marzo 2016, la Fda ne aveva ampliato l'accesso, consentendo ai medici di prescriverlo ed estendendo il periodo di utilizzo in gravidanza. Poi, nell'aprile del 2021, a causa della pandemia

²⁶ D.A. Zambrano, M.E. Mastrodimos e S.F.Z. Valente, *The Full Faith and Credit Clause and the Puzzle of Abortion Laws*, in *New York University Law Review Online*, 98, ottobre 2023, p. 382 ss.

²⁷ R.K. Jones e A. Friedrich-Karnik, *Medication Abortion Accounted for 63% of All U.S. Abortions in 2023 – An Increase from 53% in 2020*, Guttmacher Institute, marzo 2024, in www.guttmacher.org.

di Covid-19, la Fda aveva autorizzato la distribuzione per posta del farmaco da parte di soggetti autorizzati (comprese le farmacie, a partire dal gennaio 2023). Dopo un'udienza nel merito, nell'agosto 2023, la Corte federale del Quinto circuito ha confermato il divieto delle modifiche apportate nel 2016. La Corte suprema, con una decisione unanime, non ha deciso nel merito, ritenendo piuttosto che le associazioni ricorrenti non fossero state in grado di dimostrare la propria legittimazione ad agire per assenza di un nesso causale tra la condotta dell'amministrazione e i danni lamentati [*Food and Drug Administration v. Alliance for Hippocratic Medicine*, 602 U.S. 367 (2024)].

La questione rimane dunque aperta. In argomento, deve essere posto in evidenza come i più intransigenti tra gli antiabortisti stiano profondendo notevoli sforzi per far mutare lo stato dell'arte. Il riferimento è al già citato documento della *Heritage foundation*, la cui rilevanza è centrale stante l'influenza esercitata sulla politica del secondo mandato di Trump. Lì si auspica l'introduzione del divieto di prescrizioni con la telemedicina di farmaci abortivi, la proibizione della possibilità di spedirli per posta, e il ritiro della loro approvazione da parte della Fda²⁸.

Nel documento, in linea con i ricorrenti nella controversia da ultimo citata, gli autori sostengono che l'autorizzazione dell'agenzia sia sempre stata illegale. Quanto invece agli strumenti utili per limitare la circolazione via posta dei farmaci antiabortivi, le proposte vorrebbero riportare in auge una disciplina che abbiamo già incontrato nella trattazione, il Comstock Act del 1873. Nel ritenere rientranti nella nozione di prodotto «osceno, volgare, lascivo, indecente, sporco o vile» i farmaci abortivi, gli attivisti conservatori stanno ragionando se la già menzionata disciplina possa costituire un utile viatico mediante cui vietare la maggioranza degli aborti farmacologici²⁹.

Abbiamo riportato poc'anzi di come la Louisiana abbia introdotto misure restrittive alla circolazione dei farmaci per l'aborto, qualificandoli come sostanze pericolose. La legge in questione prevede altresì il diritto di citare in giudizio da parte dei privati chi violi i nuovi divieti. Il 17 settembre 2025 il parlamento del Texas ha assunto una iniziativa di segno analogo. Ciò che rende singolare l'approccio texano inerisce alle modalità con cui il controllo sulla circolazione dei farmaci aborti-

²⁸ R. Severino, *Department of Health and Human Services*, cit., p. 457.

²⁹ E. Brunnstrom, *Abortion and the Mails: Challenging the Applicability of the Comstock Act Law Post-Dobbs*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 55, 2024, p. 1 ss.

vi opera. Esse replicano, difatti, la precedente disciplina in materia di aborto, sui cosiddetti cacciatori di taglie (*bounty hunter*), legittimando la proposizione di azioni di risarcimento danni nei confronti di coloro i quali forniscono, possiedono, consegnano o producono pillole abortive.

Ciò consentirebbe ai residenti in Texas, quantunque non presentino alcun legame con una donna incinta, di citare in giudizio per danni gli operatori sanitari, le aziende farmaceutiche e finanche le società di trasporto, che potrebbero spedire farmaci abortivi ai texani o avere intenzione di farlo. Invece, le donne che assumono tali farmaci per interrompere la gravidanza non sono considerate legittimate passive dalla legge. E il ricorso può essere presentato ancorché nessun aborto sia stato effettuato.

È evidente come la *ratio* sottesa a una norma di questo tenore sia strumentale a disincentivare, nell'ottica della deterrenza, la somministrazione, la distribuzione e il trasporto di farmaci abortivi su suolo texano. Il che rende propizio il momento per trattare dell'intreccio esistente tra il diritto privato e le limitazioni all'esercizio delle scelte riproduttive da parte delle donne nel periodo post-*Dobbs*.

7. Il Texas heartbeat Act e le “taglie” sulle pratiche abortive

Una delle principali conseguenze di *Dobbs* è stata, lo si diceva, aver trasferito a livello statale le scelte in materia di aborto, aprendo la strada ad approcci eterogenei nei diversi Stati federati. Un simile spostamento di prospettiva produce conseguenze relevantissime anche in ambiti che potrebbero apparire lontani dalla tematica in questione. Ciò a riprova di come i riposizionamenti al vertice del sistema giudiziario federale siano in grado di ridisegnare gli equilibri dell'esperienza giuridica statunitense con modalità non sempre di immediata comprensione. Il riferimento va, come accennato, al diritto privato e alla disciplina della responsabilità civile.

Il 1. settembre 2021 è entrato in vigore in Texas l'Heartbeat Act, che vieta l'aborto non appena sia rilevata l'attività cardiaca fetale, generalmente attorno alla sesta settimana di gestazione. Per garantirne l'efficacia, la legge introduce un'inedita forma di attuazione attraverso i privati cittadini (*private enforcement*): l'applicazione non è demandata infatti ai pubblici poteri, ma appunto ai cittadini, ai quali viene rico-

nosciuto un premio di 10.000 dollari (una vera e propria taglia) in caso di esito vittorioso di una causa civile intentata contro chi ha praticato o facilitato un aborto illegale. Gli attori non sono tenuti a rifondere le spese legali in caso di soccombenza (Cap. 10 par. 2), incentivandosi così il contenzioso instaurato dai privati.

I possibili convenuti di tali azioni includono medici, personale sanitario e amministrativo, e anche chi ha solo accompagnato la donna presso la clinica dove l'aborto viene praticato. Tanto è vero che alcune società attive nel settore dei trasporti privati si sono preoccupate, per un verso, di fare donazioni a *Planned parenthood*, per un altro, di rilasciare dichiarazioni in cui hanno promesso assistenza e copertura dei costi legali per i propri autisti che dovessero andare incontro a procedimenti di questo tipo³⁰. La donna, invece, non è considerata come legittimata passiva, a testimonianza di un'impostazione che relega i diritti riproduttivi al controllo della collettività, e al di fuori del dominio delle scelte individuali della diretta interessata.

L'uso di meccanismi privati per perseguire fini pubblici non è certamente inedito: si pensi alle forme analoghe presenti nel diritto della concorrenza o nelle segnalazioni di illeciti in ambito lavorativo (*whistleblowing*). La *ratio* che gli è sottesa fa leva sul maggior potenziale interesse dei soggetti coinvolti, ritenuti più motivati ed efficienti nel far valere i propri diritti rispetto alle autorità pubbliche, spesso limitate da risorse e informazioni.

Tuttavia, tali meccanismi si sono tradizionalmente fondati sull'esistenza di un interesse concreto da parte dell'attore, mentre il sistema texano prescinde da qualsiasi legame che questi possa avere con il fatto denunciato, premiando semplicemente chiunque riesca a far condannare un soggetto coinvolto in un aborto praticato in spregio della legge³¹. L'aspetto vale a gettare un alone di inquietudine sul sistema ricreato, evocando precedenti storici controversi come la caccia alle streghe, il maccartismo o le leggi sugli schiavi fuggitivi del 1793 e 1850³².

³⁰ K. Frazier, *Lyft, Uber to pay legal fees for drivers sued under Texas abortion ban*, in *Axios*, 3 settembre 2021, in www.axios.com.

³¹ S. Ferreri, *La rivincita del delatore. Il privato promotore di giustizia: dal private enforcement delle politiche antitrust alla legislazione del Texas sull'aborto. L'interesse individuale come strumento di pressione o cacciatori di taglie?*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2022, p. 295 ss.

³² L. Serafinelli, *Aborto, armi da fuoco e cambiamento climatico. Ovvero sulla privatizzazione del conflitto politico negli Stati Uniti a partire dal tritico di sentenze del giugno 2022 della Corte Suprema*, in *Comparative Law Review*, 2023, 2, p. 65 ss.

Uno degli aspetti più controversi della legge è la completa esclusione delle autorità pubbliche dal meccanismo di *enforcement*. Questo consente allo Stato del Texas di eludere il controllo costituzionale: non essendovi un'autorità statale che applica la legge, non vi è alcun soggetto istituzionale da citare in tribunale per poter provocare eventualmente un giudizio sulla sua costituzionalità. Di conseguenza, per contestare la legge si rende necessario violarla e difendersi in giudizio da una causa intentata eventualmente da un privato. Un caso emblematico è quello dell'avvocato Oscar Stilley e di Felipe Gomez, contrari alla legge ma costretti a violarla per sollevare la questione di costituzionalità in sede giudiziale³³.

Come osservato nell'opinione dissenziente in *Dobbs v. Jackson*, il Texas ha istituzionalizzato in questo modo la delazione tra cittadini, premian-do chi denuncia il prossimo. Ciò ha un effetto dissuasivo generalizzato: medici e strutture sanitarie sono scoraggiati dall'eseguire aborti anche nei casi consentiti, temendo contenziosi e sanzioni. Come evidenziato da alcune ricerche svolte sul punto, la legge ha nei fatti influito negativamente sull'intero sistema sanitario, ostacolando la libertà di azione dei professionisti e mettendo a rischio la salute dei pazienti³⁴.

Un altro aspetto problematico del Texas heartbeat Act è il fatto che non richiede alcuna connessione diretta tra l'attore e l'aborto contestato. Chiunque – non importa se estraneo o meno ai fatti – può intentare una causa. L'impiego della formula "qualsiasi persona" apre così la strada a un potenziale uso strumentale della legge per fini egoistici o ritorsivi. Così, un barista che ascolta una conversazione in un caffè potrebbe essere legittimato a denunciare. Ancora più grave, un ex partner in disaccordo con la decisione di abortire della compagna potrebbe usare la legge come strumento di vendetta e ritorsione³⁵.

La strategia normativa vuole occultare il ruolo dello Stato, e attribuire a soggetti privati il compito di assicurare il rispetto di una legge che presenta profili di incostituzionalità. Il fatto, poi, che tutto si svolga a livello statale e non federale pone la disciplina al di fuori del dettato

³³ Cfr. M. Johnson, *The Texas Heartbeat Act: How Private Citizens Are Given the Power to Violate a Woman's Right to Privacy through an Unusual Enforcement Mechanism*, in *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 23, 2021, 1, p. 8.

³⁴ W. Arey et al., *A Preview of the Dangerous Future of Abortion Bans – Texas Senate Bill 8*, in *New England Journal of Medicine*, 387, 2022, p. 389.

³⁵ S. Tavernise, *Citizens, Not the State, Will Enforce New Abortion Law in Texas*, in *New York Times*, 9 luglio 2021, in www.nytimes.com.

dell'art. 3 della Costituzione federale in virtù del quale solo chi ha subito un danno concreto può ricorrere in giudizio. Il tutto è stato cavalcato da parte delle associazioni anti-abortiste, tanto che l'organizzazione *Texas right to life* aveva persino progettato un sito web per segnalazioni anonime, poi mai attivato per "problemi tecnici"³⁶.

Il modello normativo introdotto in Texas ha aperto la strada a una potenziale proliferazione di leggi simili in altri ambiti e volte ad acutizzare la polarizzazione della società statunitense sui temi più dibattuti. Dopo la decisione della Corte suprema di non sospendere l'applicazione della legge [*Whole Women's Health v. Jackson*, 595 U.S. 30 (2021)], diversi Stati hanno proposto norme basate su meccanismi analoghi, dimostrando quanto il rischio di "contagio" sia reale e bipartisan.

Emblematico è il caso della California, dove dal 1. gennaio 2023 è in vigore una legge che consente ai cittadini di citare in giudizio chi fabbrica o vende armi d'assalto (*ghost gun*). L'idea è di adottare il medesimo strumento legale utilizzato dal Texas, ma con finalità tutt'affatto diverse.

Insomma, e per concludere, può dirsi che l'arretramento sui diritti riproduttivi operato dalla Corte suprema, di cui la legge texana qui analizzata costituisce una manifestazione laterale, ma non per questo meno significativa, ha in qualche maniera avviato il Paese su un piano inclinato con una crescente polarizzazione che si registra a livello degli Stati federati. Un processo che vede una sempre maggiore devoluzione ai privati di poteri e funzioni in passato appannaggio e prerogativa delle autorità pubbliche. Il rischio, paventato da alcuni, è la nascita di una società fondata sul vigilantismo, e lacerata al suo interno, in cui l'esercizio e il godimento dei diritti individuali sono fatti dipendere da usi più o meno distorti del circuito delle corti, inclusa la Corte suprema³⁷.

³⁶ *ProLifeWhistleBlower.com*: cfr. M. Kornfield, *A website for 'whistleblowers' to expose Texas abortion providers was taken down – again*, in *Washington Post*, 6 settembre 2021, in www.washingtonpost.com.

³⁷ J.D. Michaels e D.L. Noll, *Vigilante Federalism*, in *Cornell Law Review*, 108, 2023, p. 1187 ss.

Materiali

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

Mr. Justice Douglas delivered the opinion of the Court.

Appellant Griswold is Executive Director of the Planned Parenthood League of Connecticut. Appellant Buxton is a licensed physician and a professor at the Yale Medical School who served as Medical Director for the League at its Center in New Haven – a center open and operating from November 1 to November 10, 1961, when appellants were arrested.

They gave information, instruction, and medical advice to *married persons* as to the means of preventing conception. They examined the wife and prescribed the best contraceptive device or material for her use. Fees were usually charged, although some couples were serviced free.

The statutes whose constitutionality is involved in this appeal are sect. 53-32 and 54-196 of the General Statutes of Connecticut (1958 rev.). The former provides: "Any person who uses any drug, medicinal article or instrument for the purpose of preventing conception shall be fined not less than fifty dollars or imprisoned not less than sixty days nor more than one year or be both fined and imprisoned". Section 54-196 provides: "Any person who assists, abets, counsels, causes, hires or commands another to commit any offense may be prosecuted and punished as if he were the principal offender".

The appellants were found guilty as accessories and fined \$100 each, against the claim that the accessory statute, as so applied, violated the Fourteenth Amendment. The Appellate Division of the Circuit Court affirmed. The Supreme Court of Errors affirmed that judgment...

Coming to the merits, we are met with a wide range of questions that implicate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Overtones of some arguments suggest that *Lochner v. New York* should be our guide. But we decline that invitation, as we did in *West Coast Hotel Co. v. Parrish*; *Olsen v. Nebraska*; *Lincoln Union v. Northwestern Co.*; *Williamson v. Lee Optical Co.*; *Giboney v. Empire Storage Co.* We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions. This law, however, operates directly on an intimate relation of husband and wife and their physician's role in one aspect of that relation.

The association of people is not mentioned in the Constitution nor in the Bill of Rights. The right to educate a child in a school of the parents' choice – whether public or private or parochial – is also not mentioned. Nor is the right to study any particular subject or any foreign language. Yet the First Amendment has been construed to include certain of those rights.

By *Pierce v. Society of Sisters*... the right to educate one's children as one chooses is made applicable to the States by the force of the First and Fourteenth Amendments. By *Meyer v. Nebraska*... the same dignity is given the right to study the

German language in a private school. In other words, the State may not, consistently with the spirit of the First Amendment, contract the spectrum of available knowledge. The right of freedom of speech and press includes not only the right to utter or to print, but the right to distribute, the right to receive, the right to read and freedom of inquiry, freedom of thought, and freedom to teach – indeed, the freedom of the entire university community. Without those peripheral rights, the specific rights would be less secure. And so we reaffirm the principle of the *Pierce* and the *Meyer* cases.

In *NAACP v. Alabama*, we protected the “freedom to associate and privacy in one’s associations”, noting that freedom of association was a peripheral First Amendment right. Disclosure of membership lists of a constitutionally valid association, we held, was invalid “as entailing the likelihood of a substantial restraint upon the exercise by petitioner’s members of their right to freedom of association”.

In other words, the First Amendment has a penumbra where privacy is protected from governmental intrusion. In like context, we have protected forms of “association” that are not political in the customary sense, but pertain to the social, legal, and economic benefit of the members. We held it not permissible to bar a lawyer from practice because he had once been a member of the Communist Party. The man’s “association with that Party” was not shown to be “anything more than a political faith in a political party”, and was not action of a kind proving bad moral character.

Those cases involved more than the “right of assembly” – a right that extends to all, irrespective of their race or ideology. The right of “association”, like the right of belief, is more than the right to attend a meeting; it includes the right to express one’s attitudes or philosophies by membership in a group or by affiliation with it or by other lawful means. Association in that context is a form of expression of opinion, and, while it is not expressly included in the First Amendment, its existence is necessary in making the express guarantees fully meaningful.

The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers “in any house” in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the “right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures”. The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”...

The Fourth and Fifth Amendments were described in *Boyd v. United States*, as protection against all governmental invasions “of the sanctity of a man’s home and the privacies of life”. We recently referred in *Mapp v. Ohio*, to the Fourth

Amendment as creating a “right to privacy, no less important than any other right carefully and particularly reserved to the people”.

We have had many controversies over these penumbral rights of “privacy and repose”. These cases bear witness that the right of privacy which presses for recognition here is a legitimate one.

The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. And it concerns a law which, in forbidding the use of contraceptives, rather than regulating their manufacture or sale, seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive impact upon that relationship. Such a law cannot stand in light of the familiar principle, so often applied by this Court, that a “governmental purpose to control or prevent activities constitutionally subject to state regulation may not be achieved by means which sweep unnecessarily broadly and thereby invade the area of protected freedoms”. Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship.

We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights – older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions...

2. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

Mr. Justice Blackmun delivered the opinion of the Court.

This Texas federal appeal and its Georgia companion, present constitutional challenges to state criminal abortion legislation. The Texas statutes under attack here are typical of those that have been in effect in many States for approximately a century. The Georgia statutes, in contrast, have a modern cast, and are a legislative product that, to an extent at least, obviously reflects the influences of recent attitudinal change, of advancing medical knowledge and techniques, and of new thinking about an old issue.

We forthwith acknowledge our awareness of the sensitive and emotional nature of the abortion controversy, of the vigorous opposing views, even among physicians, and of the deep and seemingly absolute convictions that the subject inspires. One's philosophy, one's experiences, one's exposure to the raw edges of human existence, one's religious training, one's attitudes toward life and family and their values, and the moral standards one establishes and seeks to observe, are all likely to influence and to color one's thinking and conclusions about abortion. In addition, population growth, pollution, poverty, and racial overtones tend to complicate and not to simplify the problem.

Our task, of course, is to resolve the issue by constitutional measurement, free of

emotion and of predilection. We seek earnestly to do this, and, because we do, we have inquired into, and in this opinion place some emphasis upon, medical and medical-legal history and what that history reveals about man's attitudes toward the abortion procedure over the centuries. We bear in mind, too, Mr. Justice Holmes' admonition in his now-vindicated dissent in *Lochner v. New York*: "The Constitution is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States"...

The Texas statutes that concern us here are Arts. 1191-1194 and 1196 of the State's Penal Code. These make it a crime to "procure an abortion", as therein defined, or to attempt one, except with respect to "an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother". Similar statutes are in existence in a majority of the States.

Texas first enacted a criminal abortion statute in 1854. This was soon modified into language that has remained substantially unchanged to the present time. The final article in each of these compilations provided the same exception, as does the present Article 1196, for an abortion by "medical advice for the purpose of saving the life of the mother".

Jane Roe, a single woman who was residing in Dallas County, Texas, instituted this federal action in March 1970 against the District Attorney of the county. She sought a declaratory judgment that the Texas criminal abortion statutes were unconstitutional on their face, and an injunction restraining the defendant from enforcing the statutes.

Roe alleged that she was unmarried and pregnant; that she wished to terminate her pregnancy by an abortion "performed by a competent, licensed physician, under safe, clinical conditions"; that she was unable to get a "legal" abortion in Texas because her life did not appear to be threatened by the continuation of her pregnancy; and that she could not afford to travel to another jurisdiction in order to secure a legal abortion under safe conditions. She claimed that the Texas statutes were unconstitutionally vague and that they abridged her right of personal privacy, protected by the First, Fourth, Fifth, Ninth, and Fourteenth Amendments. By an amendment to her complaint, Roe purported to sue "on behalf of herself and all other women" similarly situated.

James Hubert Hallford, a licensed physician, sought and was granted leave to intervene in Roe's action. In his complaint, he alleged that he had been arrested previously for violations of the Texas abortion statutes, and that two such prosecutions were pending against him. He described conditions of patients who came to him seeking abortions, and he claimed that for many cases he, as a physician, was unable to determine whether they fell within or outside the exception recognized by Article 1196. He alleged that, as a consequence, the statutes were vague and uncertain, in violation of the Fourteenth Amendment, and that they violated his own and his patients' rights to privacy in the doctor-patient relationship and his own right to practice medicine, rights he claimed were guaranteed by the First, Fourth, Fifth, Ninth, and Fourteenth Amendments.

John and Mary Doe, a married couple, filed a companion complaint to that of Roe...

The two actions were consolidated and heard together by a duly convened three-judge district court. The suits thus presented the situations of the pregnant single woman, the childless couple, with the wife not pregnant, and the licensed practicing physician, all joining in the attack on the Texas criminal abortion statutes. Upon the filing of affidavits, motions were made for dismissal and for summary judgment... On the merits, the District Court held that the "fundamental right of single women and married persons to choose whether to have children is protected by the Ninth Amendment, through the Fourteenth Amendment", and that the Texas criminal abortion statutes were void on their face because they were both unconstitutionally vague and constituted an overbroad infringement of the plaintiffs' Ninth Amendment rights...

The plaintiffs Roe and Doe and the intervenor Hallford, pursuant to 28 U.S.C. sect. 1253, have appealed to this Court from that part of the District Court's judgment denying the injunction...

The principal thrust of appellant's attack on the Texas statutes is that they improperly invade a right, said to be possessed by the pregnant woman, to choose to terminate her pregnancy. Appellant would discover this right in the concept of personal "liberty" embodied in the Fourteenth Amendment's Due Process Clause; or in personal, marital, familial, and sexual privacy said to be protected by the Bill of Rights or its penumbras, see *Griswold v. Connecticut*...; or among those rights reserved to the people by the Ninth Amendment, *Griswold v. Connecticut*. Before addressing this claim, we feel it desirable briefly to survey, in several aspects, the history of abortion, for such insight as that history may afford us, and then to examine the state purposes and interests behind the criminal abortion laws...

The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. In varying contexts, the Court or individual Justices have, indeed, found at least the roots of that right in the First Amendment... in the Fourth and Fifth Amendments... in the penumbras of the Bill of Rights; in the Ninth Amendment; or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment. These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed "fundamental" or "implicit in the concept of ordered liberty", are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage; procreation; contraception; family relationships; and childrearing and education.

This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would im-

pose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation.

On the basis of elements such as these, appellant and some *amici* argue that the woman's right is absolute and that she is entitled to terminate her pregnancy at whatever time, in whatever way, and for whatever reason she alone chooses. With this we do not agree. Appellant's arguments that Texas either has no valid interest at all in regulating the abortion decision, or no interest strong enough to support any limitation upon the woman's sole determination, are unpersuasive. The Court's decisions recognizing a right of privacy also acknowledge that some state regulation in areas protected by that right is appropriate. As noted above, a State may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life. At some point in pregnancy, these respective interests become sufficiently compelling to sustain regulation of the factors that govern the abortion decision. The privacy right involved, therefore, cannot be said to be absolute. In fact, it is not clear to us that the claim asserted by some *amici* that one has an unlimited right to do with one's body as one pleases bears a close relationship to the right of privacy previously articulated in the Court's decisions. The Court has refused to recognize an unlimited right of this kind in the past... We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified, and must be considered against important state interests in regulation...

Where certain "fundamental rights" are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a "compelling state interest"... and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake...

The District Court held that the appellee failed to meet his burden of demonstrating that the Texas statute's infringement upon Roe's rights was necessary to support a compelling state interest, and that, although the appellee presented "several compelling justifications for state presence in the area of abortions", the statutes outstripped these justifications and swept "far beyond any areas of compelling state interest"...

Appellant and appellee both contest that holding. Appellant, as has been indicated, claims an absolute right that bars any state imposition of criminal penalties in the area. Appellee argues that the State's determination to recognize and protect prenatal life from and after conception constitutes a compelling state interest. As noted above, we do not agree fully with either formulation.

The appellee and certain *amici* argue that the fetus is a "person" within the

language and meaning of the Fourteenth Amendment. In support of this, they outline at length and in detail the well known facts of fetal development. If this suggestion of personhood is established, the appellant's case, of course, collapses, for the fetus' right to life would then be guaranteed specifically by the Amendment. The appellant conceded as much on reargument. On the other hand, the appellee conceded on reargument that no case could be cited that holds that a fetus is a person within the meaning of the Fourteenth Amendment. The Constitution does not define "person" in so many words. Section 1 of the Fourteenth Amendment contains three references to "person". The first, in defining "citizens", speaks of "persons born or naturalized in the United States". The word also appears both in the Due Process Clause and in the Equal Protection Clause... "Person" is used in other places in the Constitution... but in nearly all these instances, the use of the word is such that it has application only post-natally. None indicates, with any assurance, that it has any possible pre-natal application.

All this, together with our observation, *supra*, that, throughout the major portion of the 19th century, prevailing legal abortion practices were far freer than they are today, persuades us that the word "person", as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn...

The pregnant woman cannot be isolated in her privacy. She carries an embryo and, later, a fetus, if one accepts the medical definitions of the developing young in the human uterus... The situation therefore is inherently different from marital intimacy, or bedroom possession of obscene material, or marriage, or procreation, or education, with which Eisenstadt and Griswold, Stanley, Loving, Skinner, and Pierce and Meyer were respectively concerned. As we have intimated above, it is reasonable and appropriate for a State to decide that, at some point in time another interest, that of health of the mother or that of potential human life, becomes significantly involved. The woman's privacy is no longer sole and any right of privacy she possesses must be measured accordingly.

Texas urges that, apart from the Fourteenth Amendment, life begins at conception and is present throughout pregnancy, and that, therefore, the State has a compelling interest in protecting that life from and after conception. We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer...

In view of all this, we do not agree that, by adopting one theory of life, Texas may override the rights of the pregnant woman that are at stake. We repeat, however, that the State does have an important and legitimate interest in preserving and protecting the health of the pregnant woman, whether she be a resident of the State or a nonresident who seeks medical consultation and treatment there, and that it has still *another* important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life. These interests are separate and distinct. Each grows in substantiality as the woman approaches term and, at a point during pregnancy, each becomes "compelling".

With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the "compelling" point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester. This is so because of the now-established medical fact that, until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth. It follows that, from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health. Examples of permissible state regulation in this area are requirements as to the qualifications of the person who is to perform the abortion; as to the licensure of that person; as to the facility in which the procedure is to be performed, that is, whether it must be a hospital or may be a clinic or some other place of less-than-hospital status; as to the licensing of the facility; and the like.

This means, on the other hand, that, for the period of pregnancy prior to this "compelling" point, the attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State, that, in his medical judgment, the patient's pregnancy should be terminated. If that decision is reached, the judgment may be effectuated by an abortion free of interference by the State.

With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the "compelling" point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother.

Measured against these standards, Art. 1196 of the Texas Penal Code, in restricting legal abortions to those "procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother", sweeps too broadly. The statute makes no distinction between abortions performed early in pregnancy and those performed later, and it limits to a single reason, "saving" the mother's life, the legal justification for the procedure. The statute, therefore, cannot survive the constitutional attack made upon it here

3. *Dobbs v. Jackson*, 597 U.S. 215 (2022)

Justice Alito delivered the opinion of the Court.

Abortion presents a profound moral issue on which Americans hold sharply conflicting views. Some believe fervently that a human person comes into being at conception and that abortion ends an innocent life. Others feel just as strongly that any regulation of abortion invades a woman's right to control her own body and prevents women from achieving full equality. Still others in a third group think that abortion should be allowed under some but not all circumstances, and those within this group hold a variety of views about the particular restrictions that should be imposed.

For the first 185 years after the adoption of the Constitution, each State was per-

mitted to address this issue in accordance with the views of its citizens. Then, in 1973, this Court decided *Roe v. Wade*. Even though the Constitution makes no mention of abortion, the Court held that it confers a broad right to obtain one. It did not claim that American law or the common law had ever recognized such a right, and its survey of history ranged from the constitutionally irrelevant (e.g., its discussion of abortion in antiquity) to the plainly incorrect (e.g., its assertion that abortion was probably never a crime under the common law). After cataloging a wealth of other information having no bearing on the meaning of the Constitution, the opinion concluded with a numbered set of rules much like those that might be found in a statute enacted by a legislature.

Under this scheme, each trimester of pregnancy was regulated differently, but the most critical line was drawn at roughly the end of the second trimester, which, at the time, corresponded to the point at which a fetus was thought to achieve "viability", i.e., the ability to survive outside the womb. Although the Court acknowledged that States had a legitimate interest in protecting "potential life", it found that this interest could not justify any restriction on pre-viability abortions. The Court did not explain the basis for this line, and even abortion supporters have found it hard to defend *Roe's* reasoning. One prominent constitutional scholar wrote that he "would vote for a statute very much like the one the Court ended up drafting" if he were "a legislator", but his assessment of *Roe* was memorable and brutal: *Roe* was "not constitutional law" at all and gave "almost no sense of an obligation to try to be".

At the time of *Roe*, 30 States still prohibited abortion at all stages. In the years prior to that decision, about a third of the States had liberalized their laws, but *Roe* abruptly ended that political process. It imposed the same highly restrictive regime on the entire Nation, and it effectively struck down the abortion laws of every single State. As Justice Byron White aptly put it in his dissent, the decision represented the "exercise of raw judicial power" and it sparked a national controversy that has embittered our political culture for a half century.

Eventually, in *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, the Court revisited *Roe*, but the Members of the Court split three ways. Two Justices expressed no desire to change *Roe* in any way. Four others wanted to overrule the decision in its entirety. And the three remaining Justices, who jointly signed the controlling opinion, took a third position. Their opinion did not endorse *Roe's* reasoning, and it even hinted that one or more of its authors might have "reservations" about whether the Constitution protects a right to abortion. But the opinion concluded that *stare decisis*, which calls for prior decisions to be followed in most instances, required adherence to what it called *Roe's* "central holding" – that a State may not constitutionally protect fetal life before "viability" – even if that holding was wrong. Anything less, the opinion claimed, would undermine respect for this Court and the rule of law.

Paradoxically, the judgment in *Casey* did a fair amount of overruling. Several important abortion decisions were overruled *in toto*, and *Roe* itself was overruled in part. *Casey* threw out *Roe's* trimester scheme and substituted a new rule of uncertain origin under which States were forbidden to adopt any regulation

that imposed an “undue burden” on a woman’s right to have an abortion. The decision provided no clear guidance about the difference between a “due” and an “undue” burden. But the three Justices who authored the controlling opinion “called the contending sides of a national controversy to end their national division” by treating the Court’s decision as the final settlement of the question of the constitutional right to abortion.

As has become increasingly apparent in the intervening years, *Casey* did not achieve that goal. Americans continue to hold passionate and widely divergent views on abortion, and state legislatures have acted accordingly. Some have recently enacted laws allowing abortion, with few restrictions, at all stages of pregnancy. Others have tightly restricted abortion beginning well before viability. And in this case, 26 States have expressly asked this Court to overrule *Roe* and *Casey* and allow the States to regulate or prohibit pre-viability abortions.

Before us now is one such state law. The State of Mississippi asks us to uphold the constitutionality of a law that generally prohibits an abortion after the 15th week of pregnancy – several weeks before the point at which a fetus is now regarded as “viable” outside the womb. In defending this law, the State’s primary argument is that we should reconsider and overrule *Roe* and *Casey* and once again allow each State to regulate abortion as its citizens wish. On the other side, respondents and the Solicitor General ask us to reaffirm *Roe* and *Casey*, and they contend that the Mississippi law cannot stand if we do so. Allowing Mississippi to prohibit abortions after 15 weeks of pregnancy, they argue, “would be no different than overruling *Casey* and *Roe* entirely”. They contend that “no half-measures” are available and that we must either reaffirm or overrule *Roe* and *Casey*. We hold that *Roe* and *Casey* must be overruled. The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. That provision has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty”.

The right to abortion does not fall within this category. Until the latter part of the 20th century, such a right was entirely unknown in American law. Indeed, when the Fourteenth Amendment was adopted, three quarters of the States made abortion a crime at all stages of pregnancy. The abortion right is also critically different from any other right that this Court has held to fall within the Fourteenth Amendment’s protection of “liberty”.

Roe’s defenders characterize the abortion right as similar to the rights recognized in past decisions involving matters such as intimate sexual relations, contraception, and marriage, but abortion is fundamentally different, as both *Roe* and *Casey* acknowledged, because it destroys what those decisions called “fetal life” and what the law now before us describes as an “unborn human being”.

Stare decisis, the doctrine on which *Casey*’s controlling opinion was based, does not compel unending adherence to *Roe*’s abuse of judicial authority. *Roe* was egregiously wrong from the start. Its reasoning was exceptionally weak, and

the decision has had damaging consequences. And far from bringing about a national settlement of the abortion issue, *Roe* and *Casey* have enflamed debate and deepened division.

It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people's elected representatives. "The permissibility of abortion, and the limitations, upon it, are to be resolved like most important questions in our democracy: by citizens trying to persuade one another and then voting". That is what the Constitution and the rule of law demand.

Petitioners' primary defense of the Mississippi Gestational Age Act is that *Roe* and *Casey* were wrongly decided and that "the Act is constitutional because it satisfies rational-basis review"... Respondents answer that allowing Mississippi to ban pre-viability abortions "would be no different than overruling *Casey* and *Roe* entirely"... They tell us that "no half-measures" are available: We must either reaffirm or overrule *Roe* and *Casey*.

We begin by considering the critical question whether the Constitution, properly understood, confers a right to obtain an abortion. Skipping over that question, the controlling opinion in *Casey* reaffirmed *Roe*'s "central holding" based solely on the doctrine of *stare decisis*, but as we will explain, proper application of *stare decisis* required an assessment of the strength of the grounds on which *Roe* was based... We therefore turn to the question that the *Casey* plurality did not consider, and we address that question in three steps. First, we explain the standard that our cases have used in determining whether the Fourteenth Amendment's reference to "liberty" protects a particular right. Second, we examine whether the right at issue in this case is rooted in our Nation's history and tradition and whether it is an essential component of what we have described as "ordered liberty". Finally, we consider whether a right to obtain an abortion is part of a broader entrenched right that is supported by other precedents...

The Constitution makes no express reference to a right to obtain an abortion, and therefore those who claim that it protects such a right must show that the right is somehow implicit in the constitutional text. *Roe*, however, was remarkably loose in its treatment of the constitutional text... With this new theory addressed, we turn to *Casey*'s bold assertion that the abortion right is an aspect of the "liberty" protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment...

In interpreting what is meant by the Fourteenth Amendment's reference to "liberty", we must guard against the natural human tendency to confuse what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy... Guided by the history and tradition that map the essential components of our Nation's concept of ordered liberty, we must ask what the *Fourteenth Amendment* means by the term "liberty". When we engage in that inquiry in the present case, the clear answer is that the Fourteenth Amendment does not protect the right to an abortion.

Until the latter part of the 20th century, there was no support in American law for a constitutional right to obtain an abortion. No state constitutional provision had recognized such a right. Until a few years before *Roe* was handed down, no federal or state court had recognized such a right. Nor had any scholarly treatise of which

we are aware. And although law review articles are not reticent about advocating new rights, the earliest article proposing a constitutional right to abortion that has come to our attention was published only a few years before *Roe*.

We begin with the common law, under which abortion was a crime at least after “quickening” – *i.e.*, the first felt movement of the fetus in the womb, which usually occurs between the 16th and 18th week of pregnancy...

In this country, the historical record is similar. The “most important early American edition of Blackstone’s Commentaries... reported Blackstone’s statement that abortion of a quick child was at least “a heinous misdemeanor”...

The original ground for drawing a distinction between pre- and post-quickenings abortions is not entirely clear, but some have attributed the rule to the difficulty of proving that a pre-quickenings fetus was alive. At that time, there were no scientific methods for detecting pregnancy in its early stages...

At any rate, the original ground for the quickening rule is of little importance for present purposes because the rule was abandoned in the 19th century... In this country during the 19th century, the vast majority of the States enacted statutes criminalizing abortion at all stages of pregnancy... The trend in the Territories that would become the last 13 States was similar: All of them criminalized abortion at all stages of pregnancy between 1850 (the Kingdom of Hawaii) and 1919 (New Mexico)...

The inescapable conclusion is that a right to abortion is not deeply rooted in the Nation’s history and traditions. On the contrary, an unbroken tradition of prohibiting abortion on pain of criminal punishment persisted from the earliest days of the common law until 1973...

Instead of seriously pressing the argument that the abortion right itself has deep roots, supporters of *Roe* and *Casey* contend that the abortion right is an integral part of a broader entrenched right. *Roe* termed this a right to privacy, and *Casey* described it as the freedom to make “intimate and personal choices” that are “central to personal dignity and autonomy”. *Casey* elaborated: “At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life”.

The Court did not claim that this broadly framed right is absolute, and no such claim would be plausible. While individuals are certainly free *to think* and *to say* what they wish about “existence”, “meaning”, the “universe”, and “the mystery of human life”, they are not always free *to act* in accordance with those thoughts. License to act on the basis of such beliefs may correspond to one of the many understandings of “liberty”, but it is certainly not “ordered liberty”.

Ordered liberty sets limits and defines the boundary between competing interests. *Roe* and *Casey* each struck a particular balance between the interests of a woman who wants an abortion and the interests of what they termed “potential life”... But the people of the various States may evaluate those interests differently. In some States, voters may believe that the abortion right should be even more extensive than the right that *Roe* and *Casey* recognized. Voters in other States may wish to impose tight restrictions based on their belief that abortion destroys an “unborn human being”... Our Nation’s historical understanding of

ordered liberty does not prevent the people's elected representatives from deciding how abortion should be regulated...

What sharply distinguishes the abortion right from the rights recognized in the cases on which *Roe* and *Casey* rely is something that both those decisions acknowledged: Abortion destroys what those decisions call "potential life" and what the law at issue in this case regards as the life of an "unborn human being". None of the other decisions cited by *Roe* and *Casey* involved the critical moral question posed by abortion. They are therefore inapposite. They do not support the right to obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way... Under the doctrine of *stare decisis*, those precedents are entitled to careful and respectful consideration, and we engage in that analysis below. But as the Court has reiterated time and time again, adherence to precedent is not "an inexorable command". There are occasions when past decisions should be overruled, and as we will explain, this is one of them.

On many other occasions, this Court has overruled important constitutional decisions. Without these decisions, American constitutional law as we know it would be unrecognizable, and this would be a different country. No Justice of this Court has ever argued that the Court should *never* overrule a constitutional decision, but overruling a precedent is a serious matter. It is not a step that should be taken lightly. Our cases have attempted to provide a framework for deciding when a precedent should be overruled, and they have identified factors that should be considered in making such a decision... In this case, five factors weigh strongly in favor of overruling *Roe* and *Casey*: the nature of their error, the quality of their reasoning, the "workability" of the rules they imposed on the country, their disruptive effect on other areas of the law, and the absence of concrete reliance...

Having shown that traditional *stare decisis* factors do not weigh in favor of retaining *Roe* or *Casey*, we must address one final argument that featured prominently in the *Casey* plurality opinion. The argument was cast in different terms, but stated simply, it was essentially as follows. The American people's belief in the rule of law would be shaken if they lost respect for this Court as an institution that decides important cases based on principle, not "social and political pressures"... We do not pretend to know how our political system or society will respond to today's decision overruling *Roe* and *Casey*. And even if we could foresee what will happen, we would have no authority to let that knowledge influence our decision. We can only do our job, which is to interpret the law, apply longstanding principles of *stare decisis*, and decide this case accordingly.

We therefore hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives...

We must now decide what standard will govern if state abortion regulations undergo constitutional challenge and whether the law before us satisfies the appropriate standard...

Under our precedents, rational-basis review is the appropriate standard for such challenges. As we have explained, procuring an abortion is not a fundamental

constitutional right because such a right has no basis in the Constitution's text or in our Nation's history...

A law regulating abortion, like other health and welfare laws, is entitled to a "strong presumption of validity"... It must be sustained if there is a rational basis on which the legislature could have thought that it would serve legitimate state interests. These legitimate interests include respect for and preservation of prenatal life at all stages of development; the protection of maternal health and safety; the elimination of particularly gruesome or barbaric medical procedures; the preservation of the integrity of the medical profession; the mitigation of fetal pain; and the prevention of discrimination on the basis of race, sex, or disability. These legitimate interests justify Mississippi's Gestational Age Act.

We end this opinion where we began. Abortion presents a profound moral question. The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. *Roe* and *Casey* arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives influence our decision. We can only do our job, which is to interpret the law, apply longstanding principles of *stare decisis*, and decide this case accordingly.

We therefore hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives.

We must now decide what standard will govern if state abortion regulations undergo constitutional challenge and whether the law before us satisfies the appropriate standard.

Under our precedents, rational-basis review is the appropriate standard for such challenges. As we have explained, procuring an abortion is not a fundamental constitutional right because such a right has no basis in the Constitution's text or in our Nation's history.

A law regulating abortion, like other health and welfare laws, is entitled to a "strong presumption of validity". It must be sustained if there is a rational basis on which the legislature could have thought that it would serve legitimate state interests. These legitimate interests include respect for and preservation of prenatal life at all stages of development; the protection of maternal health and safety; the elimination of particularly gruesome or barbaric medical procedures; the preservation of the integrity of the medical profession; the mitigation of fetal pain; and the prevention of discrimination on the basis of race, sex, or disability. These legitimate interests justify Mississippi's Gestational Age Act.

We end this opinion where we began. Abortion presents a profound moral question. The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. *Roe* and *Casey* arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives...

Capitolo settimo

Le libertà nella sfera sessuale

1. Verso il riconoscimento dell'autodeterminazione nella sfera sessuale

In materia di libertà civili, nell'esperienza giuridica statunitense si registra un approccio eclettico: nel corso del tempo risultano condivise sia letture evolutive, che accolgono un ampliamento dei significati del testo costituzionale, sia interpretazioni formalistiche, intese a garantire solo le libertà puntualmente menzionate dalla Costituzione, o quantomeno consolidate nella *common law*¹.

Queste ultime interpretazioni vengono fatte proprie a più riprese dalla Corte suprema, in particolare dinanzi alle richieste di protezione delle libertà connesse alla sfera sessuale, ambito nel quale la mancanza di garanzie esplicite consente il lungo perdurare di prassi e legislazioni repressive. Se in alcuni casi la giurisprudenza della Corte giunge a invalidare quelle prassi e legislazioni – talvolta per poi rilegittimarle, come nel caso delle restrizioni sull'aborto (Cap. 6) – ciò si deve in buona misura all'attivismo della società civile e al contributo dato da quest'ultimo alla costruzione di una rete articolata di itinerari giurisprudenziali.

Le sollecitazioni a ripensare le restrizioni poste alle libertà nella sfera sessuale, e a realizzare un simile cambiamento attraverso il contenzioso, si diffondono nel frangente dinamico degli anni Cinquanta e Sessanta del 20. secolo, quando le lotte contro l'oppressione basata sulla razza vengono affiancate, tra le altre, dalle istanze del secondo femminismo e dalle contestazioni dell'ordine sessuale imposto.

¹ Cfr. G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, pp. 112 ss. e 154 ss.

Queste ultime, in particolare, vengono sostenute da un generale mutamento culturale in materia di sessualità che trova una base teorica nella diffusione di alcune opere celebri. È utile menzionare, ad esempio, il volume *La rivoluzione sessuale* (pubblicato originariamente in tedesco con il titolo *Die Sexualität im Kulturkampf*), che propone una lettura profondamente critica del controllo autoritario sull'espressione sessuale², nonché i *Rapporti Kinsey*, studi empirici che documentano l'ampia diffusione di pratiche e preferenze sessuali considerate dal discorso pubblico come deviate, e scardinano l'idea che la sessualità eteronormativa e rigida rappresenti una regola insuperabile³. Spunti come questi spingono soprattutto l'opinione pubblica a ripensare le repressioni moraleggianti nella sfera sessuale e alimentano quella che diviene nota come la rivoluzione sessuale statunitense degli anni Sessanta⁴.

Il tessuto sociale del tempo, animato da collettivi, associazioni e pratiche di resistenza diffuse, offre poi le condizioni ideali per il moltiplicarsi dell'uso del contenzioso volto a portare quella rivoluzione dal piano culturale al piano giuridico, secondo il percorso già sperimentato per la desegregazione razziale (Cap. 3 parr. 3 e 4)⁵. E, del resto, i movimenti e i giuristi che li supportano si ispirano anche alla concezione innovativa dell'eguaglianza promossa nel caso *Brown*. Si tratta della concezione che si allontana dall'approccio formale e presta invece maggiore attenzione alla subordinazione sostanziale, guardando a come il sentimento di inferiorità e umiliazione viene perpetrato nelle esperienze di vita concrete e impedisce il pieno godimento dei diritti⁶.

L'azione in giudizio, utilizzata come canale per convogliare le domande sociali, mantiene senz'altro una prospettiva formalistica e puntuale che porta a letture riduttive e a soluzioni instabili. Ciononostante, l'uso strategico del contenzioso ha il pregio di ridefinire gli assetti giuridici restrittivi superando le lentezze e le chiusure dei percorsi più solidi come quelli legislativi. Dunque, in breve tempo,

² W. Reich, *La rivoluzione sessuale* (1936), Milano, 1963.

³ A. Kinsey, *Il comportamento sessuale dell'uomo* (1948), Milano, 1950; Id., *Il comportamento sessuale della donna* (1953), Milano, 1955.

⁴ L. Graham, *No More Morals: The Sexual Revolution*, New York NY, 1971.

⁵ L. Falciola, *Up Against the Law: Radical Lawyers and Social Movements, 1960s–1970s*, Chapel Hill NC, 2022.

⁶ A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2018, p. 216 ss.

diviene un vero e proprio modello operativo, adottato in maniera trasversale lungo lo spettro politico⁷.

Un rilevante esempio dell'utilizzo del contenzioso come strumento trasformativo a favore delle libertà legate alla sfera sessuale si coglie innanzitutto dalle vicende che coinvolgono l'organizzazione *Planned parenthood*, promotrice di iniziative di contrasto verso le leggi statali che criminalizzano la contraccezione. Si è già avuto modo di conoscere il ruolo di rilievo giocato dall'organizzazione nel percorso giurisprudenziale relativo al diritto all'aborto (Cap. 6 parr. 2 e 3). È utile in questa sede rimarcare che proprio le azioni strategiche promosse da *Planned parenthood* pongono le premesse non solo per il riconoscimento dei diritti legati alla sfera riproduttiva, ma anche per la tutela dell'autodeterminazione nella sfera sessuale a tutto tondo. L'organizzazione, infatti, sceglie appositamente di aprire alcuni consultori in Connecticut, Stato in cui la contraccezione è vietata per legge. In tal modo, la direttrice Estell Griswold può impugnare le sanzioni ricevute per sottoporre alle corti un *test case* che porti al riconoscimento della libertà di scelta nella sfera privata. E alle iniziative organizzate da *Planned parenthood* si affiancano anche episodi provocatori individuali, come la distribuzione di contraccettivi agli studenti nel Massachusetts da parte di William Baird: un atto di disobbedienza civile calcolato, volto a costruire un terreno processuale favorevole per estendere l'accesso alla contraccezione anche alle coppie non sposate.

Le controversie originate dalle vicende di Griswold e Baird giungono dinnanzi alla Corte suprema nei casi *Griswold v. Connecticut* [381 U.S. 479 (1965)] e *Eisenstadt v. Baird* [405 U.S. 438 (1972)]. In quelle occasioni – prima per le coppie sposate e poi, alla luce della *equal protection clause*, anche per quelle non sposate – i giudici riconoscono nelle “penombre” del *Bill of rights* l'esistenza di un diritto alla *privacy* sulle scelte riproduttive (Cap. 6 par. 2), rispetto al quale eventuali limitazioni richiedono una giustificazione forte, pena la violazione della *due process clause*.

Le due iniziative processuali sono allora esempi emblematici di un utilizzo del contenzioso finalizzato non solo a ottenere giustizia nel caso concreto, ma più in generale ad addivenire a una pronuncia innovativa che operi come precedente vincolante e orienti la produzione

⁷ S.M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*, Princeton NJ, 2008.

normativa e giurisprudenziale. Come si osserverà, è proprio su queste basi che poggiano numerose conquiste successive.

2. L'attivismo contro le sodomy law

Nell'itinerario che porta al riconoscimento giuridico delle libertà nella sfera sessuale, *Griswold* è il precedente basilare che influenza non solo *Eisenstadt*, ma anche molte altre pronunce successive, tra cui quelle sull'aborto (Cap. 6) e quelle sulle relazioni omosessuali. Con riferimento al secondo dei due temi, un rilevante impulso viene dato altresì dall'attività dell'organizzazione progressista *American civil liberties union* (Aclu). Questa partecipa già al contenzioso relativo alla contraccezione depositando presso la Corte suprema memorie nella qualità di *amicus curiae* (Cap. 1 par. 5), strumento che fornisce al mondo dell'attivismo un utile mezzo di intervento in controversie che sottendono questioni di interesse generale⁸.

Fondata nel 1920 con il proposito di promuovere i diritti delle minoranze e la libertà di parola e di associazione, a partire dagli anni Quaranta l'Aclu include nel proprio raggio d'azione i diritti della persona nella sfera sessuale e riproduttiva. Alla luce delle influenze della rivoluzione sessuale, dopo le sentenze *Griswold* e *Eisenstadt* si dedica con maggior vigore alla contestazione delle leggi penali note come *sodomy law*, in base alle quali alcuni Stati criminalizzano i comportamenti sessuali non conformi al canone eterosessuale e procreativo.

L'origine di quelle leggi risale al diritto delle colonie, ispirato dalla legislazione penale inglese e dalla morale puritana che considerano simili comportamenti come un grave crimine, talvolta punito con la morte⁹. Nel 20. secolo, le pene per gli atti sessuali considerati non conformi divengono meno severe, ma la loro criminalizzazione continua a essere utilizzata come strumento di marginalizzazione e stigmatizzazione. Ad esempio, durante il maccartismo – la fase statunitense tra gli anni Quaranta e Cinquanta connotata da un'accesa campagna di repressione ideologica contro il comunismo reale o presunto – la sola esistenza delle *sodomy law* è utile ad alimentare campagne repressive che equiparano l'omosessualità a una devianza morale contraria ai valori occidentali, giustificando licenziamenti e persecuzioni. La conseguenza più nota

⁸ L.A. Wheeler, *How Sex Became a Civil Liberty*, Oxford, 2013.

⁹ L. Crompton, *Homosexuals and the Death Penalty in Colonial America*, in *Journal of Homosexuality*, 1, 1976, p. 277 ss.

delle derive di quegli anni è l'*executive order* del 1953 con cui il Presidente Eisenhower inserisce la "perversione sessuale" (termine che all'epoca indica soprattutto l'omosessualità) tra i motivi per escludere una persona da un impiego federale¹⁰: secondo alcune stime, solo quel provvedimento porta al licenziamento di circa 5000 funzionari¹¹.

Nella battaglia contro le *sodomy law*, la Aclu ne evidenzia l'incompatibilità con i precedenti che tutelano l'autodeterminazione nella sfera privata, ma quando giunge a sottoporre la questione alla Corte suprema in *Bowers v. Hardwick* [478 U.S. 186 (1986) – Materiali 2] la strategia giudiziaria si scontra con resistenze politico-istituzionali ancora molto forti.

Senz'altro, a seguito di mobilitazioni e rivolte – come i moti di Stonewall del 1969, in cui la comunità lgbtq reagisce alle violenze della polizia nel bar Stonewall Inn a New York – negli anni Settanta si registrano le prime aperture importanti. In molte città vengono approvate ordinanze antidiscriminatorie, la visibilità pubblica delle comunità gay e lesbiche cresce e, soprattutto, nel 1973 l'*American psychological association* rimuove l'omosessualità dall'elenco dei disturbi mentali, eliminando le discutibili basi scientifiche a lungo richiamate dalla retorica della repressione.

Ciononostante, numerosi Stati si rifiutano ancora di abrogare le *sodomy law*, ed emerge più in generale una reazione conservatrice ulteriormente rafforzata dall'elezione di Ronald Reagan alla Presidenza degli Stati Uniti nel 1980. La nuova Amministrazione si presenta come restauratrice dei valori tradizionali, specie quelli legati al cristianesimo, rispetto ai quali l'omosessualità torna ad essere demonizzata come deviazione e pericolo. Anche l'epidemia di aids di quegli anni viene rapidamente strumentalizzata: il contagio viene ignorato o al più utilizzato per recuperare le narrazioni stigmatizzanti che associano l'omosessualità al crimine, alla malattia e alla devianza.

In questa temperie si colloca il caso originato dall'arresto di Michael Hardwick. Quest'ultimo viene sorpreso dalla polizia di Atlanta mentre intrattiene un rapporto sessuale consensuale con un altro uomo all'interno della propria abitazione e viene incriminato in base alla legge della Georgia. Le accuse vengono poi archiviate, ma la Aclu

¹⁰ Executive order n. 10450 – Security Requirements for Government Employment (27 aprile 1953).

¹¹ D.K. Johnson, *The Lavender Scare: The Cold War Persecution of Gays and Lesbians in the Federal Government*, Chicago IL, 2004.

si premura di portare avanti il caso con l'obiettivo di far dichiarare l'incostituzionalità della legge statale.

Quando la controversia giunge dinnanzi alla Corte suprema, la memoria difensiva di Hardwick afferma che il diritto sostanziale all'autodeterminazione nella sfera privata ricomprende anche l'autodeterminazione sessuale. Dunque, i divieti verso l'intimità sessuale tra adulti consenzienti sono intrusioni nella libertà incompatibili con la *due process clause* del 14. emendamento. La protezione invocata mette in luce soprattutto la necessità di garantire la libertà negli atti privati, e infatti la memoria sottolinea che il caso ha ad oggetto «una richiesta di tutela costituzionale per l'intimità associativa della vita privata nel santuario della casa»¹².

L'argomentazione proposta urta però contro la riluttanza a ricomprendere l'omosessualità consensuale come libertà protetta dalla Costituzione, e invero sembra cogliersi un tono quasi di scherno nelle parole dell'opinione di maggioranza in *Bowers* che reinterpreta l'istanza come «una pretesa di riconoscimento di un diritto fondamentale a praticare atti di sodomia». La riformulazione della questione in questi termini aiuta la maggioranza a sostenere che una simile libertà non solo non trovava riscontro manifesto nel testo costituzionale, ma – richiamando i criteri utilizzati nelle precedenti sentenze per riconoscere diritti non espressamente menzionati dalla Costituzione – non è neanche «implicita nel concetto di libertà ordinata... tanto che non esisterebbero libertà e giustizia se fosse sacrificata», né può dirsi «profondamente radicata nella storia e nella tradizione di questa nazione»¹³.

Ne risulta un paradosso: pur fondandosi sulle medesime premesse di *Griswold* e *Eisenstadt* per quanto concerne la protezione dell'autodeterminazione nella sfera privata, l'istanza viene respinta. La sfera sessuale resta oggetto di limitazione e stigmatizzazione su base maggioritaria per ragioni di disapprovazione morale, e la traiettoria espansiva avviata negli anni Sessanta si ferma almeno fino agli inizi del 21. secolo.

3. La sentenza Lawrence

Dinnanzi all'esito negativo in *Bowers*, diverse organizzazioni di attivisti si convincono della necessità di rinforzare la mobilitazione

¹² Brief for Respondent, *Bowers v. Hardwick*, No. 85-140, pp. 7 e 17 s.

¹³ A.B. Goldstein, *History, Homosexuality, and Political Values: Searching for the Hidden Determinants of Bowers v. Hardwick*, in *Yale Law Journal*, 9, 1988, p. 411 ss.

sociale e culturale a sostegno delle battaglie giudiziarie per i diritti delle persone lgbtq¹⁴.

Tra le organizzazioni che si muovono lungo questa linea vi è *Lambda legal*, fondata nel 1973 come prima organizzazione statunitense interamente dedicata alla difesa dei diritti delle persone lgbtq e delle persone con hiv e aids. Nel 2003 *Lambda legal* discute dinanzi alla Corte suprema il caso *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003) – Materiali 3], selezionato strategicamente a seguito dell'arresto di John Lawrence e Tyron Garner, avvenuto a Houston in applicazione della normativa texana che criminalizza la sodomia consensuale tra persone dello stesso sesso.

In *Lawrence*, una maggioranza di sei giudici rinnega l'impianto adottato in *Bowers* determinandone espressamente l'*overruling*, e afferma che la clausola del *due process* tutela la libertà degli adulti di intrattenere relazioni intime e consensuali nello spazio privato, mentre l'intrusione dello Stato in quello spazio non trova giustificazione. Ne consegue che la criminalizzazione ancora vigente in Texas e in altri dodici Stati diviene inapplicabile.

La sentenza è il risultato del più ampio percorso sia culturale sia giurisprudenziale proseguito dopo *Bowers*.

Quanto al percorso culturale, è utile rilevare che dalla fine degli anni Ottanta nelle scienze sociali si insiste nel sostenere che il governo della sessualità non serve a realizzare obiettivi concreti, se non quelli di produrre e mantenere gerarchie identitarie¹⁵; inoltre, si evidenzia che quella forma di controllo opera come esclusione arbitraria dalla cittadinanza¹⁶. In altri termini, si ricrea come negli anni Cinquanta e Sessanta il contesto culturale indispensabile per portare avanti una critica pervasiva del controllo politico sui corpi¹⁷.

A dimostrazione del clima più sensibilizzato, la vicenda processuale di *Lawrence* si caratterizza per la pluralità di attori istituzionali, accademici e associativi che intervengono a favore dei ricorrenti con la presentazione di più di trenta *amicus curiae brief*. Inoltre, le questioni sottoposte alla Corte

¹⁴ E. Sheyn, *The Shot Heard Around the Lgbt World: Bowers v. Hardwick as a Mobilizing Force for the National Gay and Lesbian Task Force*, in *Journal of Race, Gender and Ethnicity*, 4, 2009, p. 2 ss.

¹⁵ K. Thomas, *The Eclipse of Reason: A Rhetorical Reading of Bowers v. Hardwick*, in *Virginia Law Review*, 79, 1993, p. 1805 ss.

¹⁶ W.N. Eskeridge Jr., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*, Cambridge MA, 1999.

¹⁷ J. Butler, *Corpi che contano. I limiti discorsivi del «sesso»* (1993), Milano, 1996.

non si concentrano più sul solo *due process of law*, bensì invocano anche la *equal protection clause*, sottolineando che la legge del Texas introduce una disparità non sufficientemente giustificata tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali nel criminalizzare la sodomia solo per queste ultime.

Quanto al percorso giurisprudenziale, una prima base utile per le argomentazioni accolte in *Lawrence* viene data dalla sentenza *Planned Parenthood v. Casey* [505 U.S. 833 (1992)]. Qui la Corte suprema conferma la protezione costituzionale della libertà di scelta in ambito riproduttivo già stabilita nella celebre sentenza *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)] e osserva che quella libertà ammette restrizioni solo se queste non divengono ostacoli sostanziali e ingiustificati come quelli dettati dalla sola morale (Cap. 6 par. 3). Inoltre, si coglie l'influenza della sentenza *Romer v. Evans* [517 U.S. 620 (1996)], in cui la Corte dichiara incostituzionale una disposizione dello Stato del Colorado che vieta a città e contee di introdurre leggi per tutelare orientamenti, comportamenti, pratiche o relazioni omosessuali, lesbiche o bisessuali, poiché la disposizione è motivata da una mera ostilità nei confronti di una minoranza. Secondo i giudici, il solo pregiudizio non può giustificare una violazione della *equal protection clause* del 14. emendamento. A queste conclusioni si oppone, peraltro, l'opinione dissenziente che in *Romer* accusa la maggioranza di travalicare il proprio ruolo di interprete della Costituzione e di porsi come decisore illegittimo di un «conflitto culturale» (*Kulturkampf*).

Nonostante le resistenze collaterali, i precedenti *Casey* e *Romer* forniscono il lessico e la cornice concettuale usata in *Lawrence* per affermare che la criminalizzazione degli atti sessuali consensuali tra adulti incide su una libertà personale fondamentale, e pertanto non può essere giustificata dalla mera disapprovazione morale. Altrimenti detto, i riferimenti innestati in più ambiti dall'attivismo progressista costruiscono il reticolato di riferimento a sostegno dell'espansione delle libertà nella sfera sessuale: le decisioni divengono di volta in volta passaggi argomentativi utili a legittimare gli sviluppi successivi¹⁸.

Forte di questa ricostruzione, l'opinione di maggioranza in *Lawrence* si spinge anche ad affermare che i Costituenti non avevano preteso di definire in maniera esaustiva i contenuti della libertà tutelata dalla Costituzione, poiché ogni generazione avrebbe potuto portare alla luce verità

¹⁸ L. Tribe, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, in *Harvard Law Review*, 117, 2004, p. 1945 ss.

in precedenza invisibili e scoprire veri e propri strumenti di oppressione anche dietro le regole più normalizzate. Come rileva la sentenza: «le persone di ogni generazione possono invocare i principi costituzionali nella propria ricerca di una più ampia libertà». Questa riflessione assume rilievo non solo perché riconosce con chiarezza il carattere storicamente contingente della repressione giuridica delle minoranze sessuali, superando così *Bowers*, ma soprattutto perché accoglie la lettura, tuttora controversa nel diritto statunitense, che intende la Costituzione come testo vivente, capace di essere invocato da generazioni successive in senso espansivo, perlomeno per quanto concerne il tema delle libertà¹⁹.

L'ambizione espressa dalla sentenza si stempera, tuttavia, se si riflette nuovamente sull'opportunità di affidare l'avanzamento dei diritti al percorso frammentato e instabile del contenzioso, in cui ogni tassello rimane esposto alla possibilità di revisione, non da ultimo per via delle resistenze persistenti nel dibattito pubblico e dei mutamenti frequenti nella composizione della Corte.

Già le opinioni dissenzienti in *Lawrence* consentono di comprendere la dialettica interna alla Corte nel 2003 e di individuare le traiettorie argomentative con cui si tenta, per l'immediato, di delegittimare la decisione della maggioranza, e, per il medio e lungo periodo, di fornire un repertorio retorico utile per ripensare il precedente, confidando proprio nel carattere ciclico e conflittuale del contenzioso²⁰.

Una prima opinione dissenziente denuncia la scelta della maggioranza di rovesciare *Bowers* come un atto di arbitrario abbandono dello *stare decisis*, e inoltre ritiene che la logica perseguita potrebbe minare la legittimità di altre restrizioni fondate su criteri morali, come le leggi contro la bigamia e l'incesto. Ancora, si sostiene che la Corte – e a monte, chi esercita la professione legale – abbia abbandonato i riferimenti giuridici chiari con il solo fine di assecondare preferenze politiche personali. Si afferma infatti che «la sentenza odierna è il prodotto di una Corte, che è il prodotto di una cultura della professione legale, che ha ampiamente aderito alla cosiddetta agenda omosessuale, con cui si intende il programma promosso da alcuni attivisti omosessuali diretto a eliminare il disprezzo morale che tradizionalmente è associato alla condotta omosessuale».

¹⁹ Cfr. B. Ackerman, *The Living Constitution*, in *Harvard Law Review*, 120, 2006, p. 1737 ss.

²⁰ Cfr. A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, Napoli, 2016, p. 144 ss. e p. 460 ss.

Un altro giudice, tuttora membro della Corte suprema, scrive un'ulteriore opinione dissenziente nella quale ribadisce che il diritto alla *privacy* non trova una base testuale nella Costituzione e che, di conseguenza, solo il legislatore statale sarebbe legittimato a intervenire per modificare o abrogare le *sodomy law*. Si tratta di un dato rilevante, perché quella posizione viene costantemente mantenuta dallo stesso giudice fino a riemergere nella sua opinione concorrente in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* [597 U.S. 215 (2022)] (Cap. 6 par. 5), dove l'autore non solo nega la protezione costituzionale dell'aborto, ma allude alla possibilità di rimettere in discussione anche altri precedenti fondati sulla medesima logica della *privacy* e dell'autonomia personale, tra cui proprio *Lawrence*²¹.

Le posizioni dissenzienti in *Lawrence* non sono dunque prive di attualità, e ancor meno se messe in relazione con la persistenza, in alcuni ordinamenti degli Stati federati, di disposizioni che criminalizzano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso, benché formalmente prive di efficacia alla luce di quella sentenza. La permanenza di simili disposizioni (argutamente definite "leggi zombie"²²) ha un valore non meramente simbolico, poiché fa sì che esse possano riaffermarsi come strumenti di controllo delle sessualità non appena si intravedono arretramenti nelle garanzie dei diritti civili²³.

4. Il matrimonio egualitario

Anche dopo che la dichiarazione di incostituzionalità delle *sodomy law* impedisce l'intervento punitivo nella sfera sessuale consensuale, negli Stati Uniti le relazioni fisiche e affettive tra persone dello stesso sesso restano per molto tempo soggette ad atteggiamenti di biasimo e a trattamenti diseguali, spesso consolidati in apposite disposizioni di legge. Nelle fonti statali e federali, infatti, per più di un decennio dopo la sentenza *Lawrence* permangono divieti di celebrare matrimoni omosessuali, o si determina che questi ultimi non godono delle medesime tutele previste per i matrimoni eterosessuali. Anche in questo caso,

²¹ A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto pubblico*, 2023, p. 581 ss.

²² H.M. Wasserman, *Zombie Laws*, in *Lewis & Clark Law Review*, 25, 2021, p. 1049 ss.

²³ J.C. Peterson, *The Walking Dead: How the Criminal Regulation of Sodomy Survived Lawrence v. Texas*, in *Missouri Law Review*, 86, 2021, p. 857 ss.

le restrizioni vengono superate grazie alle mobilitazioni sociali e alle persistenti battaglie giudiziarie, che giungono a ottenere una sentenza favorevole della Corte suprema solo nel 2015.

In una fase iniziale, negli anni Settanta, la Corte si sottrae a un confronto diretto con la questione: in *Baker v. Nelson* [409 U.S. 810 (1972)] dichiara il ricorso contro una legge del Minnesota che vieta il matrimonio omosessuale privo di una sostanziale questione di interesse federale, confermando che in quel momento le istanze di protezione delle relazioni *same-sex* non trovano ancora basi sufficienti nel diritto costituzionale.

Inoltre, alla luce delle posizioni emerse in *Bowers*, e in assenza di divieti costituzionali espliciti, nel 1996 il Congresso approva il Defense of marriage Act (Doma), una legge che definisce il matrimonio ai fini del diritto federale esclusivamente come l'unione tra un uomo e una donna. Il Doma consente agli Stati, ai fini dell'applicazione del loro diritto interno, di scegliere se celebrare i matrimoni omosessuali, e altresì se rifiutarne il riconoscimento qualora celebrati in altri Stati. Nonostante l'approccio apparentemente tollerante verso le scelte statali, la legge nega alle coppie *same-sex* l'accesso alle principali tutele federali connesse al matrimonio civile, dal regime fiscale agevolato alle prestazioni previdenziali e sanitarie, dalle procedure migratorie ai diritti successori, traducendo l'esclusione formale in una condizione di disuguaglianza sostanziale.

Le restrizioni si inaspriscono dopo la sentenza *Lawrence*. Solo nel 2004, ben tredici Stati federati approvano emendamenti costituzionali volti a vietare il matrimonio egualitario: utilizzano cioè il livello più alto delle fonti statali per blindare il modello eterosessuale dell'istituto²⁴.

Ma ancora una volta il clima culturale si trasforma rapidamente. L'evento emblematico della trasformazione coinvolge lo Stato della California, dove nel maggio 2008 la Corte suprema statale riconosce alle coppie dello stesso sesso il diritto di sposarsi. Pochi mesi dopo, però, un referendum popolare ribalta quel risultato inserendo nella costituzione californiana una definizione eterosessuale del matrimonio. Questo brusco arretramento produce una forte mobilitazione civile che coinvolge cittadini comuni, attivisti e celebrità e si diffonde rapidamente grazie alla comunicazione di massa; la campagna di sensibilizzazione, denominata "No all'odio", apre una nuova fase del movimento lgbtq, in cui l'ingiustizia del divieto matrimoniale viene

²⁴ C.S. Lorden, *The Law of Unintended Consequences: The Far-Reaching Effects of Same-Sex Marriage Ban Amendments*, in *Quinnipiac Law Review*, 25, 2006, p. 211 ss.

resa visibile e personale agli occhi dell'opinione pubblica. Le proteste, secondo alcuni, influenzano anche il cambio di prospettive dell'allora Presidente Obama sul matrimonio omosessuale²⁵.

Nel solco di queste vicende si giunge in breve tempo al riconoscimento, da parte della Corte suprema, di una tutela costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Già in *United States v. Windsor* [570 U.S. 744 (2013)], la Corte dichiara incostituzionale la definizione adottata dal *Doma* alla luce del 5. emendamento, la cui *due process clause* vieta al potere federale di privare arbitrariamente le persone dei loro diritti e delle loro libertà, analogamente a quanto imposto dal 14. emendamento sui poteri statali. Come osserva l'opinione di maggioranza, il *Doma* danneggia le persone che in alcuni Stati risultano sposate e, senza perseguire alcuna finalità legittima, le priva delle tutele ottenute. Sulle tensioni profonde rispetto al ruolo del giudiziario nell'ampliare i confini delle libertà costituzionali si focalizzano invece ben tre opinioni dissenzienti sostenute dai giudici conservatori.

Anche alla luce delle persistenti frizioni, la decisione rimane legata a una lettura limitata: elimina la disparità di trattamento ai fini della legge federale, ma non arriva ad affermare un diritto costituzionale al matrimonio egualitario che possa far cadere i divieti ancora vigenti in alcuni Stati.

Quello sviluppo si realizza però solo due anni più tardi, quando la Corte suprema riconosce il matrimonio *same-sex* come diritto fondamentale garantito dal 14. emendamento in *Obergefell v. Hodges* [576 U.S. 644 (2015) – Materiali 4], sebbene con una sentenza caratterizzata da una forte polarizzazione interna, destinata a influenzare le traiettorie giurisprudenziali successive²⁶.

L'opinione della maggioranza si sofferma con attenzione sulle esperienze di vita concrete e sul significato del matrimonio, e arriva ad applicare le clausole che riguardano il *due process* e la *equal protection* per affermare che il diritto di sposarsi è un'espressione della libertà, dell'eguaglianza e della dignità delle persone. La strategia argomentativa, dunque, si lega saldamente a *Lawrence*, per il richiamo all'eguaglianza e alla possibilità di disvelare nuove dimensioni della libertà, nonché a *Windsor*, per l'attenzione all'esclusione come privazione della dignità

²⁵ B.J. Kelley, *The Rainbow Sea Change: The Impact of Popular Culture on Homosexual Rights*, in *Scholar: St. Mary's Law Review on Race and Social Justice*, 16, 2014, p. 283 ss.

²⁶ N.D. Hunter, *Varieties of Constitutional Experience: Democracy and the Marriage Equality Campaign*, in *UCLA Law Review*, 64, 2017, p. 1662 ss.

e subordinazione ingiustificata, e consolida le aperture maturate nel discorso costituzionale²⁷.

Le quattro opinioni dissenzienti dei giudici conservatori ribadiscono invece l'idea secondo cui la maggioranza oltrepassa i confini del giudizio costituzionale – realizzando un colpo di stato giudiziario (*judicial Putsch*) – e sostituisce alla volontà popolare una propria visione etica. Altrimenti detto, si denuncia il pericolo di una giurisprudenza creatrice, più dedita alla produzione normativa che all'interpretazione della Costituzione.

Le opinioni minoritarie conservano anche in questo caso un peso politico e giuridico rilevante, e infatti riemergono come base argomentativa nelle controversie affrontate dalla Corte a distanza di pochi anni, in particolare a seguito del consolidarsi della supermaggioranza conservatrice²⁸. Emblematicamente, nel già menzionato caso *Dobbs* del 2022, in materia di aborto (Cap. 6 par. 5), l'opinione maggioritaria sottolinea la necessità di circoscrivere la protezione dei diritti non espressamente menzionati nella Costituzione e include espliciti riferimenti all'opportunità di riconsiderare anche *Obergefell*, generando reazioni di vario segno nel dibattito pubblico e nei circuiti politici.

Tra queste, si annovera la scelta del Congresso di approvare il Respect for marriage Act (Rfma) nel dicembre 2022. La legge blindava sul piano legislativo federale il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* e interrazziali e opera come difesa rispetto al rischio di regressione per via giurisprudenziale, pur non sostituendo la garanzia costituzionale offerta da *Obergefell*.

Di segno opposto sono le reazioni di coloro che confidano nelle critiche mosse in *Dobbs* e che si adoperano per offrire alla Corte suprema un caso idoneo a rimettere in discussione *Obergefell*, a riprova dell'ormai consolidata diffusione del contenzioso strategico come opzione trasformativa bipartisan. Diversi gruppi e individui cercano di costruire – o quantomeno intercettare – un'azione strategica che porti ad estendere al matrimonio egualitario la medesima logica demolitoria utilizzata in *Dobbs*, valorizzando l'argomento secondo cui i diritti non esplicitati nel testo della Costituzione e non radicati nella storia e nella tradizione del Paese non possono essere riconosciuti come fondamentali. A tale scopo,

²⁷ A. Schillaci, «Enjoy liberty as we learn its meaning». *Obergefell v. Hodges* tra libertà, uguaglianza e pari dignità, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 639 ss.

²⁸ L. Joe Dunman, *What Hath Obergefell Wrought*, in *Northern Kentucky Law Review*, 52, 2025, p. 63 ss.

si ricorre principalmente a casi che enfatizzano presunti conflitti del matrimonio egualitario con la libertà religiosa o l'autonomia statale²⁹.

Nel solco di queste ultime pressioni si colloca, ad esempio, la *petition for certiorari* presentata nel 2025 da Kim Davis, ex funzionaria dello stato civile divenuta simbolo della resistenza alle unioni tra persone dello stesso sesso dopo aver rifiutato di rilasciare licenze matrimoniali per le coppie *same-sex*. Davis sostiene che l'obbligo di rilasciare quelle licenze viola la propria libertà religiosa, e domanda alla Corte suprema di annullare la sentenza che la condanna a risarcire i danni per i dinieghi opposti: domanda, in sostanza, di riesaminare la portata del precedente *Obergefell*³⁰.

Nel novembre del 2025 la Corte si rifiuta di esaminare la richiesta di Davis, ma lo fa senza aggiungere osservazioni e dunque senza ribadire espressamente la validità del precedente *Obergefell*, inducendo a ritenere che il diniego rappresenti una sospensione del giudizio più che una vera conferma del diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso. Invero, in un contesto segnato dalle critiche alla concezione dei diritti fondamentali come catalogo aperto e dall'evidente erosione del principio dello *stare decisis*, la mancata revisione di *Obergefell* non può essere letta come prova dell'intangibilità del diritto ivi riconosciuto. Rappresenta, piuttosto, il prodotto contingente di una valutazione prudenziale.

5. Le tensioni con il 1. emendamento

Negli anni di poco successivi alla pronuncia *Obergefell*, la Corte suprema si trova ad affrontare diversi conflitti derivanti dall'attuazione dell'eguaglianza delle coppie omosessuali, molti dei quali riguardano il 1. emendamento: la disposizione costituzionale che sancisce la libertà religiosa (con la *free exercise clause*) e la libertà di parola (con la *free speech clause*).

Il richiamo al 1. emendamento fa leva su un tema di grande importanza per la cultura statunitense, la quale notoriamente è interessata ad autorappresentarsi come baluardo del diritto di esprimere liberamente le proprie credenze e le proprie opinioni. Eppure, già solo nella giurisprudenza della Corte suprema si annoverano molteplici episodi in cui quella libertà viene sacrificata alla luce delle contingenze storiche

²⁹ S. Riedel, *All the Ways the Right Wing Is Trying to End Gay Marriage in 2025*, in *Them*, 11 agosto 2025.

³⁰ *Petition for writ of certiorari, Davis v. Ermold*, No. 25-125, p. i s.

e politiche. Tra gli esempi si può menzionare il caso *Hazelwood School District v. Kuhlmeier* [484 U.S. 260 (1988)], in cui la Corte stabilisce che le scuole possono censurare i giornali studenteschi quando ne ritengono i contenuti «incompatibili con la propria missione pedagogica»: nel caso di specie, le pubblicazioni censurate riguardano il divorzio e la gravidanza in età adolescenziale.

Durante la prima Presidenza Trump, e con l'accentuarsi del sotteso scontro culturale, diviene ulteriormente evidente l'utilizzo strumentale e selettivo della libertà religiosa e della libertà di parola da parte della stessa Amministrazione federale al fine di limitare il trattamento egualitario delle relazioni affettive. Ad esempio, quando l'Università dell'Iowa sanziona un'associazione studentesca che esclude persone lgbtq dai propri membri, l'Amministrazione interviene nel processo che ne deriva per affermare che quell'esclusione costituisce un punto di vista legittimo e che nel sanzionarlo l'Università viola il 1. emendamento³¹. Non viene invece considerata come limitazione della libertà di parola la scelta di un'altra università che annulla una mostra dedicata alle esperienze della comunità lgbtq a seguito delle proteste da parte di gruppi e individui conservatori³².

È nel pieno di queste tensioni che la Corte suprema viene chiamata a prendere posizione sul contrasto tra le libertà protette dal 1. emendamento e l'eguaglianza delle relazioni affettive: dapprima nel caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* [584 U.S. 617 (2018)] e successivamente nel caso *303 Creative LLC v. Elenis* [600 U.S. 570 (2023) – Materiali 5].

Nel celebre caso del 2018 la vicenda muove dal diniego da parte di Jack Phillips, titolare del negozio Masterpiece Cakeshop, di confezionare una torta nuziale per una coppia omosessuale, poiché l'esecuzione del lavoro lo costringerebbe a esprimere un messaggio in contrasto con le proprie convinzioni religiose. L'episodio si verifica nel 2012 nello Stato del Colorado, ma diviene noto in breve tempo a livello nazionale, suscitando un'ampia mobilitazione che conferma le profonde divisioni nel Paese in materia di libertà sessuale ed eguaglianza delle relazioni affettive. Nel pieno del dibattito, la coppia respinta da Phillips riporta

³¹ United States' statement of interest in support of plaintiff's motion, *Business Leaders in Christ v. University of Iowa*, No. 3:17-cv-00080-SMR-SBJ, S.D. Iowa, 21 dicembre 2018.

³² M. Riedl, *Derided for exposing students to 'evil,' university cancels lgbtq art exhibition*, in *The Wichita Eagle*, 17 gennaio 2018.

l'accaduto alla Commissione per i diritti civili del Colorado (*Colorado civil rights commission* o Ccrc), l'organo che indaga e media sulle violazioni dell'Anti-discrimination Act dello Stato, e ottiene una decisione favorevole: la Commissione dichiara infatti che quel rifiuto realizza una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale espressamente vietata dalla legge statale³³. La decisione viene poi contestata da Phillips, senza successo, davanti alle corti statali³⁴.

In questa cornice si colloca l'intervento dell'*Alliance defending freedom* (Adf), potente organizzazione che presta supporto alle battaglie legali e culturali di matrice conservatrice e cristiano-evangelica, fondata nel 1993 come *Alliance defense fund*. Dai primi anni Duemila, l'Adf si afferma come uno dei principali gruppi di pressione del fronte conservatore statunitense, orientando la propria azione verso il contenimento delle rivendicazioni lgbtq non solo in qualità di soggetto processuale ma anche come centro finanziatore di iniziative e promotore di discorsi culturali a favore dell'eteronormatività.

L'organizzazione sostiene, ad esempio, le vicende processuali relative all'esclusione degli omosessuali dai boy scout, elaborando la posizione accolta dalla Corte suprema nel caso *Boy Scouts of America et al. v. Dale* [530 U.S. 640 (2000)] secondo cui si possono giustificare limitazioni alla partecipazione associativa in base all'orientamento sessuale. Ancora, nel 2003, quando la Corte esamina il caso *Lawrence*, l'Adf deposita una memoria *amicus curiae* in cui descrive i rapporti tra persone dello stesso sesso come un «notevole problema di salute pubblica», riproponendo una retorica patologizzante³⁵. E nello stesso anno, uno dei principali esponenti dell'Adf pubblica un volume intitolato *L'agenda omosessuale*³⁶, in cui traccia un nesso tra omosessualità, decadenza dei costumi e minaccia alla stabilità familiare, sociale e religiosa, con lo stesso lessico cospirazionista utilizzato in una delle opinioni dissenzienti del caso *Lawrence*.

³³ *Craig & Mullins v. Masterpiece Cakeshop*, Probable Cause Determination, Charge No. P20130008X (CCRC, 3 maggio 2013).

³⁴ *Craig & Mullins v. Masterpiece Cakeshop, Inc.*, CR 2013-0008 (Admin. Ct. Colo., 6 dicembre 2013); *Craig v. Masterpiece Cakeshop, Inc.*, 2015 COA 115, 370 P.3d 272 (Colo. Ct. of Appeals, 13 agosto 2015).

³⁵ G. Lavy, *Brief on Support Of Respondent On Behalf Of Amici Curiae Texas Physicians Resource Council, Christian Medical And Dental Associations And Catholic Medical Association, Lawrence v. Texas* (No. 02-102), p. 2.

³⁶ A. Sears e C. Osten, *The Homosexual Agenda: Exposing the Principal Threat to Religious Freedom Today*, Nashville TN, 2003.

Il coinvolgimento dell'Adf conferma l'uso mirato del contenzioso anche da parte dei movimenti conservatori, attivi nel selezionare controversie emblematiche, nel sostenerle con risorse professionali e finanziarie considerevoli, e nell'indirizzarle verso la Corte suprema con l'obiettivo di produrre mutamenti giurisprudenziali di ampia portata.

Nel caso *Masterpiece Cakeshop*, l'Adf assume la difesa di Jack Phillips e apporta un contributo determinante innanzitutto sul piano della riqualificazione da episodio di discriminazione commerciale a occasione di scontro tra l'eguaglianza e la libertà religiosa. E anche se la pronuncia della Corte suprema evita di affrontare direttamente il nodo del bilanciamento tra le due istanze, l'esito concreto favorisce la seconda, operando da innesco per gli sviluppi successivi.

Nello specifico, dall'esame della vicenda di Phillips la Corte rileva un atteggiamento ostile da parte della Ccrc verso le obiezioni religiose, documentato dal linguaggio utilizzato nelle procedure e dal trattamento incoerente registrato in casi con parti inverse. Essa dichiara dunque che la Ccrc, con quei comportamenti, viola la libertà religiosa protetta dal 1. emendamento (nello specifico, la *free exercise clause*), e ciò giustifica l'annullamento della decisione della Commissione. Nel giungere a questa conclusione, la maggioranza aggira il problema del diniego, a causa dell'orientamento sessuale, di un servizio offerto al pubblico, e sposta l'attenzione su episodi collaterali: pur criticando l'ostilità della Ccrc, la Corte avrebbe potuto riaffermare che la libertà religiosa non può essere invocata come strumento per produrre soggettività marginalizzate nello spazio pubblico, ma la rinuncia ad esprimere questa convinzione sembra implicitamente negarla.

La decisione del 2018 fornisce al fronte conservatore un terreno fertile per nuove strategie di contenzioso volte a legittimare il rifiuto di prestazioni verso le coppie omosessuali opposto per ragioni religiose. Ed è soprattutto l'Adf a concentrarsi su quella faglia, con il fine ultimo di portare la Corte suprema a pronunciarsi in termini chiari sulla supremazia della libertà religiosa e della libertà di espressione rispetto alle tutele egualitarie.

Esemplifica questo sforzo la linea argomentativa sostenuta dall'organizzazione dinnanzi alla Corte suprema nel menzionato caso *303 Creative LLC v. Elenis*, in cui si invoca la *free speech clause* del 1. emendamento: quella che sancisce la libertà di esprimere il proprio

pensiero e, in via speculare, di non manifestare opinioni contrarie alle proprie convinzioni³⁷.

Il caso origina da un'azione preventiva proposta da Lorie Smith, *web designer* del Colorado che desidera offrire servizi per matrimoni esclusivamente a coppie eterosessuali, in virtù dei propri convincimenti religiosi. Ebbene, l'Adf sostiene la posizione di Smith affermando che la formulazione vigente del Colorado anti-discrimination Act può ledere ingiustamente la sua libertà di espressione, poiché la obbliga a esprimersi in favore di valori che non sono in linea con la sua fede, pena l'applicazione di misure sanzionatorie. Se *Masterpiece Cakeshop* apre un margine di apprezzamento verso il 1. emendamento quando quest'ultimo si pone in contrasto con l'eguaglianza delle relazioni affettive, nel caso *303 creative* si utilizza quel margine per promuovere gli effetti demolitori del primo dei due termini, confidando nel comprovato favore dei giudici conservatori³⁸.

La doglianza così ricostruita trova in effetti accoglimento da parte della maggioranza di sei giudici conservatori, consolidata nella Corte a seguito delle nomine della prima Presidenza Trump (Cap. 1 par. 7). Questi ultimi, in primo luogo, riconoscono la sufficiente concretezza e credibilità della causa nonostante Smith non sia mai stata sanzionata, osservando che la legge vigente in Colorado rappresenta una minaccia non ipotetica. In secondo luogo, rilevano che la protezione costituzionale del matrimonio egualitario deve convivere con spazi di esenzione fondati sulla libertà religiosa ed espressiva, che consentono a un professionista creativo di sottrarsi ai vincoli della parità di trattamento. L'esenzione, in questo caso, si rivolge specificamente ai lavori artistici e creativi, che la Corte qualifica come attività non meramente commerciali perché implicano l'espressione personale dell'autore.

Per quanto circoscritto, l'esito del caso *303 creative* consente in buona sostanza di escludere dal mercato categorie che sono state storicamente denigrate e che proprio per questo hanno ricevuto un'apposita tutela per via legislativa. Da una prospettiva più ampia, inoltre, quell'esito consolida l'orientamento giurisprudenziale inaugurato in *Masterpiece Cakeshop* per ricostruire la barriera ideologica che la precedente giurisprudenza in tema di libertà nella sfera sessuale, da *Griswold* a

³⁷ K. Redburn, *The Equal Right to Exclude: Religious Speech and the Road to 303 Creative LLC v. Elenis*, in *California Law Review*, 112, 2024, p. 1879 ss.

³⁸ L. Epstein e E.A. Posner, *The Roberts Court and the Transformation of Constitutional Protections for Religion: A Statistical Portrait*, in *Supreme Court Review*, 2021, p. 315 ss.

Obergefell, aveva tentato di smantellare: l'insieme di argomentazioni morali, religiose o culturali usate per limitare le libertà torna a essere un ostacolo all'eguaglianza e desta il timore di derive violente.

Peraltro, la logica della Corte si cala nel clima politico e culturale conflittuale di una società sempre più divisa, in cui la libertà di espressione viene tutelata fintantoché coincide con la promozione della visione moralistica maggioritaria, mentre viene drasticamente ridotta quando attiene alla protezione egualitaria delle minoranze. Quella libertà non opera allora come valore assoluto e neutrale, bensì continua a essere utilizzata in modo selettivo e dunque diseguale, in base al soggetto che la rivendica e al contenuto del messaggio veicolato.

6. La nuova guerra culturale

L'assetto promosso dalla maggioranza della Corte suprema, che vede le istanze legate alla libertà sessuale e all'eguaglianza retrocedere rispetto alla tutela dei convincimenti religiosi e del pensiero conservatore, si intreccia con gli ulteriori interventi restrittivi registrati negli ultimi anni. Gli strumenti utilizzati sono molteplici: dalla legislazione statale alla ulteriore produzione giurisprudenziale, fino all'esercizio dei poteri presidenziali. E in questo scenario di rinnovata guerra culturale, all'erosione delle tutele legate alla libertà sessuale si affianca il restringimento degli spazi di autodeterminazione dell'identità di genere, anch'esso espressione di un atteggiamento repressivo tanto verso la sfera privata quanto verso le modalità personali di partecipazione nella società, con gravi conseguenze a partire dalla salute individuale³⁹. Ma se le pronunce della Corte suprema operano come strumenti di guida e legittimazione delle restrizioni, la legislazione e l'esercizio del potere esecutivo paiono paradossalmente muoversi nella direzione che la medesima Corte afferma di censurare, poiché impongono autoritativamente l'adeguamento a un pensiero non uniformemente condiviso.

Si considerino, ad esempio, le iniziative di un cospicuo numero di Stati governati dai Repubblicani, che hanno adottato leggi volte a limitare l'accesso all'educazione sessuale inclusiva, e al contempo hanno circoscritto sia le possibilità di accesso a trattamenti sanitari

³⁹ J.G. Hodge, E.N. White, J.L. Piatt e C. Laude, *Assessing Impacts of 'Anti-Equity' Legislation on Health Care and Public Health Services*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 52, 2024, p. 72 ss.

legati alla transizione di genere, sia i diritti delle persone transgender nell'ambito scolastico e sportivo.

Tra questi vi è la Florida, che ha approvato una legge che vieta riferimenti ai temi dell'omosessualità o dell'identità di genere nelle scuole materne ed elementari e assegna strumenti di controllo ai genitori [CS/CS/HB 1557 (2022)]. In Tennessee, è stata adottata una legge che limita i trattamenti per l'affermazione di genere per gli adolescenti, includendo nel divieto tanto gli interventi chirurgici quanto le terapie ormonali [SB1 (2023)]. Il Texas ha seguito una linea simile [SB14 (2023)], e il governatore Greg Abbott ha anche sollecitato i funzionari statali ad avviare indagini per abuso su minori in caso di ricorso a simili interventi e terapie⁴⁰. Ancora, una legge dello Utah [HB11 (2022)] ha vietato la partecipazione delle ragazze transgender alle competizioni sportive scolastiche femminili, ed è stata immediatamente oggetto di un'azione sospensiva che ne ha bloccato l'applicazione⁴¹. Ma questo primo esito non è dirimente, poichè l'indirizzo più recente della Corte suprema propende a favore dei provvedimenti indicati e rafforza le prospettive di una loro validazione in sede giudiziaria, utile ad accentuarne la continuità e la pervasività.

L'orientamento favorevole della Corte suprema circa le restrizioni si afferma, in particolare, con la sentenza *United States v. Skrmetti* [605 U.S. __ (2025)], in cui si dichiara la legittimità della legge del Tennessee [SB1 (2023)] che proibisce ai minori qualsiasi percorso medico volto alla transizione di genere, includendo l'uso di farmaci che sospendono temporaneamente lo sviluppo dei cambiamenti fisici della pubertà e l'uso di ormoni sessuali, come estrogeni o testosterone, per sviluppare caratteristiche fisiche più coerenti con l'identità di genere autodeeterminata. Nella decisione, la Corte accoglie il ragionamento secondo cui la restrizione impugnata non viola la *equal protection clause* del 14. emendamento, perché non discrimina in base al sesso o all'identità transgender, ma si limita a distinguere in base all'età o all'uso medico e soddisfa lo standard di ragionevolezza richiesto. Tuttavia, come sottolineato nell'opinione dissenziente, la legge così validata realizza una vera e propria disparità di trattamento in base al sesso, perché consente a un adolescente, ma non a una adolescente, di avere le sembianze e le caratteristiche maschili desiderate, e viceversa.

⁴⁰ G. Abbott, *Letter to Texas Department of Family and Protective Services*, 22 febbraio 2022.

⁴¹ *Roe v. Utah High School Activities Ass'n*, No. 220903262 (Utah Dist. Ct., 19 agosto 2022).

A conferma di come la libertà di autodeterminare l'identità di genere sia divenuta oggetto di limitazioni dirompenti negli Stati Uniti occorre menzionare, in aggiunta, gli *executive order* firmati dal Presidente Trump all'indomani del suo secondo insediamento. Si tratta dei provvedimenti che impartiscono direttive vincolanti agli uffici e ai funzionari federali, ampiamente utilizzati per sostituire precedenti politiche sgradite alla nuova Amministrazione.

Un primo *executive order* [Materiali 1] impone a livello federale la politica secondo cui l'identità di genere non merita considerazione e occorre dare credito solo al sesso, inteso in senso esclusivamente biologico e binario («femmina: persona appartenente, al momento del concepimento, al sesso che produce la cellula riproduttiva grande»; «maschio: persona appartenente, al momento del concepimento, al sesso che produce la cellula riproduttiva piccola»). Vengono inoltre vietate le scelte del genere nei documenti d'identità federali, nonché le cure ormonali e le misure speciali per le persone transgender in detenzione⁴².

Altri provvedimenti dichiarano che i militari transgender non rispettano l'impegno verso uno stile di vita onorevole, leale e disciplinato, e non soddisfano lo standard rigoroso del servizio militare⁴³; o che le cure per l'affermazione dell'identità di genere equivalgono a forme di mutilazione chimica e chirurgica⁴⁴. E ancora, la nuova Amministrazione dichiara di voler sospendere l'erogazione dei fondi federali per verificare che i destinatari non diffondano linee di pensiero riconducibili ad un non meglio specificato ceppo di «politiche di ingegneria sociale marxiste per l'equità, il transgenderismo e il Green new deal»⁴⁵; sostiene la necessità di tutelare i diritti genitoriali dall'insegnamento di ideologie sovversive come il cosiddetto «estremismo dell'ideologia di genere»⁴⁶; e intervenendo in maniera altrettanto drastica su un tema fortemente controverso, dispone che le agenzie federali e la pubblica accusa intraprendano azioni esecutive in applicazione del divieto im-

⁴² Executive order n. 14168 – Defending Women From Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government (20 gennaio 2025).

⁴³ Executive order n. 14183 – Prioritizing Military Excellence and Readiness (27 gennaio 2025).

⁴⁴ Executive order n. 14187 – Protecting Children From Chemical and Surgical Mutilation (28 gennaio 2025).

⁴⁵ Office of Management and Budget, *Memorandum M-25-13*, 29 gennaio 2025.

⁴⁶ Executive order n. 14190 – Ending Radical Indoctrination (29 gennaio 2025).

posto alle persone transgender di partecipare alle competizioni sportive nelle categorie femminili⁴⁷.

Anche questi provvedimenti alimentano un diffuso contenzioso, che per alcune questioni preliminari risulta già giunto dinnanzi alla Corte suprema tramite il canale dello *shadow docket* (Cap. 1 par. 7) e registra in quella sede decisioni favorevoli all'Amministrazione⁴⁸. Ne consegue che le questioni legate alle libertà nella sfera sessuale rimangono in discussione e la stabilità delle relative garanzie costituzionali negli Stati Uniti è tutt'altro che definita.

⁴⁷ Executive order n. 14201 – Keeping Men Out of Women's Sports (5 febbraio 2025).

⁴⁸ Tra questi si v. *United States v. Shilling* (Docket No. 24A1030) e *Trump v. Orr* (Docket No. 25A319).

Materiali

1. Executive order n. 14168 – Defending Women from Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government (20 gennaio 2025)

Sect. 1. Purpose.

Across the country, ideologues who deny the biological reality of sex have increasingly used legal and other socially coercive means to permit men to self-identify as women and gain access to intimate single-sex spaces and activities designed for women, from women's domestic abuse shelters to women's workplace showers. This is wrong. Efforts to eradicate the biological reality of sex fundamentally attack women by depriving them of their dignity, safety, and well-being. The erasure of sex in language and policy has a corrosive impact not just on women but on the validity of the entire American system. Basing Federal policy on truth is critical to scientific inquiry, public safety, morale, and trust in government itself. This unhealthy road is paved by an ongoing and purposeful attack against the ordinary and longstanding use and understanding of biological and scientific terms, replacing the immutable biological reality of sex with an internal, fluid, and subjective sense of self unmoored from biological facts. Invalidating the true and biological category of "woman" improperly transforms laws and policies designed to protect sex-based opportunities into laws and policies that undermine them, replacing longstanding, cherished legal rights and values with an identity-based, inchoate social concept.

Accordingly, my Administration will defend women's rights and protect freedom of conscience by using clear and accurate language and policies that recognize women are biologically female, and men are biologically male.

Sect. 2. Policy and Definitions.

It is the policy of the United States to recognize two sexes, male and female. These sexes are not changeable and are grounded in fundamental and incontrovertible reality. Under my direction, the Executive Branch will enforce all sex-protective laws to promote this reality, and the following definitions shall govern all Executive interpretation of and application of Federal law and administration policy:

- (a) "Sex" shall refer to an individual's immutable biological classification as either male or female. "Sex" is not a synonym for and does not include the concept of "gender identity".
- (b) "Women" or "woman" and "girls" or "girl" shall mean adult and juvenile human females, respectively.
- (c) "Men" or "man" and "boys" or "boy" shall mean adult and juvenile human males, respectively.
- (d) "Female" means a person belonging, at conception, to the sex that produces the large reproductive cell.

(e) "Male" means a person belonging, at conception, to the sex that produces the small reproductive cell.

(f) "Gender ideology" replaces the biological category of sex with an ever-shifting concept of self-assessed gender identity, permitting the false claim that males can identify as and thus become women and vice versa, and requiring all institutions of society to regard this false claim as true. Gender ideology includes the idea that there is a vast spectrum of genders that are disconnected from one's sex. Gender ideology is internally inconsistent, in that it diminishes sex as an identifiable or useful category but nevertheless maintains that it is possible for a person to be born in the wrong sexed body.

(g) "Gender identity" reflects a fully internal and subjective sense of self, disconnected from biological reality and sex and existing on an infinite continuum, that does not provide a meaningful basis for identification and cannot be recognized as a replacement for sex.

Sect. 3. Recognizing Women Are Biologically Distinct From Men...

(b) Each agency and all Federal employees shall enforce laws governing sex-based rights, protections, opportunities, and accommodations to protect men and women as biologically distinct sexes. Each agency should therefore give the terms "sex", "male", "female", "men", "women", "boys" and "girls" the meanings set forth in section 2 of this order when interpreting or applying statutes, regulations, or guidance and in all other official agency business, documents, and communications...

(d) The Secretaries of State and Homeland Security, and the Director of the Office of Personnel Management, shall implement changes to require that government-issued identification documents, including passports, visas, and Global Entry cards, accurately reflect the holder's sex, as defined under section 2 of this order; and the Director of the Office of Personnel Management shall ensure that applicable personnel records accurately report Federal employees' sex, as defined by section 2 of this order.

(e) Agencies shall ... take all necessary steps, as permitted by law, to end the Federal funding of gender ideology.

(f) The prior Administration argued that the Supreme Court's decision in *Bostock v. Clayton County* (2020), which addressed Title 7 of the Civil Rights Act of 1964, requires gender identity-based access to single-sex spaces under, for example, Title 9 of the Educational Amendments Act. This position is legally untenable and has harmed women. The Attorney General shall therefore immediately issue guidance to agencies to correct the misapplication of the Supreme Court's decision in *Bostock v. Clayton County* (2020) to sex-based distinctions in agency activities. In addition, the Attorney General shall issue guidance and assist agencies in protecting sex-based distinctions, which are explicitly permitted under Constitutional and statutory precedent.

(g) Federal funds shall not be used to promote gender ideology. Each agency shall assess grant conditions and grantee preferences and ensure grant funds do not promote gender ideology...

Sect. 4. Privacy in Intimate Spaces.

(a) The Attorney General and Secretary of Homeland Security shall ensure that males are not detained in women's prisons or housed in women's detention centers...

Sect. 5. Protecting Rights.

The Attorney General shall issue guidance to ensure the freedom to express the binary nature of sex and the right to single-sex spaces in workplaces and federally funded entities covered by the Civil Rights Act of 1964...

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

Justice White delivered the opinion of the Court.

In August 1982, respondent Hardwick (hereafter respondent) was charged with violating the Georgia statute criminalizing sodomy by committing that act with another adult male in the bedroom of respondent's home. After a preliminary hearing, the District Attorney decided not to present the matter to the grand jury unless further evidence developed.

Respondent then brought suit in the Federal District Court, challenging the constitutionality of the statute insofar as it criminalized consensual sodomy. He asserted that he was a practicing homosexual, that the Georgia sodomy statute, as administered by the defendants, placed him in imminent danger of arrest, and that the statute for several reasons violates the Federal Constitution.

The District Court granted the defendants' motion to dismiss for failure to state a claim... A divided panel of the Court of Appeals for the Eleventh Circuit reversed...

Relying on our decisions in *Griswold v. Connecticut*, *Eisenstadt v. Baird*, *Stanley v. Georgia*, and *Roe v. Wade*, ... the court went on to hold that the Georgia statute violated respondent's fundamental rights because his homosexual activity is a private and intimate association that is beyond the reach of state regulation by reason of the Ninth Amendment and the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. The case was remanded for trial, at which, to prevail, the State would have to prove that the statute is supported by a compelling interest and is the most narrowly drawn means of achieving that end.

Because other Courts of Appeals have arrived at judgments contrary to that of the Eleventh Circuit in this case, we granted the Attorney General's petition for certiorari questioning the holding that the sodomy statute violates the fundamental rights of homosexuals. We agree with petitioner that the Court of Appeals erred, and hence reverse its judgment.

This case does not require a judgment on whether laws against sodomy between consenting adults in general, or between homosexuals in particular, are wise or desirable. It raises no question about the right or propriety of state legislative decisions to repeal their laws that criminalize homosexual sodomy, or of state-court decisions invalidating those laws on state constitutional grounds. The is-

sue presented is whether the Federal Constitution confers a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy and hence invalidates the laws of the many States that still make such conduct illegal and have done so for a very long time. The case also calls for some judgment about the limits of the Court's role in carrying out its constitutional mandate.

We first register our disagreement with the Court of Appeals and with respondent that the Court's prior cases have construed the Constitution to confer a right of privacy that extends to homosexual sodomy and for all intents and purposes have decided this case...

Accepting the decisions in these cases and the above description of them, we think it evident that none of the rights announced in those cases bears any resemblance to the claimed constitutional right of homosexuals to engage in acts of sodomy that is asserted in this case. No connection between family, marriage, or procreation on the one hand and homosexual activity on the other has been demonstrated, either by the Court of Appeals or by respondent...

Precedent aside, however, respondent would have us announce, as the Court of Appeals did, a fundamental right to engage in homosexual sodomy. This we are quite unwilling to do. It is true that despite the language of the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments, which appears to focus only on the processes by which life, liberty, or property is taken, the cases are legion in which those Clauses have been interpreted to have substantive content, subsuming rights that to a great extent are immune from federal or state regulation or proscription...

Striving to assure itself and the public that announcing rights not readily identifiable in the Constitution's text involves much more than the imposition of the Justices' own choice of values on the States and the Federal Government, the Court has sought to identify the nature of the rights qualifying for heightened judicial protection...

It is obvious to us that neither of these formulations would extend a fundamental right to homosexuals to engage in acts of consensual sodomy...

Nor are we inclined to take a more expansive view of our authority to discover new fundamental rights imbedded in the Due Process Clause. The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or design of the Constitution...

And if respondent's submission is limited to the voluntary sexual conduct between consenting adults, it would be difficult, except by fiat, to limit the claimed right to homosexual conduct while leaving exposed to prosecution adultery, incest, and other sexual crimes even though they are committed in the home. We are unwilling to start down that road.

Even if the conduct at issue here is not a fundamental right, respondent asserts that there must be a rational basis for the law and that there is none in this case other than the presumed belief of a majority of the electorate in Georgia that homosexual sodomy is immoral and unacceptable. This is said to be an inadequate rationale to support the law. The law, however, is constantly based on

notions of morality, and if all laws representing essentially moral choices are to be invalidated under the Due Process Clause, the courts will be very busy indeed. Even respondent makes no such claim, but insists that majority sentiments about the morality of homosexuality should be declared inadequate. We do not agree, and are unpersuaded that the sodomy laws of some 25 States should be invalidated on this basis...

3. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)

Justice Kennedy delivered the opinion of the Court...

The question before the Court is the validity of a Texas statute making it a crime for two persons of the same sex to engage in certain intimate sexual conduct.

In Houston, Texas, officers of the Harris County Police Department were dispatched to a private residence in response to a reported weapons disturbance. They entered an apartment where one of the petitioners, John Geddes Lawrence, resided. The right of the police to enter does not seem to have been questioned. The officers observed Lawrence and another man, Tyron Garner, engaging in a sexual act. The two petitioners were arrested, held in custody overnight, and charged and convicted before a Justice of the Peace.

The complaints described their crime as “deviate sexual intercourse, namely anal sex, with a member of the same sex (man)”. The applicable law... provides: “A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex”.

The statute defines “deviate sexual intercourse” as follows: “(A) any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or “(B) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object”...

We conclude the case should be resolved by determining whether the petitioners were free as adults to engage in the private conduct in the exercise of their liberty under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the Constitution. For this inquiry we deem it necessary to reconsider the Court’s holding in *Bowers*. There are broad statements of the substantive reach of liberty under the Due Process Clause in earlier cases... but most pertinent beginning point is our decision in *Griswold v. Connecticut*.

In *Griswold* the Court invalidated a state law prohibiting the use of drugs or devices of contraception and counseling or aiding and abetting the use of contraceptives. The Court described the protected interest as a right to privacy and placed emphasis on the marriage relation and the protected space of the marital bedroom.

After *Griswold* it was established that the right to make certain decisions regarding sexual conduct extends beyond the marital relationship. In *Eisenstadt v. Baird*, the Court invalidated a law prohibiting the distribution of contraceptives to unmarried persons. The case was decided under the Equal Protection Clause; but with respect to unmarried persons, the Court went on to state the fundamental proposition that the law impaired the exercise of their personal rights. It quoted from

the statement of the Court of Appeals finding the law to be in conflict with fundamental human rights, and it followed with this statement of its own: "It is true that in *Griswold* the right of privacy in question inhered in the marital relationship.... If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child". The opinions in *Griswold* and *Eisenstadt* were part of the background for the decision in *Roe v. Wade*...

This was the state of the law with respect to some of the most relevant cases when the Court considered *Bowers v. Hardwick*...

Having misapprehended the claim of liberty there presented to it, and thus stating the claim to be whether there is a fundamental right to engage in consensual sodomy, the *Bowers* Court said: "Proscriptions against that conduct have ancient roots"...

At the outset it should be noted that there is no longstanding history in this country of laws directed at homosexual conduct as a distinct matter..

Two principal cases decided after *Bowers* cast its holding into even more doubt. In *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, the Court reaffirmed the substantive force of the liberty protected by the Due Process Clause... The second post-*Bowers* case of principal relevance is *Romer v. Evans*. There the Court struck down class-based legislation directed at homosexuals as a violation of the Equal Protection Clause... *Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent.

Bowers v. Hardwick should be and now is overruled...

The present case does not involve minors. It does not involve persons who might be injured or coerced or who are situated in relationships where consent might not easily be refused. It does not involve public conduct or prostitution. It does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter. The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. "It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter". The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual.

Had those who drew and ratified the Due Process Clauses of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom...

4. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)

Justice Kennedy delivered the opinion of the Court.

The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity. The petitioners in these cases seek to find that liberty by marrying someone of the same sex and having their marriages deemed lawful on the same terms and conditions as marriages between persons of the opposite sex.

These cases come from Michigan, Kentucky, Ohio, and Tennessee, States that define marriage as a union between one man and one woman. The petitioners are 14 same-sex couples and two men whose same-sex partners are deceased. The respondents are state officials responsible for enforcing the laws in question. The petitioners claim the respondents violate the Fourteenth Amendment by denying them the right to marry or to have their marriages, lawfully performed in another State, given full recognition ...

This Court granted review, limited to two questions. The first, presented by the cases from Michigan and Kentucky, is whether the Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex. The second, presented by the cases from Ohio, Tennessee, and, again, Kentucky, is whether the Fourteenth Amendment requires a State to recognize a same-sex marriage licensed and performed in a State which does grant that right...

The ancient origins of marriage confirm its centrality, but it has not stood in isolation from developments in law and society. The history of marriage is one of both continuity and change. That institution – even as confined to opposite-sex relations – has evolved over time...

After years of litigation, legislation, referenda, and the discussions that attended these public acts, the States are now divided on the issue of same-sex marriage. Under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, no State shall “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. The fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights. In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs.

The identification and protection of fundamental rights is an enduring part of the judicial duty to interpret the Constitution. That responsibility, however, “has not been reduced to any formula”. Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect. That process is guided by many of the same considerations relevant to analysis of other constitutional provisions that set forth broad principles rather than specific requirements. History and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries. That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present.

The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimen-

sions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed...

The Court, like many institutions, has made assumptions defined by the world and time of which it is a part... Still, there are other, more instructive precedents. This Court's cases have expressed constitutional principles of broader reach. In defining the right to marry these cases have identified essential attributes of that right based in history, tradition, and other constitutional liberties inherent in this intimate bond. And in assessing whether the force and rationale of its cases apply to same-sex couples, the Court must respect the basic reasons why the right to marry has been long protected.

This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry. The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples.

A first premise of the Court's relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy...

A second principle in this Court's jurisprudence is that the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals...

A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education...

Fourth and finally, this Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order...

The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter...

If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied. This Court has rejected that approach, both with respect to the right to marry and the rights of gays and lesbians...

Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here. But when that sincere, personal opposition becomes enacted law and public policy, the necessary consequence is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied. Under the Constitution, same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right.

The right of same-sex couples to marry that is part of the liberty promised by the Fourteenth Amendment is derived, too, from that Amendment's guarantee of

the equal protection of the laws. The Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way, though they set forth independent principles. Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always coextensive, yet in some instances each may be instructive as to the meaning and reach of the other. In any particular case one Clause may be thought to capture the essence of the right in a more accurate and comprehensive way, even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right...

5. 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570 (2023)

Justice Gorsuch delivered the opinion of the Court.

Like many States, Colorado has a law forbidding businesses from engaging in discrimination when they sell goods and services to the public. Laws along these lines have done much to secure the civil rights of all Americans. But in this particular case Colorado does not just seek to ensure the sale of goods or services on equal terms. It seeks to use its law to compel an individual to create speech she does not believe. The question we face is whether that course violates the Free Speech Clause of the First Amendment.

Through her business, 303 Creative LLC, Lorie Smith offers website and graphic design, marketing advice, and social media management services. Recently, she decided to expand her offerings to include services for couples seeking websites for their weddings. As she envisions it, her web-sites will provide couples with text, graphic arts, and videos to “celebrate” and “convey” the “details” of their “unique love story”...

While Ms. Smith has laid the groundwork for her new venture, she has yet to carry out her plans. She worries that, if she does so, Colorado will force her to express views with which she disagrees. Ms. Smith provides her website and graphic services to customers regardless of their race, creed, sex, or sexual orientation. But she has never created expressions that contradict her own views for anyone – whether that means generating works that encourage violence, demean another person, or defy her religious beliefs by, say, promoting atheism. Ms. Smith does not wish to do otherwise now, but she worries Colorado has different plans.

Specifically, she worries that, if she enters the wedding website business, the State will force her to convey messages inconsistent with her belief that marriage should be reserved to unions between one man and one woman. Ms. Smith acknowledges that her views about marriage may not be popular in all quarters. But, she asserts, the First Amendment’s Free Speech Clause protects her from being compelled to speak what she does not believe. The Constitution, she insists, protects her right to differ...

The framers designed the Free Speech Clause of the First Amendment to protect the “freedom to think as you will and to speak as you think”. They did so because they saw the freedom of speech “both as an end and as a means”...

From time to time, governments in this country have sought to test these

foundational principles... The First Amendment protects an individual's right to speak his mind regardless of whether the government considers his speech sensible and well intentioned or deeply 'misguided', ... and likely to cause 'anguish' or 'incalculable grief' ... Generally, too, the government may not compel a person to speak its own preferred messages.

The Tenth Circuit held that the wedding websites Ms. Smith seeks to create qualify as "pure speech" under this Court's precedents. We agree. It is a conclusion that flows directly from the parties' stipulations. They have stipulated that Ms. Smith's websites promise to contain "images, words, symbols, and other modes of expression". They have stipulated that every website will be her "original, customized" creation. And they have stipulated that Ms. Smith will create these websites to communicate ideas – namely, to "celebrate and promote the couple's wedding and unique love story" and to "celebrate and promote" what Ms. Smith understands to be a true marriage...

A hundred years ago, Ms. Smith might have furnished her services using pen and paper. Those services are no less protected speech today because they are conveyed with a "voice that resonates farther than it could from any soap-box". All manner of speech – from "pictures, films, paintings, drawings, and engravings", to "oral utterance and the printed word" – qualify for the First Amendment's protections; no less can hold true when it comes to speech like Ms. Smith's conveyed over the Internet...

Here, Colorado seeks to put Ms. Smith to a similar choice: If she wishes to speak, she must either speak as the State demands or face sanctions for expressing her own beliefs, sanctions that may include compulsory participation in "remedial ... training", fling periodic compliance reports as officials deem necessary, and paying monetary fines ... Under our precedents, that "is enough", more than enough, to represent an impermissible abridgment of the First Amendment's right to speak freely.

Consider what a contrary approach would mean. Under Colorado's logic, the government may compel anyone who speaks for pay on a given topic to accept all commissions on that same topic—no matter the underlying message—if the topic somehow implicates a customer's statutorily protected trait.

Taken seriously, that principle would allow the government to force all manner of artists, speechwriters, and others whose services involve speech to speak what they do not believe on pain of penalty. The government could require "an unwilling Muslim movie director to make a film with a Zionist message", or "an atheist muralist to accept a commission celebrating Evangelical zeal", so long as they would make films or murals for other members of the public with different messages. Equally, the government could force a male website designer married to another man to design websites for an organization that advocates against same-sex marriage. Countless other creative professionals, too, could be forced to choose between remaining silent, producing speech that violates their beliefs, or speaking their minds and incurring sanctions for doing so.

As our precedents recognize, the First Amendment tolerates none of that...

Capitolo ottavo

Il diritto di portare armi

1. Il 2. emendamento e la gun culture statunitense

La cultura delle armi negli Stati Uniti è, da alcuni decenni oramai, al centro del dibattito politico. L'espressione "cultura delle armi" (*gun culture*) è stata impiegata nel 1970 dallo storico Richard Hofstadter per descrivere gli Stati Uniti come una nazione che intrattiene da tempo immemore un forte affetto per le armi e che abbraccia e celebra l'associazione tra le armi e un patrimonio culturale legato a queste ultime. Hofstadter ha pure osservato come gli Stati Uniti siano l'unico Paese industrializzato in cui il possesso di fucili, carabine e pistole è largamente diffuso¹. Le ultime stime disponibili rese note da centri di ricerca specializzati confermano l'attualità di simili affermazioni: a oggi, circa il 40% della popolazione statunitense detiene un'arma da fuoco. Tanto che nel 2024 l'allora Ministro della salute ha dichiarato che la violenza armata rappresentava una crisi sanitaria pubblica, determinata dal rapido aumento del numero di feriti e morti per arma da fuoco nel Paese. Il tutto reso ancor più clamoroso dalla persistente presenza di sparatorie di massa (*mass shooting*) nelle scuole.

Il profondo rapporto che gli Stati Uniti hanno con le armi da fuoco è testimoniato dall'inclusione dell'argomento tra i primi dieci emendamenti alla Costituzione del 1787, approvati nel 1791. Il 2. emendamento recita, infatti, che «essendo necessaria alla sicurezza di uno Stato libero una ben regolata milizia, il diritto dei cittadini di detenere e portare armi non potrà essere violato».

¹ R. Hofstadter, *America as a Gun Culture*, in *American Heritage*, 21, 1970, 6, in www.americanheritage.com.

Si tratta di una formulazione peculiare. L'emendamento non afferma espressamente la sussistenza di un diritto individuale e perfetto di portare armi, ma piuttosto contiene: *i.* l'idea di una "ben regolata milizia"; *ii.* la valutazione della necessità di questa per la conservazione di uno Stato libero; *iii.* il diritto della cittadinanza di portare armi; *iv.* una previsione di chiusura contenente il divieto di inibire l'esercizio di un simile diritto.

Per inquadrare correttamente il senso della previsione, occorre fornire alcuni elementi di contesto riguardanti il periodo storico della sua approvazione. Vi era anzitutto il tema della continua espansione verso ovest della frontiera e della prevalente vita agricola e fondata sulla caccia della popolazione nordamericana dell'epoca. Il popolo colonizzatore trovava, infatti, nella selvaggina un fondamentale sostentamento, e le armi erano uno strumento con cui assicurarselo. Le coltivazioni e i pascoli, in un Paese con una bassa densità di popolazione, dovevano poi essere difesi dai predatori selvatici, e i fucili erano particolarmente utili a tal fine. Inoltre, il problema del bracconaggio, in assenza di leggi sul punto, veniva gestito dai cittadini privatamente. Da ultimo, ma non per ultimo, c'erano gli indiani d'America e le minacce esterne da contrastare servendosi delle armi da fuoco.

Il tutto, nel torno di anni che precedono l'approvazione dei primi dieci emendamenti, si salda con lo scontro tra federalisti e antifederalisti sul divisivo tema dell'esercito.

In un senso, la difesa comune verso minacce esterne costituisce un *topos* fondativo della neonata Federazione. Del resto, prima della guerra di indipendenza, la milizia civile, intesa come l'insieme di coloni maschi bianchi abili al combattimento, era stata utilizzata dai singoli Stati federati per contrastare l'espansionismo francese e spagnolo, e per assicurare il buon funzionamento della schiavitù nei territori del sud, oltre che – come detto – per confrontare i nativi. Il ricorso alle milizie non costituiva invero una peculiarità nordamericana, essendo diffuse anche nelle esperienze europee. Ciò che è peculiare, invece, è la sua sopravvivenza anche quando le altre esperienze si sono orientate verso una professionalizzazione degli eserciti.

In un altro senso, in quel periodo, erano però diffusi negli ambienti antifederalisti i timori che l'accentramento in capo alla Federazione del monopolio della forza potesse esautorare l'autonomia dei singoli Stati federati. Di qui, il senso giuridico-costituzionale che emerge dalla ricostruzione sul 2. emendamento: la conservazione in capo agli Stati del potere di mantenere una propria regolamentata milizia risponde a

esigenze collettive e funzionalizzate, atte ad assicurare le prerogative di autonomia vantate da ciascuno di essi. Di qui, ancora, la conclusione per cui il 2. emendamento non introdurrebbe un diritto individuale e perfetto di detenere e portare armi da fuoco, quanto uno strumentale e funzionalizzato al mantenimento delle milizie statali, composte giustappunto dall'insieme di cittadini in armi.

Portate alle logiche conseguenze queste considerazioni, sembrerebbe doversi concludere che il testo analizzato introduce un diritto collettivo e funzionalizzato, tale per cui il Congresso federale non può conculcare il diritto degli Stati a mantenere delle milizie, né direttamente, richiedendone ad esempio lo scioglimento, né indirettamente, attraverso ad esempio l'introduzione di limiti all'acquisto e alla detenzione da parte dei cittadini di armi strumentali all'adempimento del dovere di servire lo Stato.

Come verrà ricostruito nei paragrafi che seguono, questa è stata a lungo l'interpretazione accolta anche dalla giurisprudenza della Corte suprema. Interpretazione messa in discussione solo da alcune pronunce del 2008, del 2010 e più di recente del 2022, le quali hanno segnato un'autentica rottura con il passato. Le decisioni in questione hanno ravvisato nelle parole del 2. emendamento la presenza di un diritto individuale e perfetto dei cittadini di portare armi, scollegato da esigenze collettive. Questo ha condotto alla declaratoria di incostituzionalità di alcune normative considerate illegittimamente restrittive del diritto in questione. Un consimile risultato è stato agevolato dalla saldatura degli interessi della lobby delle armi, in particolare della *National rifle association* (Nra), con il partito repubblicano, e dalla conquista da parte di quest'ultimo dei centri di potere statunitensi, inclusa la Corte suprema. Il tutto reso possibile grazie all'instaurazione di un legame forte tra visioni giuridico politiche, da un lato, e interpretazione costituzionale di marca spiccatamente conservatrice, dall'altro.

2. Dal diritto collettivo e funzionalizzato al diritto individuale e perfetto

Preliminarmente va posto in risalto come l'esperienza giuridica statunitense successiva all'approvazione del 2. emendamento si contraddistingue per la presenza di limiti, o comunque funzionalizzazioni del diritto di portare armi. Nel periodo ricompreso tra la guerra di indipendenza e la guerra civile, ad esempio, molti sono gli Stati che subor-

dinano a controlli e limitazioni il possesso delle armi e che stabiliscono un legame tra quest'ultimo e il dovere dei cittadini di cooperare per la sicurezza statale². Pure nelle esperienze statali dove il diritto in esame viene configurato dalla giurisprudenza come individuale e perfetto, si registrano interventi da parte del legislatore per modificare la Costituzione dello Stato nel senso sopra descritto: è il caso del Kentucky.

Analogamente nell'epoca successiva alla guerra civile, per un verso, gli Stati conservano l'atteggiamento restrittivo nei confronti delle armi, per un altro, quelli secessionisti attuano iniziative per rendere ancor più aspro tale atteggiamento onde espellere dalla milizia le persone di colore.

L'acme della pervasività dei controlli sul diritto alla detenzione e porto d'armi si raggiunge, tuttavia, con il Novecento. Nell'ambito del proibizionismo, le armi rientrano appieno tra le destinatarie delle misure limitative. E ciò vieppiù sulla scorta del fatto che il periodo è connotato dalla crescita, soprattutto nei centri urbani, della criminalità organizzata, che porta con sé una sequela di episodi di violenza culminati nel massacro di San Valentino, nella notte del 14 febbraio 1929.

Sull'onda lunga del clamore mediatico e delle preoccupazioni dei cittadini, l'Amministrazione guidata da Franklin Delano Roosevelt – nell'ambito del New deal – fa da stimolo all'approvazione del National firearms Act nel 1934. Sono tre le misure principali apportate dalla normativa citata: *i.* l'introduzione di una tassa sulla costruzione e vendita di alcune tipologie di armi; *ii.* la creazione di un registro delle vendite; *iii.* l'avocazione da parte della Federazione del controllo nel trasporto interstatale di armi.

Il National firearms Act, nello stesso anno della sua approvazione, fornisce alla Corte suprema l'occasione di pronunciarsi sulla compatibilità con il 2. emendamento di un intervento restrittivo federale della marca descritta. Due cittadini, Miller e Layton, vengono accusati di aver trasportato illegalmente armi soggette a registrazione tra due Stati. I due ricorrono in giudizio, lamentando l'illegittimità delle pervasive previsioni imposte a livello federale, e denunciano la violazione del 2. Emendamento. La Corte suprema non ha dubbi e fa proprio l'argomento della piena funzionalizzazione del diritto di portare armi alla conservazione di una ben regolata milizia. Secondo il vertice del circuito giudiziario federale, le armi trasportate dagli imputati non

² S. Cornell, *The Right to Bear Arms*, in M. Tushnet, A. Graber e S. Levinson (a cura di), *The Oxford Handbook of U.S. Constitution*, Oxford, 2015, p. 743 ss.

sono utilizzabili in ambito militare, e dunque il 2. emendamento non è applicabile al loro caso specifico. Afferma, così, la maggioranza dei giudici che «in assenza di prove che dimostrino che il possesso o l'uso di un "fucile con canna di lunghezza inferiore a diciotto pollici" abbia realmente una relazione ragionevole con la conservazione o l'efficienza di una milizia ben regolamentata, non possiamo affermare che il Secondo Emendamento garantisca il diritto di detenere e portare con sé tale strumento». Difatti, «certamente non è noto alla giurisprudenza che quest'arma faccia parte dell'equipaggiamento militare ordinario o che il suo uso possa contribuire alla difesa comune» [*United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939) – Materiali 1].

Le prime incrinature di questa visione, sostanzialmente pacifica sino a quel punto, rispetto al 2. emendamento iniziano a registrarsi con la chiusura del Secondo conflitto mondiale. Alcuni dati di contesto risultano utili. In primo luogo, le classi dirigenti statunitensi dell'epoca erano in prevalenza formate da veterani di rientro dalla guerra, grazie all'imponente programma varato nel 1944 per il loro reinserimento in società passato alla storia con il nome di G.I. Bill (Servicemen's readjustment Act). Sicché nove milioni di questi veterani portarono a casa il loro interesse per le armi, e a decine di migliaia si associarono alla Nra³, la più influente delle associazioni a difesa della libertà delle armi negli Stati Uniti, fondata nel 1871 ma che solo in quegli anni iniziava a prosperare realmente.

In secondo luogo, il conflitto mondiale lasciò i Paesi coinvolti con un enorme surplus di armi oramai obsolete dal punto di vista militare, ma ancora perfettamente utilizzabili. Simili armi non potevano essere vendute in nessun'altra Nazione al mondo se non negli Stati Uniti, l'unica abbastanza grande e ricca da costituire un mercato adeguato. Di lì a poco, la Nato avrebbe pure cambiato le proprie dotazioni, rendendo obsolete le scorte di fucili. Furono queste le armi che invasero il mercato statunitense, tra cui circa 100.000 Carcano italiani del tipo con cui fu assassinato John F. Kennedy. Importate a prezzi irrisori, sovente meno di un dollaro l'una, esse potevano essere vendute traendo enorme profitto, pur mantenendo un prezzo contenuto: quella responsabile dell'uccisione Kennedy costò circa 13 dollari⁴.

³ G.L. Carter, *The Gun Control Movement*, New York NY, 1997.

⁴ R. Hofstadter, *America as a Gun Culture*, cit.

In terzo e ultimo luogo, in maniera correlata ai due punti sin qui segnalati, si assistette a un vero e proprio slittamento culturale negli Stati Uniti verso l'uso delle armi durante l'incipiente Guerra fredda. Queste divennero espressione di una certa visione del mondo, che spaziava dallo sport, alla cultura popolare (prime fra tutte, le rappresentazioni visive di Hollywood), sino a un processo di riscoperta dell'americanità nell'incertezza del silenzioso conflitto atomico. Vi sono evidenze, infatti, di come le armi venissero celebrate come strumento principe per l'affermazione della libertà dai libri di testo usati nelle scuole statunitensi nei corsi di storia⁵. Riviste, come *Field and Stream Life*, ospitavano contributi di varia natura, anche redatti da medici, in cui si sosteneva che l'uso ricreativo e sportivo delle armi poteva rappresentare un efficace antidoto a molti dei mali percepiti dell'era atomica.

Insomma, in un simile humus culturale non è sorprendente che abbia prosperato la cultura delle armi, che non vi fosse un movimento ad esse contrario in quel torno di anni, e che nemmeno gli assassini di Martin Luther King e del già evocato Kennedy abbiano potuto sortire effetti e cambi di paradigma. A lungo, infatti, ed eccezione fatta per pochi sparuti eventi di risonanza mediatica, il dibattito sulle armi è rimasto laterale, e ha lasciato lo spazio centrale ad altre tematiche che hanno interessato durante il Novecento l'opinione pubblica e il discorso accademico. In questo modo, un gruppo – inizialmente minoritario – e capeggiato dalla già evocata Nra, ha potuto promuovere, più o meno nel silenzio generale, una campagna di rilettura della disposizione costituzionale in senso individualistico, libertario e depurato da ogni qualsivoglia funzionalizzazione.

Tutto ciò portato al suo massimo compimento attraverso i legami del mondo favorevole alle armi con quello dei conservatori repubblicani: proprio il libero possesso di armi costituisce il più vistoso dei punti di contatto tra i due orientamenti, tradizionalista l'uno, liberista l'altro. Se, infatti, il primo ha una connaturata affezione verso il mito dell'uomo della frontiera⁶, capace di difendere dalle insidie del mondo i propri beni e la propria famiglia, il secondo è strutturalmente contrario a ogni forma di intervento statale nel mercato, incluso quello delle armi. Di lì a poco, la lettura una volta minoritaria del 2. emendamento

⁵ C. DeBenedetti, *American Historians and Armaments: The View from Twentieth-Century Textbooks*, in *Diplomatic History*, 6, 1982, p. 323 ss.

⁶ A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Verona, 2016.

acquisisce consensi, e viene sposata finanche dalla Corte suprema, nelle decisioni che ci accingiamo ad analizzare nel paragrafo che segue.

3. Il 2. emendamento come diritto individuale e perfetto

Alcuni antefatti risultano pregnanti. Prima dell'intervento della Corte suprema, si era registrato un contrasto di interpretazioni, per un certo periodo di tempo tollerato dalla stessa Corte, tra i giudici federali in ordine alla corretta interpretazione del 2. emendamento. In un primo caso deciso nel 2001, la Corte d'appello del Quinto circuito si era diffusa in una lunga digressione circa la natura individuale e perfetta del diritto in questione, e ciò benché tale digressione non fosse necessaria per la *ratio decidendi* [*United States v. Emerson*, 270 F.3d 203 (5th Cir. 2001)]. Poco più tardi, la Corte d'appello del Nono circuito aveva assunto una posizione diametralmente opposta, riaffermando la natura collettiva e funzionalizzata del diritto di porto e detenzione di armi [*Silveira v. Lockyer*, 312 F.3d 1052 (9th Cir. 2002)]. In entrambi i casi, la Corte ha opposto diniego alla richiesta di *certiorari*, lasciando di fatto convivere due tesi inconciliabili. Solo nel 2008, con la pronuncia *District of Columbia v. Heller* [554 U.S. 570 (2008) – Materiali 2] ha ricomposto il contrasto, in favore però della lettura che qualifica il diritto di portare armi come individuale e perfetto.

Nella decisione *Heller* del 2008, adottata con una maggioranza spaccata e assai controversa a causa della forte rottura ricreata con la prevalente letteratura sul tema⁷ e con i precedenti delle Corti statunitensi in materia⁸, dove si era affermato che il 2. emendamento non si fa garante di alcun diritto a possedere e portare armi da fuoco che non abbia una qualche ragionevole relazione con la conservazione e l'efficienza di una milizia ben organizzata, i giudici hanno dichiarato l'incostituzionalità del Firearms control regulations Act del 1975 del District of Columbia.

La disciplina imponeva la custodia di una pistola scarica, smontata e chiusa in una cassaforte in abitazioni private. *Heller* si è inserita nel solco del dibattito sulla qualificazione del diritto riconosciuto dalla Costituzione. Più precisamente, nell'arresto giurisprudenziale si è prescelta l'opzione interpretativa che ravvede nella formulazione di questa dispo-

⁷ Cfr. L. Tribe e J. Matz, *Uncertain Justice: the Roberts Court and the Constitution*, New York NY, 2015, p. 154 ss.

⁸ Oltre alla già citata *United States v. Miller*, cfr. anche *Lewis v. United States*, 445 U.S. 55 (1980).

sizione costituzionale l'attribuzione di un diritto individuale alla detenzione e al porto di armi, superando – di fatto – le tesi che ravvedevano nella milizia ben regolata l'elemento decisivo per sostenere l'esistenza di un diritto collettivo. Più precisamente, la Corte ha stabilito che il *Bill of rights* garantisce un diritto fondamentale della persona a possedere e a portare armi da fuoco per scopi leciti, ed in particolare di legittima difesa, all'interno della propria abitazione e nella proprietà privata.

L'opinione di maggioranza risulta divisa in due parti, la prima delle quali deputata a un'interpretazione testualista della Costituzione, mentre la seconda concentrata sul rapporto esistente tra l'apertura del 2. emendamento (dedicato alla milizia) e la clausola concernente il diritto di portare armi nel tentativo di rendere quest'ultima sganciata dalla prima.

L'*iter* argomentativo prende le mosse da una considerazione preliminare: la Costituzione e il *Bill of rights* fanno del vocabolo *people*, tradotto in italiano con cittadini, un utilizzo polisemico. Segnatamente, nella parte ordinamentale della Costituzione esso si riferirebbe alla collettività, mentre nel *Bill of rights* farebbe riferimento ai cittadini singolarmente. Da tale considerazione, e con un salto logico evidente, l'opinione di maggioranza trae la conseguenza per cui il diritto di portare armi, in quanto avente imputazione individuale, non accetterebbe limitazioni di sorta. Si tratta, all'evidenza, di un'affermazione apodittica che non spiega perché una simile libertà non dovrebbe soffrire limiti (come accade ad esempio nel caso della libertà di manifestazione del pensiero) né tantomeno quale sia il rapporto di tale imputazione con la ben regolata milizia. La maggioranza dei giudici, sul punto, si profonde piuttosto in un'analisi lessicale del verbo *to bear arms*, tradotto in italiano con il corrispondente portare armi. Anche qui viene riscontrata una certa pluralità di significati del verbo in questione, ma si conclude – nell'ottica di un'interpretazione evidentemente strumentale al raggiungimento di determinati risultati – che a discapito della mancanza di univocità il significato autentico non può che essere quello di avere un'arma con sé.

La seconda porzione del ragionamento della Corte è invece tesa a dimostrare l'irrelevanza della parte iniziale del 2. emendamento, e l'irrelevanza della ben regolata milizia per la determinazione del compasso del diritto di detenzione e porto d'armi. Difatti, è dalla ricostruzione in ottica squisitamente individualistica del diritto in esame che viene fatta discendere la protezione del diritto dei cittadini di armarsi a prescindere dalla strumentalità delle esigenze dello Stato. In questa vena, non solo si tratta di un diritto individuale, ma anche perfetto, nel senso che per

la sua espressione non è necessario un legame con esigenze di difesa della collettività. Per giungere al risultato sperato, la maggioranza fa un uso selettivo dei materiali storici a disposizione, e cita a sostegno – in modo non dissimile da quanto vedremo nella successiva decisione resa nel 2022 dalla Corte suprema – solo quelle fonti atte a corroborare la propria tesi, ignorando la presenza nella storia del Paese di un numero significativo di leggi restrittive del più volte citato diritto.

Da tali premesse, l'opinione di maggioranza conclude che «è da ritenersi quindi del tutto ragionevole che la clausola introduttiva del 2. emendamento postuli lo scopo per cui il diritto è stato codificato: impedire l'eliminazione della milizia». In guisa che «la clausola introduttiva non suggerisce che la conservazione della milizia fosse l'unica ragione per cui gli statunitensi apprezzavano l'antico diritto». Al contrario, «la maggior parte di loro lo riteneva senza dubbio ancora più importante per l'autodifesa e la caccia». Tuttavia, «la minaccia che il nuovo Governo federale potesse distruggere la milizia dei cittadini privandoli delle armi fu la ragione per cui tale diritto, a differenza di altri diritti inglesi, venne codificato in una Costituzione scritta». Ed è per tali ragioni che non colgono nel segno le tesi dell'opinione di minoranza per cui l'autodifesa individuale sarebbe solo un "interesse sussidiario" del diritto di detenere e portare armi. Più precisamente perché la minoranza «fonda questa argomentazione in maniera esclusiva sul prologo, ma ciò può solo dimostrare che l'autodifesa aveva poco a che fare con la codificazione dei diritti; era la componente centrale del diritto stesso».

Nella successiva pronuncia *McDonald v. City of Chicago* [561 U.S. 742 (2010) – Materiali 3] i giudici hanno esteso l'operatività del diritto alla detenzione e al porto di armi, avendo stabilito che esso può essere invocato non solo nei confronti della Federazione, ma anche dei singoli Stati e avverso i provvedimenti delle autorità locali. La sentenza in questione risulta essere particolarmente rilevante se si considera che la regolazione delle armi da fuoco negli Stati Uniti si presenta come un quadro normativo in larga parte composto dalle discipline statali e municipali: se al vertice difatti v'è il 2. emendamento, la normativa di dettaglio si ritrova nelle leggi statali, nonché nel dedalo di disposizioni predisposte dalle municipalità⁹. L'estensione del perimetro applicativo del diritto riconosciuto è stata resa possibile attraverso la sua incorpo-

⁹ M.J. Bellesiles, *Firearms Regulation: A Historical Overview*, in *Crime and Justice*, 28, 2001, p. 137 ss.

razione nella *due process clause* del 14. emendamento alla Costituzione, in tal modo reso operativo anche nei confronti degli Stati federati¹⁰, in virtù della quale il *Bill of rights* si ritiene, quasi interamente, applicabile anche nei confronti degli Stati e non più solo della Federazione.

4. Verso l'ulteriore ampliamento del diritto di portare armi

I due precedenti citati, pur nella loro innovatività, non hanno fornito informazioni relativamente alla concreta portata del diritto e sul conseguente standard di scrutinio al quale sottoporre gli interventi regolatori in materia. A lungo, anche in considerazione del clamore mediatico che le due decisioni menzionate avevano provocato e – più in generale – a causa della delicatezza del tema delle armi negli Stati Uniti, la Corte suprema non ha rilasciato il *writ of certiorari* pur a fronte di un ampio volume di richieste in tal senso.

Il giudice Clarence Thomas ha criticato aspramente il rifiuto opposto dalla Corte di decidere controversie concernenti il 2. emendamento, benché le sue preoccupazioni non fossero tanto provocate dall'esigenza di chiarire i limiti del diritto in questione, quanto ad ampliarne, come vedremo, in ottica individualistico-libertaria la portata. L'analisi di alcune vicende riguardanti l'attività di Thomas è rilevante poiché certifica come gli approdi della Corte suprema in materia di armi, e la sua svolta ampliativa dei collegati diritti, non giungano fulminei.

La posizione del giudice Thomas è emersa con chiarezza nell'ambito del rifiuto opposto dalla Corte suprema a una richiesta di *certiorari* relativa a una controversia in materia di armi nel 2018 [*Silvester v. Becerra*, 583 U.S. (2018)]. La domanda di accesso alla Corte suprema censurava l'operato della Corte federale del Nono circuito ed era volta a ottenere una dichiarazione di incostituzionalità della rilevante disciplina californiana, ritenuta particolarmente restrittiva, per cui è necessario aspettare un determinato periodo di tempo per poter acquistare armi da fuoco (*waiting period*).

La previsione di un *waiting period* prima di poter procedere all'acquisto risponde a due esigenze: da un lato, consente alle autorità di effettuare i necessari controlli per stabilire la sussistenza in capo all'ac-

¹⁰ J.Y. Stern, *First Amendment Lochnerism & the Origins of the Incorporation Doctrine*, in *University of Illinois Law Review*, 2020, p. 1501 ss.

quirente dei requisiti necessari previsti dalla legge; dall'altro, e in ottica preventiva, si atteggia quale periodo di raffreddamento teso a evitare che propositi violenti momentanei possano tradursi in atti concreti.

L'opinione dissenziente di Thomas al mancato rilascio del *writ of certiorari* è istruttiva poiché vi si ritrovano le linee argomentative sviluppate nell'opinione di maggioranza resa nel caso del 2022 e a cui dedicheremo spazio nel prossimo paragrafo. Più in dettaglio, egli si duole dell'approccio, a suo dire eccessivamente deferente, adottato dal Nono circuito nell'esame della compatibilità della disciplina californiana con la Costituzione. Secondo Thomas, questo atteggiamento, diffuso nelle corti inferiori, era servente a ostacolare la reale applicazione dei pronunciamenti ampliativi del diritto di detenzione e porto di armi resi in *Heller* e *McDonald*. In dettaglio, a suo dire, le Corti riservavano a un diritto previsto in Costituzione, appunto quello di detenere e portare armi da fuoco, un trattamento peggiore rispetto ad altri diritti non espressamente enumerati quali l'aborto, i matrimoni omosessuali, etc.

Questi i passaggi salienti. «Il doppio standard è evidente se si considerano altri casi nei quali il Nono circuito applica uno scrutinio più penetrante. Esso ha invalidato una legge dell'Arizona, per esempio, in parte perché essa ritardava le donne che cercano di abortire. La corte d'appello ha ritenuto importante in quel caso, ma non in questo, che lo Stato non avesse avanzato nessun tipo di prova che la legge effettivamente perseguisse il suo interesse e nessuna prova che tale asserito pericolo esistesse e si fosse mai verificato. Nel Nono circuito parrebbe che diritti privi di qualsivoglia addentellato nel testo della Costituzione ricevano maggiore protezione del 2. emendamento, questo invece espressamente previsto. Il nostro persistente rifiuto a giudicare nel merito casi relativi a questa disposizione costituzionale altro non fa che incoraggiare questa ribellione. Non abbiamo giudicato un caso sul 2. emendamento per quasi otto anni. E non abbiamo avuto occasione di chiarire con esattezza quale sia lo standard per valutare le doglianze per violazione del 2. emendamento per quasi dieci. Nel frattempo, soltanto quest'anno, abbiamo ritenuto di giudicare nel merito almeno cinque casi riguardanti il 1. Emendamento e quattro il 4. – sebbene la nostra giurisprudenza relativa a questi diritti sia molto più sviluppata. Se questo caso avesse coinvolto uno tra i diritti prediletti dalla Corte, dubito sinceramente che si sarebbe negato il *certiorari*. La Corte considererebbe nel merito questi casi perché aborto, libertà d'espressione e quello protetto dal 4. emendamento sono tre dei suoi

diritti preferiti. Il diritto di possedere e portare armi è evidentemente l'orfano costituzionale di questa Corte».

Nel 2018, le istanze individualistico-libertarie di Thomas e l'intenzione di effettuare operazioni ermeneutiche ampliative dello spettro operativo del 2. emendamento non avevano trovato seguito in Corte. Tuttavia, le nomine di due giudici conservatori, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett, durante la prima Presidenza Trump hanno alterato gli equilibri, spostando l'ago della bilancia in favore di posizioni maggiormente conservatrici veicolate – nel discorso giuridico – attraverso il ricorso alle teorie originaliste nell'interpretazione del dettato costituzionale statunitense. L'originalismo interpretativo (*originalism*), già incontrato in materia di aborto (Cap. 6 par. 5) consiste in un canone interpretativo della Costituzione e degli emendamenti che impone agli interpreti di attenersi al significato originale attribuito tanto alla prima quanto ai secondi da parte dei Padri fondatori al momento della loro approvazione¹¹. Da cui una controrivoluzione conservatrice anche in materia di armi.

5. La sentenza Bruen

Due cittadini dello Stato di New York, Brandon Koch e Robert Nash, dopo il rifiuto opposto dalle autorità competenti alla richiesta di licenza incondizionata, fondata sul diritto all'autodifesa, di portare in pubblico armi da fuoco, hanno proposto ricorso in giudizio. Le autorità avevano fondato il rigetto sul mancato assolvimento, da parte dei due cittadini, di provare la sussistenza di una giusta causa (*proper cause*) che legittimasse la richiesta. La disciplina vigente all'epoca dei fatti richiedeva giustappunto tale requisito affinché un individuo potesse ottenere una licenza di portare con sé fuori dalla propria abitazione un'arma nascosta. Il requisito della *proper cause* era stato interpretato dalle corti newyorchesi nel senso che il richiedente doveva provare una speciale esigenza di protezione individuale differenziata rispetto a quelle della comunità nel suo complesso [*In re Klenosky*, 75 App. Div. 2d 793, 428 N.Y.S. 2d 256].

Koch e Nash, assistiti dalla sezione dello Stato di New York della Nra di cui erano membri, la *New York state rifle & pistol association* (Nysrpa), hanno ricorso contro il diniego opposto loro dalla sovrintendenza della polizia dello Stato, organo competente al rilascio delle licenze in que-

¹¹ J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge MA, 2021, *passim*.

stione. Sia in primo grado che in appello, i giudici hanno confermato l'operato dei pubblici poteri, fondandosi sullo standard fissato da un precedente per cui è necessario il perseguimento di taluni interessi pubblici affinché ricorra una giusta causa [*Kachalsky v. County of Westchester*, 701 F.3d 81 (2012)]. Così la questione è stata portata dinanzi alla Corte suprema, che ha rilasciato – come agognato da tempo da Thomas – il *certiorari* per stabilire se la disciplina newyorchese fosse o meno conforme a Costituzione [*NYSRPA v. Bruen*, 597 U.S. 1 (2022) – Materiali 4].

È stato proprio Thomas a redigere l'opinione di maggioranza della pronuncia del 2022. Vediamone i passaggi principali. Occorre iniziare con il dire che la Corte suprema ha ritenuto di dover superare l'analisi bifasica che le Corti inferiori avevano sviluppato per esaminare la legittimità delle normative in materia di armi successivamente alle pronunce *Heller* e *McDonald*. Un approccio a due passaggi che era funzionale a limitare la portata applicativa di queste ultime. L'approccio risultava essere così articolato: in primo luogo, si verificava se una restrizione fosse conforme all'interpretazione storicamente orientata del testo del 2. emendamento; in secondo luogo, e in caso affermativo, si passava a stabilire se la restrizione fosse proporzionale alla promozione di un interesse pubblico meritevole di tutela (cosiddetto *means-end scrutiny*) [*United States v. Greeno*, 679 F. 3d 510 (CA6 2012)]. Secondo l'*opinion* di maggioranza, questo doppio passaggio non era da condividersi poiché né *Heller* né *McDonald* facevano menzione dello scrutinio sugli obiettivi perseguiti dalle autorità pubbliche nella regolazione. In altri termini, per stabilire la costituzionalità di una determinata norma limitativa dell'uso delle armi, con un'impostazione originalista, l'autorità da cui essa promana deve dimostrare che tale norma faccia parte della tradizione storica che delimita i confini esterni del diritto di detenere e portare armi.

Dunque, le corti non devono procedere a nessun bilanciamento di interessi, giacché è già il 2. emendamento, nell'opzione interpretativa assunta dalla Corte, a essere «il prodotto stesso di un bilanciamento degli interessi da parte del popolo», sicché «eleva sicuramente al di sopra di tutti gli altri interessi il diritto dei cittadini responsabili e rispettosi della legge a usare le armi per l'autodifesa».

Ne consegue praticamente che l'unico test da doversi impiegare, in conformità con *Heller*, è rappresentato dall'analisi storica (*historical analysis test*): ossia imporre ai tribunali di valutare se le moderne normative sulle armi da fuoco siano coerenti con il testo del 2. emendamento e con la sua interpretazione, appunto, storicamente orientata

nel senso della sussistenza di un diritto individuale e perfetto, sganciato da qualsivoglia esigenza di organizzazione di milizie statali.

L'opinione di maggioranza concede che le sfide normative poste oggi dalle armi da fuoco non coincidono con quelle che hanno interessato le epoche passate in cui il 2. e il 14. emendamento erano stati approvati. Tuttavia, si reputa che il significato della Costituzione non può che essere quello che i Padri fondatori le hanno attribuito.

Più precisamente, per determinare la coerenza con il 2. emendamento di misure per il controllo delle armi, sono due i parametri rilevanti: in primo luogo, che le discipline contemporanee prevedano delle limitazioni al diritto di autodifesa che trovino delle analoghe e comparabili fattispecie nella tradizione delle discipline storiche adottate nel corso del tempo; in secondo luogo, che tali limitazioni siano giustificate sulla base di motivazioni che abbiano dei riscontri anche nelle discipline più risalenti. Poiché l'autodifesa individuale è la componente centrale del diritto garantito dal 2. emendamento, questi due parametri sono considerati dalla Corte imprescindibili quando si svolge un'indagine di tipo diacronico-comparativo.

Per meglio chiarire il suo ragionamento, la Corte prosegue affermando che, sebbene le normative adottate al giorno d'oggi non possano certo essere fedeli riproduzioni delle discipline più risalenti nel tempo, ciononostante devono presentare un certo grado di analogia con queste ultime per poter superare il vaglio costituzionale. Ad esempio, i tribunali possono utilizzare analogie con "leggi di vecchia data" che vietano il porto di armi da fuoco in luoghi sensibili, come scuole e edifici governativi, per stabilire la costituzionalità di tali imposizioni.

Applicando questo più rigoroso standard alla disciplina dello Stato di New York, la maggioranza della Corte ha stabilito che il diritto di portare una pistola in pubblico per legittima difesa rientra pienamente nella tutela accordata dal 2. emendamento, atteso che il suo testo non fa distinzioni sul luogo di espressione del diritto, che siano i confini della propria abitazione o luoghi pubblici. Conseguentemente, il diritto di portare armi deve essere riferito anche alla possibilità di farlo al di fuori dalla propria casa per auto-difesa.

Dopo aver esaminato circa sette secoli di fonti storiche (dal 1200 al 1900), la Corte è giunta alla conclusione che, pur rinvenendosi tracce nella storia statunitense di "ben definite restrizioni" al diritto di portare armi da fuoco in pubblico, non sarebbe mai esistito un divieto ampio e largheggiante analogo a quello previsto invece dalla legge

newyorchese. Inoltre, ha aggiunto che non constava alcun requisito storicamente documentabile che richiedesse ai cittadini in regola con la legge di dimostrare un bisogno specifico per il porto d'armi in luoghi pubblici. Rileva sul punto che «non esiste altro diritto costituzionale che un individuo possa esercitare solo dopo aver dimostrato ai funzionari del governo qualche speciale necessità».

Conseguentemente, l'opinione di maggioranza ha respinto il tentativo dello Stato di New York di dimostrare la ricorrenza di una *proper cause* a partire dalla qualificazione di Manhattan, in quanto area urbana densamente popolata e luogo di assembramenti, come "luogo sensibile", avendo chiarito che le aree urbane non soddisfano tale definizione. Stando alla ricostruzione offerta dalla Corte, infatti, l'equiparazione di tali aree a luoghi sensibili avrebbe l'effetto di escludere tutte le città dall'ambito applicativo del 2. emendamento, in questo modo finendo per svuotare il diritto di porto d'armi in luoghi pubblici.

Per chiarire i contorni della pronuncia, è necessario prendere in considerazione le precisazioni contenute nell'opinione concorrente. Lì si è infatti tentato di circoscrivere l'ambito operativo del diritto sancito dall'opinione di maggioranza. Secondo i giudici concorrenti, la sentenza non impedisce ai singoli Stati di imporre requisiti, purché di natura obiettiva, per l'ottenimento della licenza al possesso di armi ovvero che richiedano ai cittadini di dimostrare esigenze particolari per portare armi in luoghi pubblici. L'opinione concorrente ha dunque precisato che il 2. emendamento permette comunque un controllo pervasivo, come pure stabilito da *Heller*. Cioè lì dove si precisava che nulla nella decisione da ultimo citata doveva essere inteso come elemento idoneo a mettere in discussione la legittimità dei divieti tradizionali al possesso delle armi da fuoco da parte di criminali e malati di mente, o la conformità a Costituzione delle leggi che vietano il porto di armi in luoghi sensibili come scuole o sedi governative, ovvero delle leggi che impongono condizioni e qualifiche sulla vendita delle armi.

La portata del 2. emendamento dopo la decisione *Bruen* è stata ulteriormente chiarita da un più recente pronunciamento della Corte suprema in materia. In *U.S. v. Rahimi* [602 U.S. 680 (2024)], i giudici hanno precisato che lì dove un individuo è stato giudicato da un tribunale come una minaccia credibile alla incolumità fisica di un altro individuo, il 2. emendamento consente una limitazione del diritto di detenzione e porto d'armi. In *Rahimi* la Corte suprema ha dunque dichiarato la legittimità di una norma federale limitativa del diritto in questione [18 U.S.C. sez.

922(g)(8)], facendo applicazione del test storico elaborato in *Bruen*. A detta dei giudici, la normativa oggetto della controversia trova riscontro nella tradizione, nel senso che essa ricalca leggi storiche che proibivano il porto di armi in modo da generare timore nella popolazione.

Sia come sia, e con la precisazione di quanto da ultimo riportato, grazie alla sentenza della Corte suprema in *Bruen*, gli statunitensi possono liberamente circolare armati in luoghi pubblici, essendo tale diritto costituzionalmente garantito dal 2. emendamento. Tanto più che la crescente presa di potere da parte della frangia più conservatrice del Paese intende significativamente allentare le maglie del controllo sulle armi¹², finanche volendo approvare un disegno di legge federale che abiliterebbe gli individui in possesso di una licenza di porto d'armi nascoste valido nel proprio Stato di residenza a vederne riconosciuta la validità anche in altri Stati che contemplano una simile possibilità, trattando di fatto le licenze alla stregua di patenti di guida (Constitutional concealed carry reciprocity Act).

¹² N. Wilson, *Project 2025 Would Increase Gun Violence, Reversing Historic Declines*, in CAP, 24 marzo 2025, in www.congress.gov.

Materiali

1. United States v. Miller, 307 U.S. 174 (1939)

Mr. Justice McReynolds delivered the opinion of the Court.

An indictment in the District Court, Western District Arkansas, charged that Jack Miller and Frank Layton “did unlawfully, knowingly, willfully, and feloniously transport in interstate commerce from the town of Claremore in the State of Oklahoma to the town of Siloam Springs in the State of Arkansas a certain firearm, to-wit, a double barrel 12-gauge Stevens shotgun having a barrel less than 18 inches in length, bearing identification number 76230, said defendants, at the time of so transporting said firearm in interstate commerce as aforesaid, not having registered said firearm as required by Section 1132d of Title 26, United States Code, and not having in their possession a stamp-affixed written order for said firearm as provided by Section 1132c, Title 2, United States Code and the regulations issued under authority of the said Act of Congress known as the ‘National Firearms Act’, approved June 26, 1934, contrary to the form of the statute in such case made and provided, and against the peace and dignity of the United States”.

A duly interposed demurrer alleged: the National Firearms Act is not a revenue measure, but an attempt to usurp police power reserved to the States, and is therefore unconstitutional. Also, it offends the inhibition of the Second Amendment to the Constitution – “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of people to keep and bear Arms, shall not be infringed”.

The District Court held that section eleven of the Act violates the Second Amendment. It accordingly sustained the demurrer and quashed the indictment. The cause is here by direct appeal...

In the absence of any evidence tending to show that possession or use of a “shotgun having a barrel of less than eighteen inches in length” at this time has some reasonable relationship to the preservation or efficiency of a well regulated militia, we cannot say that the Second Amendment guarantees the right to keep and bear such an instrument. Certainly it is not within judicial notice that this weapon is any part of the ordinary military equipment or that its use could contribute to the common defense...

The Constitution as originally adopted granted to the Congress power “To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions; To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress”. With obvious purpose to assure the continuation and render possible the effectiveness of such forces the declaration and guarantee of the Second Amendment were made. It must be interpreted and applied with that end in view.

The Militia which the States were expected to maintain and train is set in contrast with Troops which they were forbidden to keep without the consent of Congress. The sentiment of the time strongly disfavored standing armies; the common view was that adequate defense of country and laws could be secured through the Militia civilians primarily, soldiers on occasion.

The signification attributed to the term Militia appears from the debates in the Convention, the history and legislation of Colonies and States, and the writings of approved commentators. These show plainly enough that the Militia comprised all males physically capable of acting in concert for the common defense. "A body of citizens enrolled for military discipline". And further, that ordinarily when called for service these men were expected to appear bearing arms supplied by themselves and of the kind in common use at the time...

2. District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008)

Justice Scalia delivered the opinion of the Court.

We consider whether a District of Columbia prohibition on the possession of usable handguns in the home violates the Second Amendment to the Constitution.

The Second Amendment provides: "A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed". In interpreting this text, we are guided by the principle that "the Constitution was written to be understood by the voters; its words and phrases were used in their normal and ordinary as distinguished from technical meaning". Normal meaning may of course include an idiomatic meaning, but it excludes secret or technical meanings that would not have been known to ordinary citizens in the founding generation...

The Second Amendment is naturally divided into two parts: its prefatory clause and its operative clause. The former does not limit the latter grammatically, but rather announces a purpose. The Amendment could be rephrased, "Because a well regulated Militia is necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms shall not be infringed"...

Logic demands that there be a link between the stated purpose and the command. The Second Amendment would be nonsensical if it read, "A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to petition for redress of grievances shall not be infringed". That requirement of logical connection may cause a prefatory clause to resolve an ambiguity in the operative clause ("The separation of church and state being an important objective, the teachings of canons shall have no place in our jurisprudence". The preface makes clear that the operative clause refers not to canons of interpretation but to clergymen). But apart from that clarifying function, a prefatory clause does not limit or expand the scope of the operative clause... Therefore, while we will begin our textual analysis with the operative clause, we will return to the prefatory clause to ensure that our reading of the operative clause is consistent with the announced purpose...

1. Operative Clause.

a. "Right of the People". The first salient feature of the operative clause is that it codifies a "right of the people". The unamended Constitution and the Bill of Rights use the phrase "right of the people" two other times, in the First Amendment's Assembly-and-Petition Clause and in the Fourth Amendment's Search-and-Seizure Clause. The Ninth Amendment uses very similar terminology ("The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"). All three of these instances unambiguously refer to individual rights, not "collective" rights, or rights that may be exercised only through participation in some corporate body...

Three provisions of the Constitution refer to "the people" in a context other than "rights" – the famous preamble ("We the people"), sect. 2 of Article I (providing that "the people" will choose members of the House), and the Tenth Amendment (providing that those powers not given the Federal Government remain with "the States" or "the people"). Those provisions arguably refer to "the people" acting collectively – but they deal with the exercise or reservation of powers, not rights. Nowhere else in the Constitution does a "right" attributed to "the people" refer to anything other than an individual right...

What is more, in all six other provisions of the Constitution that mention "the people", the term unambiguously refers to all members of the political community, not an unspecified subset... We start therefore with a strong presumption that the Second Amendment right is exercised individually and belongs to all Americans.

b. "Keep and bear Arms". We move now from the holder of the right – "the people" – to the substance of the right: "to keep and bear Arms".

Before addressing the verbs "keep" and "bear", we interpret their object: "Arms". The 18th-century meaning is no different from the meaning today. The 1773 edition of Samuel Johnson's dictionary defined "arms" as "weapons of offence, or armour of defence". Timothy Cunningham's important 1771 legal dictionary defined "arms" as "any thing that a man wears for his defence, or takes into his hands, or useth in wrath to cast at or strike another".

The term was applied, then as now, to weapons that were not specifically designed for military use and were not employed in a military capacity. For instance, Cunningham's legal dictionary gave as an example of usage: "Servants and labourers shall use bows and arrows on *Sundays*, & c. and not bear other arms". Although one founding-era thesaurus limited "arms" (as opposed to "weapons") to "instruments of offence *generally* made use of in war", even that source stated that all firearms constituted "arms"...

We turn to the phrases "keep arms" and "bear arms". Johnson defined "keep" as, most relevantly, "to retain; not to lose", and "to have in custody". Webster defined it as "to hold; to retain in one's power or possession". No party has apprised us of an idiomatic meaning of "keep Arms". Thus, the most natural reading of "keep Arms" in the Second Amendment is to "have weapons".

The phrase "keep arms" was not prevalent in the written documents of the founding period that we have found, but there are a few examples, all of which favor viewing the right to "keep Arms" as an individual right unconnected with

militia service. William Blackstone, for example, wrote that Catholics convicted of not attending service in the Church of England suffered certain penalties, one of which was that they were not permitted to “keep arms in their houses”. Petitioners point to militia laws of the founding period that required militia members to “keep” arms in connection with militia service, and they conclude from this that the phrase “keep Arms” has a militia-related connotation. This is rather like saying that, since there are many statutes that authorize aggrieved employees to “file complaints” with federal agencies, the phrase “file complaints” has an employment-related connotation. “Keep arms” was simply a common way of referring to possessing arms, for militiamen and everyone else...

From our review of founding-era sources, we conclude that this natural meaning was also the meaning that “bear arms” had in the 18th century. In numerous instances, “bear arms” was unambiguously used to refer to the carrying of weapons outside of an organized militia. The most prominent examples are those most relevant to the Second Amendment: Nine state constitutional provisions written in the 18th century or the first two decades of the 19th, which enshrined a right of citizens to “bear arms in defense of themselves and the state” or “bear arms in defense of himself and the state”... It is clear from those formulations that “bear arms” did not refer only to carrying a weapon in an organized military unit...

c. Meaning of the Operative Clause. Putting all of these textual elements together, we find that they guarantee the individual right to possess and carry weapons in case of confrontation. This meaning is strongly confirmed by the historical background of the Second Amendment. We look to this because it has always been widely understood that the Second Amendment, like the First and Fourth Amendments, codified a *pre-existing* right...

There seems to us no doubt, on the basis of both text and history, that the Second Amendment conferred an individual right to keep and bear arms. Of course the right was not unlimited, just as the First Amendment’s right of free speech was not. Thus, we do not read the Second Amendment to protect the right of citizens to carry arms for *any sort* of confrontation, just as we do not read the First Amendment to protect the right of citizens to speak for *any purpose*. Before turning to limitations upon the individual right, however, we must determine whether the prefatory clause of the Second Amendment comports with our interpretation of the operative clause.

2. Prefatory Clause.

The prefatory clause reads: “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State”.

a. “Well-Regulated Militia”. In *United States v. Miller*, we explained that “the Militia comprised all males physically capable of acting in concert for the common defense”. That definition comports with founding-era sources... Petitioners take a seemingly narrower view of the militia, stating that “militias are the state- and congressionally-regulated military forces described in the Militia Clauses (art. 1, sect. 8, cls. 15–16)”. Although we agree with petitioners’ interpretive assumption that “militia” means the same thing in Article I and the Second Amendment,

we believe that petitioners identify the wrong thing, namely, the organized militia. Unlike armies and navies, which Congress is given the power to create (“to raise Armies”; “to provide a Navy”, Art. 1, sect. 8, cls. 12–13), the militia is assumed by Article I already to be *in existence*. Congress is given the power to “provide for calling forth the militia”, sect. 8, cl. 15; and the power not to create, but to “organize” it – and not to organize “a” militia, which is what one would expect if the militia were to be a federal creation, but to organize “the” militia, connoting a body already in existence, *ibid.*, cl. 16. This is fully consistent with the ordinary definition of the militia as all able-bodied men. From that pool, Congress has plenary power to organize the units that will make up an effective fighting force. That is what Congress did in the first militia Act, which specified that “each and every free able-bodied white male citizen of the respective states, resident therein, who is or shall be of the age of eighteen years, and under the age of forty-five years (except as is herein after excepted) shall severally and respectively be enrolled in the militia”. To be sure, Congress need not conscript every able-bodied man into the militia, because nothing in Article I suggests that in exercising its power to organize, discipline, and arm the militia, Congress must focus upon the entire body. Although the militia consists of all able-bodied men, the federally organized militia may consist of a subset of them. Finally, the adjective “well-regulated” implies nothing more than the imposition of proper discipline and training...

3. Relationship between Prefatory Clause and Operative Clause.

We reach the question, then: Does the preface fit with an operative clause that creates an individual right to keep and bear arms? It fits perfectly, once one knows the history that the founding generation knew and that we have described above. That history showed that the way tyrants had eliminated a militia consisting of all the able-bodied men was not by banning the militia but simply by taking away the people’s arms, enabling a select militia or standing army to suppress political opponents. This is what had occurred in England that prompted codification of the right to have arms in the English Bill of Rights...

3. McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010)

Justice Alito announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II–A, II–B, II–D, III–A, and III–B, in which The Chief Justice, Justice Scalia, Justice Kennedy, and Justice Thomas join, and an opinion with respect to Parts II–C, IV, and V, in which The Chief Justice, Justice Scalia, and Justice Kennedy join.

Two years ago, in *District of Columbia v. Heller*, we held that the Second Amendment protects the right to keep and bear arms for the purpose of self-defense, and we struck down a District of Columbia law that banned the possession of handguns in the home. The city of Chicago (City) and the village of Oak Park, a Chicago suburb, have laws that are similar to the District of Columbia’s, but Chicago and Oak Park argue that their laws are constitutional because the

Second Amendment has no application to the States. We have previously held that most of the provisions of the Bill of Rights apply with full force to both the Federal Government and the States. Applying the standard that is well established in our case law, we hold that the Second Amendment right is fully applicable to the States...

We likewise reject municipal respondents' argument that we should depart from our established incorporation methodology on the ground that making the Second Amendment binding on the States and their subdivisions is inconsistent with principles of federalism and will stifle experimentation. Municipal respondents point out – quite correctly – that conditions and problems differ from locality to locality and that citizens in different jurisdictions have divergent views on the issue of gun control. Municipal respondents therefore urge us to allow state and local governments to enact any gun control law that they deem to be reasonable, including a complete ban on the possession of handguns in the home for self-defense...

There is nothing new in the argument that, in order to respect federalism and allow useful state experimentation, a federal constitutional right should not be fully binding on the States...

In *Heller*, we held that the Second Amendment protects the right to possess a handgun in the home for the purpose of self-defense. Unless considerations of *stare decisis* counsel otherwise, a provision of the Bill of Rights that protects a right that is fundamental from an American perspective applies equally to the Federal Government and the States...

We therefore hold that the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment incorporates the Second Amendment right recognized in *Heller*...

4. NYSRPA v. Bruen, 597 U.S. 1 (2022)

Justice Thomas delivered the opinion of the Court.

In *District of Columbia v. Heller* and *McDonald v. Chicago*, we recognized that the Second and Fourteenth Amendments protect the right of an ordinary, law-abiding citizen to possess a handgun in the home for self-defense. In this case, petitioners and respondents agree that ordinary, law-abiding citizens have a similar right to carry handguns publicly for their self-defense. We too agree, and now hold, consistent with *Heller* and *McDonald*, that the Second and Fourteenth Amendments protect an individual's right to carry a handgun for self-defense outside the home. New York State has regulated the public carry of handguns at least since the early 20th century... In 1911, New York's "Sullivan Law" expanded the State's criminal prohibition to the possession of all handguns – concealed or otherwise – without a government-issued license. Today's licensing scheme largely tracks that of the early 1900s...

A license applicant who wants to possess a firearm at home (or in his place of business) must convince a "licensing officer" – usually a judge or law enforcement officer – that, among other things, he is of good moral character, has no

history of crime or mental illness, and that “no good cause exists for the denial of the license”...

If he wants to carry a firearm outside his home or place of business for self-defense, the applicant must obtain an unrestricted license... To secure that license, the applicant must prove that “proper cause exists” to issue it. No New York statute defines “proper cause”. But New York courts have held that an applicant shows proper cause only if he can “demonstrate a special need for self-protection distinguishable from that of the general community”... This “special need” standard is demanding.

To justify its regulation, the government may not simply posit that the regulation promotes an important interest. Rather, the government must demonstrate that the regulation is consistent with this Nation’s historical tradition of firearm regulation... The test that we set forth in *Heller* and apply today requires courts to assess whether modern firearms regulations are consistent with the Second Amendment’s text and historical understanding... Having made the constitutional standard endorsed in *Heller* more explicit, we now apply that standard to New York’s proper-cause requirement...

When it comes to interpreting the Constitution, not all history is created equal. “Constitutional rights are enshrined with the scope they were understood to have when the people adopted them”. We conclude that respondents have failed to meet their burden to identify an American tradition justifying New York’s proper-cause requirement. Under *Heller*’s text-and-history standard, the proper-cause requirement is therefore unconstitutional.

We cannot conclude from this historical record that, by the time of the founding, English law would have justified restricting the right to publicly bear arms suited for self-defense only to those who demonstrate some special need for self-protection...

Respondents next point us to the history of the Colonies and early Republic, but there is little evidence of an early American practice of regulating public carry by the general public. This should come as no surprise – English subjects founded the Colonies at about the time England had itself begun to eliminate restrictions on the ownership and use of handguns...

In the colonial era, respondents point to only three restrictions on public carry. For starters, we doubt that three colonial regulations could suffice to show a tradition of public-carry regulation. In any event, even looking at these laws on their own terms, we are not convinced that they regulated public carry akin to the New York law before us...

Only after the ratification of the Second Amendment in 1791 did public-carry restrictions proliferate... None of these historical limitations on the right to bear arms approach New York’s proper-cause requirement because none operated to prevent law-abiding citizens with ordinary self-defense needs from carrying arms in public for that purpose... Evidence from around the adoption of the Fourteenth Amendment also fails to support respondents’ position...

Finally, respondents point to the slight uptick in gun regulation during the late-19th century – principally in the Western Territories. As we suggested in *Heller*,

however, late-19th-century evidence cannot provide much insight into the meaning of the Second Amendment when it contradicts earlier evidence... Moreover, respondents' reliance on late-19th-century laws has several serious flaws even beyond their temporal distance from the founding...

We will not stake our interpretation on a handful of temporary territorial laws that were enacted nearly a century after the Second Amendment's adoption, governed less than 1% of the American population, and also "contradict the overwhelming weight" of other, more contemporaneous historical evidence. Second, because these territorial laws were rarely subject to judicial scrutiny, we do not know the basis of their perceived legality. Finally, these territorial restrictions deserve little weight because they were – consistent with the transitory nature of territorial government – short lived...

At the end of this long journey through the Anglo-American history of public carry, we conclude that respondents have not met their burden to identify an American tradition justifying the State's proper-cause requirement...

Capitolo nono

Politiche ambientali e climatiche

1. Dall'ambiente al clima: evoluzioni concettuali e normative

In questo capitolo verrà offerta una ricostruzione dell'evoluzione delle politiche ambientali e climatiche statunitensi ponendo al centro dell'analisi l'intreccio con il ruolo svolto dalla giurisprudenza rispetto alla conformazione degli assetti presenti e passati in materia di tutela dell'ambiente, prima, e protezione del clima, poi.

Cominciamo anzitutto con tracciare una distinzione terminologica, che ritornerà particolarmente utile durante tutto il corso del capitolo. L'ambiente e il clima sono concetti tra loro non – completamente almeno – sovrapponibili. L'accostamento tra le due sfere, fruttuoso come vedremo in punto di ricostruzione delle evoluzioni storiche, non deve indurre a credere in una piena sovrapposizione dei discorsi.

In generale, va posto in risalto come la disciplina giuridica dell'ambiente riguardi perlopiù l'inquinamento o altri danni o minacce in un contesto geografico dato e limitato sia quanto alle condotte sia quanto agli effetti. Viceversa, il quadro giuridico sul clima è orientato prevalentemente a garantire l'equilibrio climatico, in questo senso volendosi predisporre delle strategie globali in grado di mantenere l'aumento della temperatura della Terra entro una certa soglia (stabilita a 2° C), come parametro al di sotto del quale l'evoluzione della specie e il prosperare della vita umana sono ritenuti possibili¹.

¹ Sul punto, tra i molti, cfr. F. Franceschelli, *L'impatto dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, Napoli, 2019, p. 29.

Tutto ciò si riflette anche sulle misure congegnate per arginare i problemi climatici, misure che si snodano lungo due linee ben precise. Da un lato, le misure di mitigazione, dall'altro, quelle di adattamento. Le prime tese a ridurre nel futuro le emissioni di gas serra. Le seconde interessate a predisporre presidi atti a sopportare l'urto della verifica dei rischi climatici (passati, presenti e futuri).

Possiamo dunque dire che, sebbene il clima e l'ambiente appaiano, di primo acchito, vicini, se non addirittura equivalenti, a un più attento scrutinio, da un punto di vista fisico oltreché strettamente giuridico, non sono materie coincidenti in ragione della diversità di disciplina e di tutela. E questo perché mentre l'ambiente, come accennato, coincide con un determinato contesto fisico e territoriale, ben circostanziato, il clima rappresenta il macro-oggetto giuridico che interessa l'intero globo e sfugge alle categorie spaziali e temporali.

Fatta la dovuta precisazione, la disamina che ci accingiamo a svolgere pone al centro dell'analisi l'interazione tra la giurisprudenza della Corte suprema rispetto alle due tematiche citate. Più precisamente, l'attenzione sarà posta sul ruolo del contenzioso quale strumento attraverso cui affermare ed espandere, ovvero negare e restringere, gli strumenti a tutela dell'ambiente e a salvaguardia del clima. L'itinerario seguito metterà in luce le tensioni strutturali che attraversano le governance ambientale e climatica statunitensi: tensioni tra scienza e politica, tra regolazione pubblica e iniziativa privata, tra potere legislativo, amministrativo e giudiziario, nonché tra livelli federali e statali dell'esperienza giuridica indagata.

L'assunto di fondo da cui muove il capitolo è la presa d'atto del fatto che la tutela dell'ambiente, prima, e del clima, poi, non si siano affermate negli Stati Uniti come risultato di scelte legislative lineari e unitarie. Piuttosto esse sono state l'esito di un processo complesso, accidentato, conflittuale e profondamente condizionato dalle contingenze culturali, economiche e politiche. In tale processo, il diritto ha svolto una funzione ambivalente: da un lato, come strumento di resistenza e contenimento delle istanze ambientaliste; dall'altro, come veicolo di innovazione, capace di tradurre in categorie giuridiche nuove sensibilità sociali e nuove conoscenze scientifiche.

Il capitolo mostra come la genesi del diritto ambientale statunitense sia indissolubilmente legata al clima culturale degli anni Sessanta e Settanta del Novecento, quando la crescente consapevolezza degli effetti nocivi dell'industrializzazione incontrollata ha trovato un cata-

lizzatore emblematico in una famosa pubblicazione. L'opera in questione di cui si dirà nel prossimo paragrafo, divenuta simbolo fondativo dell'ambientalismo moderno, non solo ha inciso profondamente sull'opinione pubblica, ma ha contribuito a innescare un processo di politicizzazione e giuridificazione della questione ambientale. In questo contesto, le corti sono emerse come un'arena privilegiata per la canalizzazione delle istanze ambientaliste in pretese giuridicamente rilevanti, dando impulso a quel fenomeno che sarebbe stato definito di lì a poco come contenzioso ambientale (*environmental litigation*).

Uno dei fili conduttori del capitolo è proprio il ruolo del contenzioso come strumento di "regolazione". Lungi dall'essere un mero meccanismo di risoluzione di controversie individuali, il ricorso alle corti ha assunto una valenza strategica nei settori che qui ci interessano, sia per gli attori della società civile sia per le organizzazioni ambientaliste. Attraverso azioni giudiziarie mirate, tali soggetti hanno cercato di colmare le lacune dell'azione legislativa e amministrativa, di orientare le politiche pubbliche e di mobilitare l'opinione pubblica attorno a specifiche questioni ambientali. In questa chiave, il capitolo analizza l'emergere e il consolidarsi di un vero e proprio ecosistema del diritto ambientale, composto da avvocati specializzati, organizzazioni non governative, riviste giuridiche e insegnamenti universitari dedicati.

Parallelamente, l'analisi mette in evidenza come lo sviluppo del diritto ambientale sia stato profondamente influenzato dagli assetti istituzionali propri dell'ordinamento statunitense, in particolare dalla centralità delle autorità amministrative indipendenti e dal peculiare equilibrio tra Congresso, agenzie federali e potere giudiziario. L'istituzione nel 1970 dell'*Environmental protection agency* (Epa) rappresenta, in questo senso, un passaggio cruciale. L'Epa si configura come il perno della regolazione ambientale federale, ma al contempo come un attore strutturalmente esposto a contestazioni circa l'estensione e la legittimità dei propri poteri. Il capitolo mostra come la storia dell'autorità sia scandita da fasi alterne di deferenza e di ostilità da parte delle corti, riflettendo mutamenti più ampi negli equilibri politici e ideologici del Paese.

In tale contesto si colloca l'analisi della dottrina della deferenza che per decenni ha rappresentato il paradigma nel controllo giurisdizionale sull'operato delle autorità amministrative. Il capitolo ricostruisce il significato giuridico e politico della *doctrine* in questione, rilevando come essa abbia inizialmente favorito un approccio regolatorio moderato in materia ambientale, per poi divenire, per eterogenesi dei fini,

uno strumento di espansione dell'attivismo amministrativo durante le amministrazioni progressiste. La successiva crisi e infine il superamento della dottrina, sancito da una recente decisione del 2024, vanno letti quale espressione di una più ampia controrivoluzione conservatrice volta a riaffermare una concezione rigida della separazione dei poteri. Oltre che una volontà politica di rendere meno incisiva la tutela dell'ambiente e la salvaguardia del clima.

Un ulteriore aspetto che sarà approfondito concerne l'emersione della questione climatica come oggetto autonomo di regolazione giuridica. Una decisione del 2007, resa dalla Corte suprema, segna un punto di svolta nel riconoscere esplicitamente che i gas a effetto serra rientrano nel potere regolatorio dell'Epa. Tale pronuncia viene analizzata non solo per i suoi contenuti immediati, ma anche per un'altra ragione. Ovverosia perché mostra come l'affermazione del primato della regolazione amministrativa federale abbia avuto un effetto di chiusura nell'uso della responsabilità civile come strumento di governo del cambiamento climatico.

Le prime forme di contenzioso climatico (*climate change litigation*) si sono scontrate con la resistenza delle corti federali, e segnatamente della Corte suprema, la quale ha a chiare lettere sancito la preclusione di azioni risarcitorie climatiche nel circuito federale in virtù del primato delle disposizioni legislative sulla *common law* federale.

A chiusura del capitolo l'analisi si sposterà verso i tempi più recenti, caratterizzati da una rinnovata offensiva conservatrice contro l'espansione del potere amministrativo e giudiziario in materia climatica. La decisione della Corte suprema del 2022 viene esaminata come espressione paradigmatica della volontà di limitare drasticamente le capacità delle agenzie di intervenire su questioni ritenute di primaria rilevanza economica. In una simile cornice, sarà messo in luce come la questione climatica venga progressivamente ricondotta a una sfera eminentemente politica, sottratta tanto alla discrezionalità amministrativa quanto all'iniziativa giudiziaria federale.

Lungi però dal segnare la fine della governance climatica, questa fase ha dato impulso a nuove strategie, sia sul piano del contenzioso sia su quello della regolazione. Giustappunto il capitolo si chiude con l'analisi delle più recenti iniziative giudiziarie promosse da enti territoriali dinanzi alle corti statali e delle nuove legislazioni statali in materia climatica. Tali sviluppi mostrano come, nonostante i vincoli imposti a livello federale, la questione continui a essere presente e a trovare spazi di emersione giuridica attraverso forme innovative di

responsabilizzazione degli attori economici ritenuti maggiormente responsabili delle emissioni climalteranti.

Nel loro complesso, l'itinerario giurisprudenziale tracciato offre una chiave di lettura unitaria delle politiche ambientali e climatiche statunitensi, mettendo in evidenza il ruolo centrale della giurisprudenza (e del contenzioso) come terreno di confronto di visioni alternative del rapporto tra economia, ambiente e democrazia. In questo senso, non ci si limiterà alla sola ricostruzione in chiave diacronica delle decisioni, ma di volta in volta saranno debitamente messi in risalto gli strumenti concettuali utili per comprendere le traiettorie presenti e future delle governance ambientale e climatica, in un contesto segnato da crescenti urgenze ambientali e da persistenti resistenze politiche e istituzionali.

2. Una primavera silenziosa e i suoi sviluppi

Per comprendere appieno le dinamiche attinenti allo sviluppo della tutela dell'ambiente negli Stati Uniti è necessario collocare la materia entro la temperie culturale degli anni Sessanta del secolo scorso. Più precisamente, è imprescindibile fare menzione della pubblicazione nel 1962 di un libro, *Primavera silenziosa* di Rachel Carson², e considerato come una sorta di manifesto antesignano del movimento ambientalista che si sarebbe di lì a poco sviluppato dapprima negli Stati Uniti, e dipoi propagato in buona parte del mondo occidentale. Il titolo dell'opera deriva da una constatazione: nei campi, in primavera, si avvertiva un maggior silenzio rispetto ai decenni passati. La ragione per cui «tacciono le voci in innumerevoli contrade statunitensi» è per l'autrice presto detto: è l'uso sconsiderato di insetticidi, erbicidi e pesticidi a determinare il fenomeno, il tutto avendo poi ripercussioni nocive anche sull'uomo.

Primavera silenziosa ben presto è divenuta, come si accennava, lo stendardo dei movimenti ambientalisti, in tal modo giungendosi a mettere in discussione, per la prima volta, l'assunto di fondo secondo cui gli sviluppi tecnologico e industriale fossero intrinsecamente positivi e benefici, mostrando al contrario come l'impatto dell'uomo sull'ambiente fosse in grado di produrre effetti sistemici, cumulativi e irreversibili.

Nell'alveo di questo movimento di opinione, un ruolo centrale è stato svolto dall'utilizzo delle corti per canalizzare le emergenti nuove istan-

² R. Carson, *Primavera silenziosa* (1962), Milano, 2016.

ze ambientali. Un simile ruolo testimonia come tanto i giudici quanto a monte gli avvocati che hanno dato impulso all'avvio di controversie ambientali si siano preoccupati di tradurre nel linguaggio del diritto cambiamenti di portata epocale nei bisogni degli individui, nelle politiche legislative, nella conoscenza scientifica e nelle capacità tecniche.

Il contenzioso ambientale ha avuto una diffusione significativa negli anni Sessanta e Settanta. Il tutto è stato agevolato da una certa sensibilità mostrata anche dagli operatori del diritto nei confronti dell'ambientalismo, facendo sì che questi ultimi hanno iniziato a specializzarsi nell'emergente branca del diritto ambientale, con l'ausilio di nuove riviste giuridiche specializzate, nonché della diffusione nelle *law school* statunitensi di insegnamenti a ciò dedicati. In un rapporto di stretta osmosi tra sfera del giuridico e cambiamento dei valori tradizionali statunitensi³.

Il primo caso ampiamente pubblicizzato in cui i nuovi valori sociali sono stati invocati ha riguardato una protesta dei cittadini contro una proposta della *Consolidated edison*, una società di servizi pubblici dello Stato di New York, che intendeva costruire un impianto di accumulo idroelettrico sul fiume Hudson [*Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission*, 354 F.2d 608 (2nd Cir. 1966)]. Il progetto avrebbe avuto, secondo i ricorrenti, diversi effetti negativi, tra cui un degrado estetico della valle fluviale. Più precisamente, ove costruita, la centrale avrebbe determinato una lesione dei "valori estetici ambientali". La controversia non ha avuto modo di giungere dinanzi alla Corte suprema (dato che questa ha negato il *writ of certiorari*), ma cionondimeno ha dimostrato come l'utilizzo del contenzioso per la tutela dell'ambiente possa avere effetti strategici di primo momento. Infatti, la disputa legale ha contribuito a impedire per lunghi anni la realizzazione del progetto in questione, giungendosi nel 1980 a un accordo stragiudiziale per effetto del quale il progetto medesimo è stato abbandonato. Si intuisce come una simile dinamica abbia galvanizzato sia gli attivisti ambientali che gli avvocati di questi ultimi, stante le potenzialità del contenzioso per il raggiungimento degli obiettivi ambientali.

È a partire dagli anni Settanta, tuttavia, che il contenzioso ha acquisito un'inedita centralità nella governance ambientale. Ad aver contribuito è stata senz'altro la creazione di organizzazioni per la tutela legale dell'ambiente. Una simile evoluzione è stata fondamentale poiché

³ S.P. Hays, *Environmental Litigation in Historical Perspective*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 19, 1986, p. 969 ss.

ha accreditato il problema ambientale non più come solo fenomeno di danni individuali patiti di volta in volta dagli interessati, ma come dinamica collettiva capace di generare strascichi negativi su ampia scala, ergo collettivi. Alcune delle principali organizzazioni sorte in questo periodo sono l'*Environmental defense fund* (Edf) e il *Natural resources defense council* (Nrdc). Il *Sierra club*, la più antica organizzazione ambientalista statunitense fondata in California nel 1892, ha in questo frangente istituito il proprio *Legal defense fund*. Sempre nello stesso periodo, la *National wildlife federation* ha assunto avvocati nel proprio staff. La presenza di queste organizzazioni è sintomatica di un dato: l'uso del circuito giudiziario diviene uno strumento attraverso cui fare attivismo, a prescindere dai risultati concreti ottenuti nelle singole controversie. Il contenzioso, dunque, assume la funzione strategica di agglutinare l'opinione pubblica attorno a certe tematiche ambientali selezionate dagli attivisti e dagli avvocati al loro servizio, sfruttando anche il clamore mediatico che cause di questo tipo sono in grado di provocare.

Altri sono stati poi i fattori che hanno agevolato l'*environmental litigation* e attengono ai particolari assetti normativi statunitensi che si stavano in quegli anni delineando. In dettaglio, l'impiego delle corti è stato agevolato da alcune precise disposizioni che legittimavano i cittadini a citare in giudizio i pubblici poteri reputati colpevoli di non aver adeguatamente applicato le norme. Apparati normativi come il Clean air Act del 1963 e il Clean water Act del 1972 contenevano dettami specifici per le cause promosse dai privati. Da segnalare, al riguardo, come entrambe le normative citate siano state stimulate dalla proposizione di contenzioso strategico volto a stimolare il legislatore federale a adottare regolamentazioni ambientali più severe⁴. Disposizioni di simile tenore sono poi divenute una costante di tutta la legislazione ambientale successiva. Finanche dove le legislazioni erano silenti, forme di azioni private venivano ricavate in via interpretativa: è il caso del National environmental policy Act del 1970⁵ e il Comprehensive environmental response com-

⁴ Approfondimenti in L. Kendrick, *The Perils and Promise of Public Nuisance*, in *Yale Law Journal*, 132, 2023, p. 722 ss.

⁵ Approfondimenti in G.D. Meyers, *Divining common law standards for environmental protection: application of the public trust doctrine in the context of reforming NEPA and the commonwealth environmental protection act*, in *Environmental Planning Law Journal*, 11, 1994, p. 289 ss.

pensation and liability Act (CERCLA) del 1980⁶. Disciplina quest'ultima anche nota con il nome di *Superfund* e che ritornerà più avanti nel capitolo.

Come suggerisce quanto da ultimo detto, originariamente, le cause promosse si limitavano alle ipotesi di omissione di atto dovuto da parte dell'organo amministrativo competente: in altri e più chiari termini, attenevano a ipotesi in cui sui pubblici poteri incombeva un obbligo non discrezionale, indicato dall'utilizzo del verbo "dovere" da parte della normativa pertinente.

A queste sollecitazioni il circuito giudiziario ha risposto in prevalenza con reattività, accettando l'idea che la materia ambientale potesse dare l'abbrivio alla rilettura delle *doctrines* tradizionali per rispondere efficacemente alle nuove istanze che si stavano affermando. Va da sé che ciò ha innescato un interessante dibattito in ordine alla adattabilità del sistema tradizionale di *common law* alle nuove esigenze poste dai denunciati rischi ambientali. Fuori dalle aule di tribunale ciò si è tradotto in dispute dottrinali che hanno occupato la letteratura giuridica statunitense per circa un ventennio (dagli anni Settanta agli anni Novanta).

Tali dispute non hanno riguardato solamente le tematiche afferenti al diritto amministrativo, ma hanno investito pure altri settori, tra cui il diritto privato. Centrale è stata la riflessione, in particolare, sulla utilizzabilità della disciplina della responsabilità extracontrattuale (i *tort*) per la tutela dell'ambiente⁷. Notevoli in questo frangente sono stati i tentativi volti a elaborare opzioni interpretative capaci di assorbire anche i problemi ambientali. Esemplificativa di ciò è stata l'elaborazione del *toxic tort*, ovverossia quella fattispecie di illecito civile teso a dare ristoro a coloro i quali sono stati esposti a una sostanza tossica dannosa.

Nell'arco di un ventennio sono apparsi sulle maggiori riviste giuridiche contributi impegnati nella tematica, i quali hanno tentato di ponderare i vantaggi e gli svantaggi in un dibattito che è riassumibile nelle contrapposte posizioni dei fautori del diritto privato e dei promotori del diritto pubblico.

⁶ Cfr. A.R. Chase, *Remedying CERCLA's Natural Resource Damages Provision: Incorporation of the Public Trust Doctrine into Natural Resource Damage Actions*, in *Virginia Environmental Law Journal*, 11, 1991, p. 353 ss.

⁷ Cfr. B. Pozzo, *La tutela dell'ambiente tra strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico: le grandi epoche del diritto dell'ambiente*, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato – Atti del IV Convegno nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Trento, 2016, p. 291 ss.

I sostenitori dell'approccio privatistico hanno valorizzato la flessibilità del diritto giurisprudenziale e la capacità delle corti di adattare progressivamente le categorie tradizionali della responsabilità civile a nuove forme di rischio. Le corti, in questa prospettiva, sarebbero istituzioni particolarmente adatte ad affrontare le nuove problematiche ambientali, grazie alla possibilità di determinare in concreto la responsabilità del convenuto⁸.

Di contro, i critici hanno sottolineato come i danni ambientali presentassero caratteristiche strutturalmente incompatibili con i presupposti della responsabilità civile tradizionale. La latenza temporale dei danni, la natura superindividuale degli interessi coinvolti e la configurazione dei fenomeni di inquinamento come illeciti di massa mettevano in crisi i canoni tradizionali della materia: legittimazione ad agire, antiigiuridicità della condotta, nesso di causalità e rimedi. Da qui la preferenza verso forme di regolamentazione pubblicistica della tematica⁹.

Invero, la discussione intorno alla responsabilità extracontrattuale nel torno di anni che stiamo analizzando è stata adombrata dalle questioni legate alla regolazione da parte dei pubblici poteri della tematica ambientale. Solo nei tempi più recenti, con l'emersione della questione climatica, è tornata in auge. Sicché, almeno sino alla prima decade di questo secolo, in larga parte la dinamica ambientale ha perlopiù determinato itinerari giurisprudenziali relativi a fenomeni di regolazione da parte delle autorità competenti. Sullo sfondo è invece rimasta la questione della canalizzazione dei nuovi valori entro le maglie dell'illecito civile: sviluppi questi ultimi che saranno invece centrali nel settore della governance climatica, di cui ci occuperemo nel prosieguo.

3. La regolazione dell'ambiente e la questione dell'allocazione dei poteri

L'Epa è stata istituita nel 1970 da parte dell'allora Presidente Richard Nixon in virtù di un provvedimento denominato *Reorganization plan no. 3*. L'agenzia viene qualificata come autorità amministrativa indipendente. Le autorità amministrative indipendenti vantano un tasso significativo, come suggerisce il loro stesso nome, di indipendenza

⁸ Ad esempio, E.F. Maloney, *Judicial Protection of the Environment: A New Role for Common Law Remedies*, in *Vanderbilt Law Review*, 25, 1972, p. 145 ss.

⁹ Ad esempio, P.J. Strand, *The Inapplicability of Traditional Tort Analysis to Environmental Risk: The Example of Toxic Waste Pollution Victim Compensation*, in *Stanford Law Review*, 35, 1983, p. 575 ss.

dal potere esecutivo, e sono preposte alla regolazione e al controllo di settori particolarmente sensibili dell'ordinamento nei quali si ritiene imprescindibile il ricorso a elevate competenze tecniche oltre che a una certa distanza dalla dinamica politica in senso stretto.

Sebbene il vertice dell'Epa sia nominato dal Presidente degli Stati Uniti, previo consenso del Senato, i suoi poteri e competenze derivano dalle leggi approvate dal Congresso, le quali si occupano di individuare la consistenza e l'ampiezza delle relative prerogative. Tali riferimenti normativi vanno poi letti congiuntamente alle disposizioni dell'Administrative procedure Act del 1946, il quale disciplina le concrete modalità di esercizio dell'azione amministrativa e il relativo controllo giurisdizionale. In un simile quadro, l'Epa emana le proprie determinazioni nella veste di regole (*rule*) dotate di forza normativa, ordini (*order*), e politiche (*policy*) e altri atti amministrativi, normalmente soggetti al sindacato di legittimità delle corti federali.

Al momento della sua istituzione, l'agenzia ha riunito su di sé competenze precedentemente assegnate a diversi organi del Governo federale: la scelta presidenziale ha dato risposta positiva ai timori di coloro i quali reputavano che il perseguimento di obiettivi affidati ad altri e distinti organi – perlopiù concentrati su tematiche economiche e produttive – avesse ostacolato in passato le attività di regolazione e di controllo strumentali alla tutela ambientale. Del resto, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, alla fine degli anni Sessanta era giunto a maturazione il movimento ambientalista, preoccupato sia dall'inquinamento e dai suoi riverberi per la salute dell'uomo. Il tutto alimentato dall'intensificarsi delle attività industriali unitamente alla poca sensibilità per il fenomeno mostrata dai pubblici poteri.

Ciò vale anche a spiegare la ragione per cui il piano di riorganizzazione di Nixon si presenta come un atto istitutivo atipico: è limitato a riallocare in favore dell'agenzia di nuovo conio competenze già spettanti ad altri enti. In guisa che non ha previsto indicazioni puntuali su quali dovessero essere gli obiettivi che l'Epa era chiamata a perseguire. Segnatamente, l'agenzia non viene individuata espressamente come istituzione a protezione dell'ambiente, e perciò incaricata di limitare le attività confliggenti con un simile obiettivo. Come vedremo ciò sarà uno dei punti dibattuti nel circuito giudiziario.

Ancorché, però, non sia stata individuata quale istituzione ambientalista, era chiaro sin dalla sua istituzione che il coacervo di compiti affidatili fosse in effetti improntato alla protezione dell'ambiente.

Trovando ciò riprova nel fatto che nelle riforme successive in materia, all'Epa è stato richiesto di adottare regole tecniche volte a ridurre l'inquinamento oltre a esercitare un controllo delle attività inquinanti.

Va posto in evidenza come la soggezione dell'agenzia alle indicazioni del Congresso quanto al proprio raggio di azione sia un limite di tutta evidenza nell'operato dell'agenzia medesima. L'Epa, infatti, agisce come delegataria del Congresso nell'esercizio di attività quasi-legislative. Dunque, il Congresso resta il titolare esclusivo del potere normativo. Ne consegue praticamente come ogni deviazione dalle direttive impartite dalle leggi attributive possa tradursi in un superamento dei limiti di competenza assegnati, potendo per l'effetto andare incontro a pronunce di dichiarazione dell'illegittimità del suo operato da parte del circuito giudiziario. È stata proprio questa la questione affrontata in una recente sentenza della Corte suprema di cui diremo più avanti nel capitolo.

Qui ci preme invece porre in debito rilievo come l'attività dell'Epa abbia formato oggetto ripetutamente di controversie giudiziarie dinanzi alle corti federali. Come si trarrà dall'analisi offerta, in un primo momento le doglianze davanti ai giudici erano volte a ottenere interventi più incisivi dell'autorità, in un contesto in cui quest'ultima era piuttosto intenzionata a rimanere marginale nell'ambito della regolazione ambientale. In questa fase iniziale, i giudici hanno – in via tendenziale – evitato di ingerirsi nelle scelte dell'autorità, riservando in favore di quest'ultima un atteggiamento di deferenza.

In un secondo momento, e avvicinandoci ai giorni nostri, viceversa le critiche sono state levate da coloro i quali additavano l'autorità di un attivismo eccessivo e tacciavano il suo operato di eccesso di potere. In questa fase, al contrario che nella precedente, l'adozione da parte dell'Epa di misure sempre più incisive, ambiziose, e sovente di dubbia conciliabilità rispetto alle leggi attributive dei propri poteri, soprattutto nell'ambito della regolazione dei cambiamenti climatici, è stata vista con sospetto. Le corti, inclusa la Corte suprema, hanno assunto così una postura ostile nei confronti dell'Epa. La Corte suprema, in dettaglio, ha progressivamente abbandonato l'iniziale deferenza riconosciuta all'autorità, in favore dell'applicazione di opzioni interpretative inedite tese a contenere entro maglie strette il raggio di azione dell'Epa. Simili scelte, all'evidenza, hanno un impatto di primo momento sulle attività regolatorie tanto ambientali quanto climatiche.

Al primo momento, quello riassunto nella deferenza riconosciuta dalle corti, va ascritta una celebre decisione pronunciata nel 1984 nel

caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council* [467 U.S. 837 (1984) – Materiali 1]¹⁰. La decisione è rilevante per due ordini di ragioni: in primo luogo, poiché ha deciso nel merito alcune questioni relative alle competenze e ai compiti attribuiti all'Epa; in secondo luogo, in quanto ha fornito precise indicazioni in ordine ai limiti che il controllo giurisdizionale deve rispettare nel sindacare le attività delle autorità amministrative indipendenti.

Il contenzioso da cui è occasionata la decisione riguardava alcune modifiche al Clean air Act attuate nel 1977. Il Congresso, che era all'epoca in maggioranza democratico, aveva inteso inasprire le disposizioni in materia di inquinamento atmosferico. Nel novero delle misure, tra le altre, ne figurava una a mente della quale le imprese ubicate in specifiche aree del Paese, che avessero previsto la costruzione di una nuova fonte principale di inquinanti atmosferici (*major source of air pollutants*) o modifiche significative a impianti esistenti, sarebbero state soggette a un controllo rigoroso da parte dell'agenzia.

Il nodo dibattuto riguardava il significato assegnato a *source of air pollutants*, dal momento che il legislatore – nell'introdurre la citata riforma – non aveva fornito lumi al riguardo. Né tantomeno una definizione era contenuta nella versione precedente del Clean air Act.

Nel dover applicare tale disposizione, l'Epa aveva inizialmente comunicato di voler interpretare l'espressione come riferita a qualsiasi addizione o modifica rilevante apportata a complessi industriali. Tuttavia, nel 1981, durante la Presidenza di Ronald Reagan, l'agenzia aveva comunicato che avrebbe modificato tale interpretazione. In dettaglio, aveva precisato che avrebbe introdotto la nozione di *bubble concept*: ovverosia che la nozione di fonte inquinante (*source*) sarebbe stata riferita all'impianto nel suo insieme e non anche alle singole unità inquinanti. Per l'effetto, l'aggiunta o la modifica di unità all'interno di un impianto esistente non sarebbe stata soggetta al controllo stringente dell'Epa, purché però le modifiche fossero ricomprese in un piano unitario in grado di compensare eventuali aumenti di emissioni. Al di là dei tecnicismi, la scelta interpretativa dell'agenzia era tutta rivolta a conformarsi alla visione reaganiana del forte *favor* espresso verso l'industria e l'economia. Insomma: la tutela ambientale non doveva divenire un ostacolo per il libero mercato.

¹⁰ Su cui J.L. Landau, *Chevron, U.S.A. v. NRDC: The Supreme Court Declines to Burst EPA's Bubble Concept*, in *Environmental Law*, 15, 1985, p. 285 ss.

Va precisato che il potere di colmare lacune normative o di chiarire disposizioni legislative ambigue rientra tra le prerogative riconosciute alle agenzie federali, nella misura in cui esse sono titolari di competenze tecniche specifiche. Da una simile premessa discende la tendenza dei giudici a riservare un atteggiamento deferente rispetto alle scelte interpretative delle agenzie.

Ciononostante, il mutamento interpretativo da parte dell'agenzia aveva destato notevoli preoccupazioni nell'opinione pubblica sensibile alle questioni ambientali. I timori risiedevano nel rischio che un simile modo di approcciare all'inquinamento avrebbe finito per frustrare gli obiettivi di tutela dell'ambiente, risolvendosi in uno stratagemma per aggirare le normative rilevanti. In particolare, è stato il già incontrato *National resources defense council* ad aver rilevato come il sistema di compensazione nei medesimi impianti industriali avrebbe potuto sacrificare la tutela della qualità dell'aria sull'altare della convenienza economica. Da qui l'avvio di una controversia, giunta sino alla Corte suprema, che vedeva contrapposta l'organizzazione citata alla *Chevron* relativamente alla corretta interpretazione da attribuire al *Clean air Act* e allo standard da attuare nella revisione dell'operato dell'Epa.

L'opinione, resa all'unanimità, ha elaborato il celebre test bifasico: anzitutto, era necessario verificare se il Congresso avesse fornito indicazioni sufficientemente chiare sull'interpretazione della norma; in caso di esito negativo di un simile accertamento, si rendeva necessario stabilire se la scelta interpretativa dell'agenzia fosse permessa dalla legge, a tal fine facendo uso di criteri testuali e di ricostruzione storica del senso delle norme. Così la Corte ha potuto concludere per la legittimità della nuova interpretazione dell'Epa.

Ha osservato, più nello specifico, che il ruolo dei giudici non poteva consistere nel giudicare il buon senso (*wisdom*) delle determinazioni delle autorità amministrative, ma solo la loro ragionevolezza (*reasonableness*). La *doctrine* della deferenza (nota comunemente come *Chevron doctrine*) si fondava sull'idea che le agenzie, dotate di competenze tecniche e di una legittimazione indiretta attraverso l'esecutivo, fossero meglio attrezzate dei giudici per interpretare e applicare normative complesse.

La sentenza *Chevron* aveva un preciso significato politico: in generale, essa voleva lasciare allo Stato amministrativo, in quegli anni controllato dai conservatori, libertà di manovra nelle scelte regolatorie del mercato; in particolare, nella materia ambientale, la pronuncia consentiva all'Epa

di continuare a intervenire in maniera blanda sulla tutela ambientale, così da non incidere oltremodo sulle attività economiche e industriali.

Per eterogenesi dei fini, in realtà, la *doctrine* della deferenza ha poi nel corso dei periodi successivi consentito ai pubblici poteri in genere, e all'Epa nello specifico, di avere un maggior margine di intervento allorquando gli equilibri politici, di stampo eminentemente progressista, hanno impresso allo Stato amministrativo un compito di maggiore attivismo. Successivamente, infatti, con l'avvicinarsi in particolare di Amministrazioni federali a trazione democratica, l'Epa ha espanso il proprio raggio di intervento, affermandosi come soggetto regolatore molto presente e incisivo per le attività industriali ed economiche.

Questo ha fatto sì che negli ambienti conservatori la *Chevron doctrine* iniziasse a essere guardata con sospetto: in altri termini, in presenza di una Corte suprema fortemente conservatrice, era maturata l'idea del necessario superamento dello standard della deferenza¹¹. Tutto questo ha avuto il suo culmine in una recente pronuncia della Corte suprema, resa nel 2024 nel caso *Loper Bright v. Raimondo* [603 US 369 (2024)], con cui la Corte suprema ha sancito l'*overruling* di *Chevron*¹². Lì si è affermato come l'interpretazione delle leggi spetti in ultima istanza all'organo giudiziario, e non alle agenzie. Più precisamente, la deferenza minava il ruolo costituzionale del potere giudiziario e incentivava un'eccessiva concentrazione di potere nelle agenzie. Questo cambiamento segna una svolta verso una lettura più formale della separazione dei poteri e riduce drasticamente l'autonomia delle agenzie federali. Sebbene la controversia non abbia visto direttamente coinvolta l'Epa, la scelta della Corte di rinnegare validità alla dottrina della deferenza depone in favore di un ulteriore imbrigliamento dell'attività amministrativa.

4. L'emersione della questione climatica

Un ulteriore fondamentale tassello nella disamina degli itinerari giurisprudenziali nella materia che ci occupa è rappresentato dalla controversia *Massachusetts v. EPA* [549 U.S. 497 – Materiali 2], dove per la prima volta la questione dei cambiamenti climatici causati dall'uo-

¹¹ Cfr. P. Valerio, *Il controllo giurisdizionale sulle determinazioni della Environmental Protection Agency e la marginalizzazione dei propositi di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Politica del diritto*, 2024, p. 225 ss.

¹² Approfondimenti in G. Romeo, *Statutory stare decisis e tenuta del precedente wrongly decided: una lettura di Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, in *DPCE Online*, 2024, p. 2131 ss.

mo è stata affrontata dalla Corte suprema. La controversia dà conferma pure di quanto dicevamo poc'anzi: l'Epa ha nel corso del tempo dovuto espandere in maniera significativa il proprio raggio di azione regolatoria, essendosi affermata quale centro pulsante non solo della regolazione della tutela dell'ambiente, ma anche climatica. E ciò sebbene quest'ultima materia non figurasse a rigore tra le competenze attribuite all'autorità dalle leggi del Congresso. Tematica questa oggetto proprio della controversia che ci apprestiamo ad analizzare.

Il Massachusetts e diversi altri Stati federati avevano presentato una petizione all'agenzia chiedendole di regolamentare le emissioni dei gas a effetto serra (anidride carbonica ed equivalenti) prodotti dai nuovi veicoli a motore ritenuti responsabili del riscaldamento globale. I ricorrenti sostenevano che l'Epa fosse tenuta a regolare anche i gas a effetto serra ai sensi del già più volte richiamato Clean air Act: una simile conclusione era tratta dal fatto che l'Act in questione stabilisce che il Congresso debba regolamentare qualsiasi inquinante atmosferico che possa ragionevolmente mettere in pericolo la salute o il benessere pubblici, tra cui i gas a effetto serra – stante le evidenze conclusive della scienza sul punto – avrebbero dovuto rientrare a pieno titolo.

Siamo nel 2007, durante la Presidenza di George Bush Jr., i cui interessi sono legati a doppia mandata con gli interessi economici e industriali. Da qui si spiega la ritrosia mostrata dall'Epa nel voler intervenire in un ambito che avrebbe senz'altro inciso su tali interessi. L'Epa per l'appunto ha obiettato che il Clean air Act non la autorizzava a regolamentare le emissioni di gas serra in quanto non espressamente contemplati dalla normativa. E che – comunque – anche ove dovesse ritenersi chiamata a regolarli, sarebbero stati necessari ulteriori approfondimenti e studi sulle cause, sull'entità e sull'importanza dei cambiamenti climatici e delle potenziali opzioni per affrontarli.

La controversia è giunta sino alla Corte suprema, che ha concesso il *writ of certiorari*. Gli interrogativi cui la Corte ha dovuto fornire risposta erano essenzialmente due, tra loro intimamente collegati: anzitutto, era necessario stabilire se l'Epa potesse rifiutarsi di regolamentare le emissioni dei veicoli a motore poiché non espressamente previsto dal Clean air Act; dipoi, e allo specchio, se quest'ultima normativa attribuisse all'Epa la competenza di regolare l'anidride carbonica e gli altri gas a effetto serra.

L'opinione di maggioranza ha, anzitutto, respinto la tesi dell'Epa secondo cui il Clean air Act non includeva anche le emissioni di carbonio tra gli agenti inquinanti dell'aria. Difatti, nella prospettiva dei

giudici, la nozione di inquinante atmosferico contenuta nella legge presenta un linguaggio ampio e generico, ed è stata così scritta dal legislatore in modo da non diventare obsoleta a seguito della scoperta della nocività di altre sostanze sconosciute al momento dell'approvazione della legge. Inoltre, la maggioranza ha stabilito che l'Epa non aveva ragione per ritardare la sua decisione sulla base di considerazioni prudenziali e politiche. Conseguendone che la mancata eventuale regolamentazione dei gas a effetto serra avrebbe dovuto essere fondata su motivazioni che dimostravano l'innocuità di tali gas.

In sintesi, in *Massachusetts v. EPA* la Corte ha stabilito a chiare lettere che l'agenzia federale era detentrica del potere regolatorio (*regulatory power*) in materia di emissioni di gas climalteranti. Per l'effetto, l'inerzia mostrata da parte dell'agenzia medesima non era giustificata da alcuna norma dell'ordinamento. La decisione segna così l'apice di una stagione giurisprudenziale favorevole all'azione regolatoria in materia climatica e alla deferenza nei confronti delle agenzie amministrative, riaffermando il primato della scienza nell'azione pubblica.

Come si intuisce, la pronuncia della Corte suprema determina una precisa allocazione dei poteri relativamente ai cambiamenti climatici: la disciplina è infatti appannaggio del Congresso che – in virtù del Clean air Act – l'ha assegnata all'Epa. Questo è di estrema rilevanza in quanto ci aiuta a comprendere le sorti di alcune dinamiche che, nello stesso torno di anni, erano emerse rispetto proprio ai cambiamenti climatici e alla regolamentazione dei gas a effetto serra.

Il riferimento è a quel filone di contenzioso, sviluppatosi all'inizio di questo secolo, divenuto noto con l'espressione di *climate change litigation*. L'emersione, del resto, della questione climatica dinanzi alle corti federali non si esauriva certo nella dimensione pubblicistica e regolatoria, ma aveva sin da subito conosciuto alcuni tentativi volti a utilizzare le regole della responsabilità civile come meccanismo per il governo dei *climate change*, secondo modalità analoghe alla *environmental litigation*.

Nel luglio del 2004, diversi Stati, la città di New York e un gruppo di enti associativi senza scopo di lucro avevano promosso un'azione in giudizio contro cinque grandi aziende erogatrici di servizi pubblici energetici e la *Tennessee valley authority*, responsabili complessivamente di circa il 25% delle emissioni di anidride carbonica del settore energetico statunitense. Gli attori hanno domandato la cessazione delle condotte illecite individuate nell'eccessivo rilascio di emissioni di gas a effetto serra in atmosfera. La richiesta, incentrata sulla disciplina dei *tort*, era volta a conformare l'at-

tività dei convenuti in un senso rispettoso del clima: ovverosia a ottenere non un risarcimento per equivalente, ma in forma specifica.

In altri e più chiari termini, l'obiettivo perseguito era quello di utilizzare il contenzioso come strumento di mitigazione (par. 1) dei fenomeni climatici nella acclarata inerzia da parte delle autorità amministrative, segnatamente l'Epa, nel voler intervenire. Nel contesto statunitense questa specifica pratica è definita come *regulation through litigation*¹³.

Lo schema della *regulation through litigation* può essere così riassunto: *i.* le questioni oggetto di controversia vengono presentate nei termini di fallimenti istituzionali, che impongono di ricorrere – come *extrema ratio* – al contenzioso per avanzare prospettive di riforma degli assetti dati; *ii.* il contenzioso è capace di generare contenuti e informazioni utili per la più ampia sfera di predisposizione di atti regolatori e legislativi; *iii.* è in grado di far sì che talune vicende scalino le agende politiche in un certo momento storico; *iv.* rappresenta un utile riempitivo degli schemi regolatori presenti a livello legislativo e amministrativo; *vi.* agevola l'emersione di soluzioni particolareggiate in base alle peculiarità delle diverse giurisdizioni interessate, peculiarità che possono influenzarne gli esiti.

Lo schema descritto è stato impiegato anche in altre controversie del medesimo periodo e di analogo tenore intentate negli Stati Uniti per provocare la regolazione del fenomeno climatico e più in generale per stimolare i poteri pubblici a intervenire.

Nell'agosto del 2005, un violento uragano, consegnato poi alla storia con il nome Katrina, si abbatteva con violenza, lasciandosi dietro devastazioni e morte, sulla Louisiana, sulla Florida e sul Mississippi. Alcuni cittadini residenti in quest'ultimo Stato, proprietari di terreni e abitazioni sulla costa, hanno deciso di evocare in giudizio un gruppo di società operanti nell'industria petrolifera affermando che le loro attività emissive, rilasciando nell'aria gas climalteranti, erano responsabili dell'innalzamento del livello delle acque marine che aveva contribuito, accrescendo la potenza dell'uragano, alla sua maggiore ferocia, causando tutto ciò la distruzione delle proprietà private dei ricorrenti. Le pretese degli attori erano dirette a ottenere risarcimenti in base alle regole sulla responsabilità extracontrattuale.

Poco più tardi, l'allora procuratore generale della California intraprendeva un'azione legale contro la *General motors* e altre cinque gran-

¹³ Cfr. T.D. Lytton, *A Systems Theory of Tort Law: Reevaluating the Case Against "Regulation by Litigation"*, in *Missouri Law Review*, 90, 2025, p. 385 ss.

di case automobilistiche invocando, ancora una volta, la responsabilità civile per affermare come le imprese fossero responsabili del 9% delle emissioni a livello mondiale, contribuendo in tal modo al riscaldamento globale e arrecando danni alla California, ai suoi cittadini e residenti, nonché all'ambiente e all'economia dello Stato. Per l'effetto, il procuratore aveva richiesto la condanna delle convenute al pagamento di una somma pari ai costi che lo Stato avrebbe dovuto sostenere per adeguare le proprie infrastrutture pubbliche ai cambiamenti climatici.

Infine, il 26 febbraio 2008 un gruppo composto da 400 abitanti appartenenti a una comunità indigena della località di Kivalina in Alaska ha proposto un'azione risarcitoria nei confronti di alcune società energetiche, sostenendo che le emissioni associate alle loro attività erano causa del riscaldamento globale, con il conseguente innalzamento delle acque dei mari che minacciava l'abitabilità del proprio villaggio.

Tutti i casi citati si sono scontrati con un atteggiamento di netta chiusura da parte Corti federali di volta in volta adite, le quali hanno riscontrato che tentativi siffatti di risarcimento in realtà avrebbero determinato uno sconfinamento nel campo della politica, poiché avrebbero richiesto ai giudici di sostituirsi in valutazioni di tipo politico non rientranti nella politica del giudiziario (*political question doctrine*).

Ma vi è di più: la chiusura nei confronti dell'utilizzo del circuito giudiziario per invocare la regolazione da parte dei giudici della questione climatica è stata affermata a chiare lettere dalla stessa Corte suprema, la quale ha confermato l'impostazione affermata nel precedente analizzato *Massachusetts v. EPA* secondo cui il potere regolatorio spetta all'autorità amministrativa indipendente quale delegataria del Congresso. La prima delle controversie citate di *climate change litigation*, quella che ha visto contrapposti diversi Stati federati e la città di New York ad alcune società di servizi energetici e la *Tennessee valley authority*, è giunta sino alla Corte suprema, che l'ha decisa nel 2011. Nella pronuncia *AEP v. Connecticut* [564 U.S. 410 (2011) – Materiali 3] i giudici hanno stabilito all'unanimità che la materia climatica è materia di competenza esclusiva del diritto legislativo federale, come è stato del resto precisato nella giurisprudenza precedente, mentre i *tort* sono materia eminentemente di competenza dei singoli Stati. Conseguentemente praticamente che domande di responsabilità extracontrattuale formulate dinanzi alle corti federali in materia di cambiamento climatico risultano essere precluse in virtù del primato del diritto federale rispetto a quello statale (*pre-emption doctrine*), come delineato in *Wyeth*

v. *Levine* [555 U.S. 555 (2008)]¹⁴. La Corte ha però limitato la preclusione alle sole controversie federali, facendo salve quelle statali sul tema. Circostanza questa che – come vedremo – sarà determinante per i successivi sviluppi della *climate change litigation*.

5. La controrivoluzione conservatrice

A partire dagli anni 2010, la composizione della Corte suprema degli Stati Uniti ha subito una trasformazione profonda, culminata nel consolidarsi di una maggioranza conservatrice strutturalmente scettica nei confronti dell'espansione del potere amministrativo federale. Questo mutamento si riflette in modo particolarmente evidente nel contesto della regolazione climatica, dove la Corte ha progressivamente abbandonato l'approccio deferente inaugurato con la *Chevron doctrine* e confermato, almeno in parte, in *Massachusetts v. EPA*. È in un simile quadro che si colloca la decisione in *West Virginia v. EPA* [597 U.S. 697 (2022) – Materiali 4], destinata a rappresentare uno snodo paradigmatico nella giurisprudenza climatica statunitense¹⁵.

La prima Amministrazione Trump aveva abrogato il *Clean power plan* del 2015, emanato dall'Epa durante la Presidenza Obama, che stabiliva le linee guida per gli Stati per limitare le emissioni di anidride carbonica delle centrali elettriche e imponeva alcuni obblighi di transizione energetica.

Il *Clean power plan* disciplinava, in particolare, la riduzione delle emissioni da parte delle centrali elettriche alimentate con fonti fossili. La base giuridica per la sua emanazione era stata individuata nella sez. 111 del Clean air Act. Nel piano, l'Epa aveva individuato come miglior sistema di riduzione delle emissioni tre tipi di misure: il miglioramento della velocità di riscaldamento nelle centrali a carbone; il passaggio dal carbone al gas naturale; da ultimo, la transizione a fonti rinnovabili. Secondo l'agenzia, inoltre, gli obiettivi di diminuzione delle emissioni promossi dal piano potevano essere raggiunti tramite una riduzione della produzione, tramite l'investimento in centrali nuove o esistenti dedite alla produzione di energia pulita, oppure tramite l'acquisto di quote o di crediti di emissione.

¹⁴ Per meglio approfondire, v. J.B. Sykes e N. Vanatko, *Federal Preemption: A Legal Primer*, Congress Research Service, 2019, R45825, p. 1 ss.

¹⁵ Cfr. A.M. Sabino, *West Virginia v. EPA: Behind the Supreme Court Principled Decision*, in *Climate & Energy*, 39, 2022, p. 1 ss.

Il *Clean power plan* è stato sostituito da un altro meccanismo, più blando, dichiarato però illegittimo da una corte federale. Con ciò determinandosi la reviviscenza del meccanismo del 2015. Alcuni ricorrenti, tra cui la *North american coal corporation*, hanno quindi sottoposto la questione alla Corte suprema, dolendosi degli ampi poteri riconosciuti all'Epa rispetto alla regolamentazione dei gas a effetto serra.

L'opinione di maggioranza ha dato loro ragione, ritenendo esclusa dai poteri dell'autorità l'imposizione alle centrali elettriche esistenti di una transizione energetica dal carbone verso fonti rinnovabili. Per la prima volta nella storia della Corte, una decisione viene adottata invocando in maniera esplicita la *major questions doctrine* (Cap. 5 par. 6), in virtù della quale l'interpretazione delle leggi deve muovere dalla presunzione dell'assenza di delega al Governo di legiferare su questioni di primaria rilevanza per il Paese¹⁶.

Volendo succintamente passare in rassegna i punti salienti della decisione, è possibile individuare alcuni passaggi chiave. In primo luogo, l'opinione di maggioranza ha stabilito che il Congresso non ha delegato all'agenzia, ai sensi della sez. 111(d) del *Clean air Act*, il potere di definire le soglie delle emissioni sulla base dell'approccio adottato nel *Clean power plan*. Secondo la Corte, sulla scorta della *major questions doctrine*, esistono settori "straordinari" nei quali il significato economico e politico della materia oggetto di regolazione è tale da far sorgere, quantomeno, una o più ragioni per dubitare dell'intenzione del Congresso di delegare il potere normativo all'amministrazione.

Detto altrimenti, i fatti alla base della decisione rientrano tra quei casi in cui l'Epa avrebbe dovuto indicare una chiara e inequivoca autorizzazione del Congresso a fondamento della propria azione regolatoria. Autorizzazione che, nella prospettiva dei giudici, l'agenzia non è riuscita a dimostrare. Al contrario, l'Epa si sarebbe limitata ad asserire la pretesa assegnazione delle competenze, giungendo peraltro ad ammettere essa stessa che la trasmissione, la distribuzione e lo stoccaggio dell'elettricità non rientrano tra le attribuzioni conferite dal legislatore federale.

La decisione del 2022 si pone solo in apparente contrasto con il precedente *Massachusetts v. EPA*. In quella sede, come riportato poc'anzi, la Corte suprema ha infatti stabilito a chiare lettere che l'autorità indipendente fosse detentrica del *regulatory power* in materia di emissio-

¹⁶ In argomento D.T. Deacon e L.M. Litman, *The New Major Questions Doctrine*, in *Virginia Law Review*, 109, 2023, p. 1009 ss.

ni di gas climalteranti. A una più attenta disamina, tuttavia, i risultati raggiunti in *West Virginia* si collocano in una linea di sostanziale continuità con il precedente del 2007, nella misura in cui essi riconoscono espressamente che il potere regolatorio in materia di gas climalteranti spetta al Congresso, il quale può delegarlo alle agenzie federali soltanto nel rispetto dei criteri rigorosi enucleati dalla *major questions doctrine*.

A *fortiori*, la decisione ha escluso radicalmente la possibilità che siano le corti federali a farsi promotrici di decisioni manifesto volte a regolamentare la materia delle emissioni di gas altamente inquinanti. Si tratta, a ben vedere, di portare alle sue logiche conseguenze una ricostruzione ben precisa offerta dalla Corte suprema. Se, difatti, il giudiziario federale qualifica la questione climatica come di primaria rilevanza (*major*), allora la connota come intrinsecamente politica. Ne discende che non solo è impossibile affidare implicitamente la regolazione a una autorità, ma nei confronti del potere giudiziario opererà in aggiunta la già richiamata *political question doctrine*, la quale barra la strada alla regolazione attraverso le pronunce delle corti. Insomma, in coerenza con quanto sopra visto rispetto alla decisione del 2011 *AEP v. Connecticut*.

Con parole diverse, se il clima è considerato per sua stessa natura una questione politica, allora nei confronti delle agenzie federali opererà la *major questions doctrine*; viceversa, nei confronti del giudiziario opererà la *political question doctrine*. Quest'ultima comporterà fatalmente la dichiarazione di insussistenza di giurisdizione ogni qualvolta le istanze relative a questioni climatiche dovessero presentare, anche solo in via indiretta o embrionale, una qualche forma di afflato regolatorio.

In sintesi, *West Virginia v. EPA* si inserisce nel solco di un orientamento ormai consolidato della Corte suprema e delle corti federali ogniquale volta il contenzioso climatico si presenti come tentativo di *regulation through litigation*. In tale prospettiva, la decisione del 2022 non rappresenta un'anomalia, bensì il punto di approdo più esplicito di una controrivoluzione conservatrice che mira a ricondurre la questione climatica entro confini rigidamente politici e, dunque, sottratti tanto alla discrezionalità amministrativa quanto all'iniziativa giudiziaria federale.

6. Le ricadute sulla regolazione dei cambiamenti climatici: tra *litigation* e *regulation*

In apertura di capitolo abbiamo segnalato come a fare da fomite all'emersione del diritto ambientale sia stata in particolare la preoccupazione dei rischi associati alla salute determinati dall'inquinamento. Abbiamo altresì visto come, in realtà, il percorso di affermazione di un corpo di regole nella materia sia stato accidentato, fortemente condizionato dalle contingenze politiche, e in definitiva altamente conflittuale. Si è pure sottolineato come la controrivoluzione conservatrice abbia contribuito a una regressione nei settori ambientali e climatici, prevalentemente attraverso la volontà di imbrigliare il potere amministrativo e quello giudiziario, imponendo a questi ultimi margini stretti di azione rispetto a questioni reputate essere – per la loro rilevantissima importanza (*major*) – prerogativa esclusiva del Congresso. Se tutto questo è vero, così come altrettanto lo è che la seconda Presidenza Trump sta esercitando una pressione ancora più forte per screditare la tutela dell'ambiente e del clima, non può essere sottaciuto come si registrino forme di reazione allo *status quo* che interessano tanto il contenzioso (*litigation*) quanto la regolazione (*regulation*).

Rispetto alla *litigation*, a partire dal 2017, e sull'onda lunga delle reazioni suscitate dalla decisione di Trump di denunciare gli Accordi di Parigi sul clima, si sono intentate numerose cause per reagire alla sordità dell'Amministrazione alle istanze climatiche¹⁷. Da capofila hanno fatto alcune contee e città californiane, che, nel luglio di quell'anno, hanno citato in giudizio la *Chevron*, la *Exxon mobil*, la *Shell* e altre compagnie petrolifere richiedendo risarcimenti per equivalente a ristoro dei danni, presenti e futuri, provocati dall'innalzamento dei livelli dei mari derivante dal cambiamento climatico alle case dei loro cittadini e alle infrastrutture pubbliche.

Successivamente, nel giugno 2018, la città di Boulder e due contee del Colorado hanno convenuto in giudizio la *Suncor energy* e la *Exxon mobil* in un tribunale statale, nella prima controversia instaurata da uno Stato non costiero. È stato poi il turno, qualche mese più tardi, dell'azione avviata dalla contea di King contro la *British petroleum* e altre cinque società, in cui le prospettazioni di danno ricalcano quelle avanzate dagli

¹⁷ K.C. Sokol, *Seeking (Some) Climate Justice in State Tort Law*, in *Washington Law Review*, 95, 2020, p. 1383 ss.

enti californiani, con l'aggiunta però della denuncia del pericolo per la sopravvivenza, a causa dell'acidificazione delle acque oceaniche conseguente ai cambiamenti climatici, dell'industria ittica dei molluschi, particolarmente rilevante per il tessuto economico-produttivo della zona.

Poco dopo, il Rhode Island ha convenuto in giudizio un cospicuo numero di compagnie petrolifere, dando l'abbrivio a una linea di tendenza che sarebbe stata di lì a poco seguita anche da Baltimore. Nel marzo del 2020, la contea di Honolulu ha agito in giudizio contro *Sunoco*, *Exxon mobil*, *Chevron*, *British petroleum*, *Shell*, *Conoco phillips* e altre compagnie del settore energetico e petrolifero. Il caso si segnala poiché, oltre a essere stato promosso dall'unico Stato insulare federato, ha dato luogo il 28 febbraio 2024 a una domanda di *certiorari* delle imprese convenute, in cui si è richiesto alla Corte suprema di accertare l'esistenza di una preclusione, derivante dal diritto federale, alla proponibilità di pretese di risarcimento di danni presumibilmente causati dagli effetti sul clima globale delle emissioni interstatali e internazionali di gas serra¹⁸. La Corte suprema, tuttavia, non ha rilasciato il *writ*.

Ad oggi, si contano un numero significativo di cause ispirate a quelle appena citate: dall'ultimo aggiornamento disponibile ne risultano 20 in cui, a vario titolo, si invoca la responsabilità civile dei maggiori inquinanti del pianeta. Rispetto alla prima ondata di contenzioso climatico, le attuali controversie presentano alcune caratteristiche strategicamente orientate a scongiurare pronunce di inammissibilità da parte delle Corti.

In primo luogo, per superare le inevitabili dichiarazioni di inammissibilità cui andrebbero incontro in azioni promosse dinanzi alle Corti federali, le iniziative vengono radicate nel circuito giudiziario statale e sono per la quasi totalità promosse da enti pubblici locali¹⁹. In secondo luogo, gli attori nelle controversie climatiche stanno cercando di recuperare alcune delle ingenti perdite economiche determinate dai cambiamenti climatici. In questo senso la responsabilità extracontrattuale addotta consisterebbe nella illegittima interferenza da parte dei grandi inquinanti con un interesse pubblico, non più ravvisata nell'emissione di gas climalteranti (tematica questa oramai pacificamente di competenza esclusiva federale), ma, al contrario, nell'immissione in

¹⁸ Dettagli e riferimenti dei casi in L. Serafinelli, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, Torino, 2024, p. 140 ss.

¹⁹ M.J. Sanders, *How and Why State and Local Governments Are Suing the Fossil-Fuel Industry for Costs of Adapting to Climate Change*, in A.B.A. *Section of Environment, Research, and Resources*, 7 maggio 2020, in www.americanbar.org.

commercio di prodotti dannosi per la collettività, ovverosia i prodotti fossili. Il cambiamento di strategia impresso dalla seconda ondata è significativo almeno per due ordini di ragioni.

Anzitutto, l'accento posto sulla commercializzazione di prodotti fossili è idoneo a ridurre il rischio che le cause sfocino in dichiarazioni di inammissibilità in virtù del fatto che la materia è dominio riservato delle leggi federali. Sebbene, difatti, i convenuti hanno tentato e tenteranno ancora di obiettare, invocando l'applicazione del Clean air Act e la conseguente inoperatività del diritto statale dei *tort*, gli attori dispongono di argomenti convincenti per controbattere. Possono sostenere che le richieste formulate esulano, essendo incentrate sul tema della commercializzazione, dalle materie ricadenti nel campo applicativo delle discipline federali in materia ambientale. In altre parole, hanno dalla loro parte validi elementi per sottrarre le loro domande dalla preclusione, affermata dalla Corte suprema nel già richiamato caso *AEP v. Connecticut*, secondo cui la regolazione dei gas a effetto serra è materia di diritto federale. Avendo, peraltro, il Clean air Act una clausola di salvaguardia, che fa salve le richieste articolate sulla *common law*.

Inoltre, i fuochi messi sulle pratiche di commercializzazione delle aziende meglio sintetizzano l'illiceità delle condotte dannose per il clima. Va fatto notare come le discipline statali in materia di illecito civile si siano rivelate più inclini a riconoscere risarcimenti da commercializzazione di prodotti dannosi. Gli assetti della *common law* statale sono, difatti, molto più ampi della nozione accolta a livello federale. Lo si evince dal fatto che in alcuni Stati federati i giudici ne hanno riconosciuto l'applicabilità a casi di responsabilità dei produttori quanto a vernici al piombo, alle armi e agli oppioidi²⁰.

Un ulteriore elemento che spicca rispetto alle controversie da ultimo citate riguarda il tipo di risarcimento richiesto: un risarcimento per equivalente tale per cui le poste eventualmente ottenute in giudizio saranno da destinarsi all'ammodernamento e alla ristrutturazione delle infrastrutture pubbliche danneggiate dai cambiamenti climatici. In pratica delle misure di adattamento ai cambiamenti climatici (par. 1) e non più di mitigazione, come era stato durante la prima ondata (par. 4).

Questo tipo di contenzioso corre in parallelo, e veniamo così a trattare della *regulation*, con alcune iniziative messe in capo da alcuni Stati federati a trazione democratica. Non solo il livello giudiziale, ma

²⁰ Approfondimenti in L. Kendrick, *The Perils and Promise*, cit., p. 702 ss.

anche le iniziative legislative recenti testimoniano il *focus* statunitense sugli obiettivi di adattamento agli eventi climatici. Nei primi mesi del 2024, il Vermont e lo Stato di New York hanno approvato due leggi che impongono ai grandi produttori e raffinatori di combustibili fossili e di carbone di contribuire finanziariamente alle opere di adattamento delle infrastrutture pubbliche rese necessarie dai sempre più intensi eventi climatici. Iniziative di segno analogo sono state intraprese in Maryland, nel Massachusetts, e in California. Anche il Minnesota sarebbe in procinto di procedere nello stesso senso.

Le nuove discipline, eloquentemente ribattezzate *Climate superfund*²¹, sono modellate sul Cercla del 1980, anche noto appunto come *Superfund*. La normativa impone obblighi di rimessione in pristino e di bonifica dei siti inquinati a un novero ampio di soggetti inquinanti, includendovi anche gli ingegneri che hanno collaborato con le imprese, le persone sul ponte di comando dell'azienda danneggiante al momento dell'evento dannoso, e quelle in posizioni apicali al momento della proposizione della controversia, etc.

Sin dal 1992, in letteratura era stato suggerito di impiegare il Cercla come paradigma per confezionare un meccanismo analogo nell'ambito dei gas a effetto serra per rimediare o mitigare gli impatti del cambiamento climatico²². Le proposte e le leggi statali di nuovo conio mirano esattamente a tale obiettivo, adottando come principio guida quello del "chi inquina paga", estendendolo alla materia climatica. Secondo l'approccio accolto nei nuovi *Climate superfund*, la responsabilità dei grandi produttori e raffinatori di combustibili fossili ha natura oggettiva e prescinde dalla presenza di un'attività illecita.

In una maniera conforme al contenzioso da ultimo analizzato, le normative in questione identificano le società di combustibili fossili e del carbone come responsabili in base alle emissioni aggregate di gas serra dei loro prodotti, in termini di emissioni di anidride carbonica equivalente (CO₂eq), una misurazione che esprime l'impatto sul riscaldamento globale di una certa quantità di gas serra rispetto a quello dell'anidride carbonica. Si rivolgono allo stesso gruppo di soggetti reputati responsabili nelle liti climatiche attualmente pendenti: le azien-

²¹ Cfr. M. Lockman e E. Shumway, *State "Climate Superfund" Bills: What You Need to Know*, in *Climate Law – A Sabin Center blog*, 14 marzo 2024, in www.blogs.law.columbia.edu.

²² C.D. Stone, *Beyond Rio: "Insuring" Against Global Warming*, in *American Journal of International Law*, 86, 1992, p. 445 ss.

de che hanno nel periodo di tempo considerato rilevante, prodotto o raffinato combustibili fossili e carbone e i cui prodotti hanno generato più di un miliardo di tonnellate metriche di emissioni di gas serra equivalenti all'anidride carbonica.

Va da sé che i comparti industriali colpiti da simili normative hanno reagito con vigore, minacciando ricorsi e impugnazioni²³. Ciò fa concludere nel senso che – in prospettiva – queste normative formeranno oggetto di controllo giurisdizionale da parte delle corti, finanche da parte della Corte suprema, nel futuro prossimo.

²³ J. Kurtz, *Bill to make polluters pay for climate damage runs into Democratic skeptics*, in *News from the States*, 21 febbraio 2024, in www.newsfromthestates.com.

Materiali

1. *Chevron v. N.R.D.C.*, 467 U.S. 837 (1984)

Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

In the Clean Air Act Amendments of 1977, Congress enacted certain requirements applicable to States that had not achieved the national air quality standards established by the Environmental Protection Agency (EPA) pursuant to earlier legislation. The amended Clean Air Act required these “nonattainment” States to establish a permit program regulating “new or modified major stationary sources” of air pollution. Generally, a permit may not be issued for a new or modified major stationary source unless several stringent conditions are met. The EPA regulation promulgated to implement this permit requirement allows a State to adopt a plantwide definition of the term “stationary source”. Under this definition, an existing plant that contains several pollution-emitting devices may install or modify one piece of equipment without meeting the permit conditions if the alteration will not increase the total emissions from the plant. The question presented by these cases is whether EPA’s decision to allow States to treat all of the pollution-emitting devices within the same industrial grouping as though they were encased within a single “bubble” is based on a reasonable construction of the statutory term “stationary source”...

When a court reviews an agency’s construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute...

If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit, rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency. We have long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department’s construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, and the principle of deference to administrative interpretations “has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding

of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations... In light of these well-settled principles, it is clear that the Court of Appeals misconceived the nature of its role in reviewing the regulations at issue. Once it determined, after its own examination of the legislation, that Congress did not actually have an intent regarding the applicability of the bubble concept to the permit program, the question before it was not whether, in its view, the concept is "inappropriate" in the general context of a program designed to improve air quality, but whether the Administrator's view that it is appropriate in the context of this particular program is a reasonable one. Based on the examination of the legislation and its history which follows, we agree with the Court of Appeals that Congress did not have a specific intention on the applicability of the bubble concept in these cases, and conclude that the EPA's use of that concept here is a reasonable policy choice for the agency to make...

Sect. 111(a) of the Clean air Act defined the terms that are to be used in setting and enforcing standards of performance for new stationary sources. It provided: "For purposes of this section the term 'stationary source' means any building, structure, facility, or installation which emits or may emit any air pollutant". In due course, ... the EPA used a plantwide definition of the term "stationary source".

In many areas of the country, particularly the most industrialized States, the statutory goals were not attained. In 1976, the 94th Congress was confronted with this fundamental problem, as well as many others respecting pollution control. As always in this area, the legislative struggle was basically between interests seeking strict schemes to reduce pollution rapidly to eliminate its social costs and interests advancing the economic concern that strict schemes would retard industrial development with attendant social costs. The 94th Congress, confronting these competing interests, was unable to agree on what response was in the public interest: legislative proposals to deal with nonattainment failed to command the necessary consensus.

In light of this situation, the EPA published an Emissions Offset Interpretative Ruling in December, 1976, to "fill the gap", as respondents put it, until Congress acted. The Ruling stated that it was intended to address "the issue of whether and to what extent national air quality standards established under the Clean Air Act may restrict or prohibit growth of major new or expanded stationary air pollution sources".

In general, the Ruling provided that "a major new source may locate in an area with air quality worse than a national standard only if stringent conditions can be met"... The 1977 Amendments contain no specific reference to the "bubble concept". Nor do they contain a specific definition of the term "stationary source"...

The legislative history of the portion of the 1977 Amendments dealing with nonattainment areas does not contain any specific comment on the "bubble concept" or the question whether a plantwide definition of a stationary source is permissible under the permit program. It does, however, plainly disclose that in the permit program Congress sought to accommodate the conflict between the economic

interest in permitting capital improvements to continue and the environmental interest in improving air quality. Indeed, the House Committee Report identified the economic interest as one of the “two main purposes” of this section of the bill... Significantly, the EPA expressly noted that the word “source” might be given a plantwide definition for some purposes and a narrower definition for other purposes... The EPA’s summary of its proposed Ruling discloses a flexible, rather than rigid, definition of the term “source” to implement various policies and programs... The definition of the term “stationary source” in sect. 111(a)(3) refers to “any building, structure, facility, or installation” which emits air pollution...

The arguments over policy that are advanced in the parties’ briefs create the impression that respondents are now waging in a judicial forum a specific policy battle which they ultimately lost in the agency and in the 32 jurisdictions opting for the “bubble concept”, but one which was never waged in the Congress. Such policy arguments are more properly addressed to legislators or administrators, not to judges. In these cases, the Administrator’s interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests, and is entitled to deference: the regulatory scheme is technical and complex, the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion, and the decision involves reconciling conflicting policies. Congress intended to accommodate both interests, but did not do so itself on the level of specificity presented by these cases. Perhaps that body consciously desired the Administrator to strike the balance at this level, thinking that those with great expertise and charged with responsibility for administering the provision would be in a better position to do so; perhaps it simply did not consider the question at this level; and perhaps Congress was unable to forge a coalition on either side of the question, and those on each side decided to take their chances with the scheme devised by the agency. For judicial purposes, it matters not which of these things occurred.

Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices -- resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.

When a challenge to an agency construction of a statutory provision, fairly conceptualized, really centers on the wisdom of the agency’s policy, rather than whether it is a reasonable choice within a gap left open by Congress, the challenge must fail. In such a case, federal judges -- who have no constituency -- have a duty to respect legitimate policy choices made by those who do. The responsibilities for assessing the wisdom of such policy choices and resolving the struggle between competing views of the public interest are not judicial ones: “Our

Constitution vests such responsibilities in the political branches”.

We hold that the EPA’s definition of the term “source” is a permissible construction of the statute which seeks to accommodate progress in reducing air pollution with economic growth...

2. Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497 (2007)

Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

A well-documented rise in global temperatures has coincided with a significant increase in the concentration of carbon dioxide in the atmosphere. Respected scientists believe the two trends are related. For when carbon dioxide is released into the atmosphere, it acts like the ceiling of a greenhouse, trapping solar energy and retarding the escape of reflected heat. It is therefore a species – the most important species – of a “greenhouse gas”.

Calling global warming “the most pressing environmental challenge of our time”, a group of States, local governments, and private organizations, alleged in a petition for certiorari that the Environmental Protection Agency (EPA) has abdicated its responsibility under the Clean Air Act to regulate the emissions of four greenhouse gases, including carbon dioxide. Specifically, petitioners asked us to answer two questions concerning the meaning of sect. 202(a)(1) of the Act: whether EPA has the statutory authority to regulate greenhouse gas emissions from new motor vehicles; and if so, whether its stated reasons for refusing to do so are consistent with the statute.

In response, EPA, supported by 10 intervening States and six trade associations, correctly argued that we may not address those two questions unless at least one petitioner has standing to invoke our jurisdiction under Article 3 of the Constitution. Notwithstanding the serious character of that jurisdictional argument and the absence of any conflicting decisions construing sect. 202(a)(1), the unusual importance of the underlying issue persuaded us to grant the writ...

Section 202(a)(1) of the Clean Air Act provides:

“The EPA Administrator shall by regulation prescribe (and from time to time revise) in accordance with the provisions of this section, standards applicable to the emission of any air pollutant from any class or classes of new motor vehicles or new motor vehicle engines, which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare”.

The Act defines “air pollutant” to include “any air pollution agent or combination of such agents, including any physical, chemical, biological, radioactive ... substance or matter which is emitted into or otherwise enters the ambient air” ... When Congress enacted these provisions, the study of climate change was in its infancy...

On October 20, 1999, a group of 19 private organizations filed a rulemaking petition asking EPA to regulate “greenhouse gas emissions from new motor vehicles under sect. 202 of the Clean Air Act”...

On September 8, 2003, EPA entered an order denying the rulemaking petition...

The agency gave two reasons for its decision: (1) that contrary to the opinions of its former general counsels, the Clean Air Act does not authorize EPA to issue mandatory regulations to address global climate change; and (2) that even if the agency had the authority to set greenhouse gas emission standards, it would be unwise to do so at this time.

In concluding that it lacked statutory authority over greenhouse gases, EPA observed that Congress “was well aware of the global climate change issue when it last comprehensively amended the Clean Air Act in 1990”, yet it declined to adopt a proposed amendment establishing binding emissions limitations...

The scope of our review of the merits of the statutory issues is narrow. As we have repeated time and again, an agency has broad discretion to choose how best to marshal its limited resources and personnel to carry out its delegated responsibilities. That discretion is at its height when the agency decides not to bring an enforcement action...

There are key differences between a denial of a petition for rulemaking and an agency’s decision not to initiate an enforcement action. In contrast to nonenforcement decisions, agency refusals to initiate rulemaking “are less frequent, more apt to involve legal as opposed to factual analysis, and subject to special formalities, including a public explanation”. They moreover arise out of denials of petitions for rulemaking which (at least in the circumstances here) the affected party had an undoubted procedural right to file in the first instance. Refusals to promulgate rules are thus susceptible to judicial review, though such review is “extremely limited” and “highly deferential”.

EPA concluded in its denial of the petition for rulemaking that it lacked authority to regulate new vehicle emissions because carbon dioxide is not an “air pollutant”... In the alternative, it concluded that even if it possessed authority, it would decline to do so because regulation would conflict with other administration priorities. As discussed earlier, the Clean Air Act expressly permits review of such an action. We therefore “may reverse any such action found to be arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law”...

On the merits, the first question is whether sect. 202(a)(1) of the Clean Air Act authorizes EPA to regulate greenhouse gas emissions from new motor vehicles in the event that it forms a “judgment” that such emissions contribute to climate change. We have little trouble concluding that it does. In relevant part, sect. 202(a)(1) provides that EPA “shall by regulation prescribe standards applicable to the emission of any air pollutant from any class or classes of new motor vehicles or new motor vehicle engines, which in the Administrator’s judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare”. Because EPA believes that Congress did not intend it to regulate substances that contribute to climate change, the agency maintains that carbon dioxide is not an “air pollutant” within the meaning of the provision.

The statutory text forecloses EPA’s reading. The Clean Air Act’s sweeping definition of “air pollutant” includes “any air pollution agent or combination of such agents, including any physical, chemical substance or matter which is emitted into or otherwise enters the ambient air”. On its face, the definition embraces

all airborne compounds of whatever stripe, and underscores that intent through the repeated use of the word “any”. Carbon dioxide, methane, nitrous oxide, and hydrofluorocarbons are without a doubt “physical and chemical substances which are emitted into the ambient air”. The statute is unambiguous.

Rather than relying on statutory text, EPA invokes postenactment congressional actions and deliberations it views as tantamount to a congressional command to refrain from regulating greenhouse gas emissions. Even if such postenactment legislative history could shed light on the meaning of an otherwise-unambiguous statute, EPA never identifies any action remotely suggesting that Congress meant to curtail its power to treat greenhouse gases as air pollutants. That subsequent Congresses have eschewed enacting binding emissions limitations to combat global warming tells us nothing about what Congress meant when it amended sect. 202(a)(1) in 1970 and 1977. And unlike EPA, we have no difficulty reconciling Congress’ various efforts to promote interagency collaboration and research to better understand climate change with the agency’s pre-existing mandate to regulate “any air pollutant” that may endanger the public welfare. Collaboration and research do not conflict with any thoughtful regulatory effort; they complement it...

EPA finally argues that it cannot regulate carbon dioxide emissions from motor vehicles because doing so would require it to tighten mileage standards, a job (according to EPA) that Congress has assigned to Department of Transport (DOT). But that DOT sets mileage standards in no way licenses EPA to shirk its environmental responsibilities. EPA has been charged with protecting the public’s “health” and “welfare”, 42 U.S.C. sect. 7521(a)(1), a statutory obligation wholly independent of DOT’s mandate to promote energy efficiency. The two obligations may overlap, but there is no reason to think the two agencies cannot both administer their obligations and yet avoid inconsistency.

While the Congresses that drafted sect. 202(a)(1) might not have appreciated the possibility that burning fossil fuels could lead to global warming, they did understand that without regulatory flexibility, changing circumstances and scientific developments would soon render the Clean Air Act obsolete. The broad language of sect. 202(a)(1) reflects an intentional effort to confer the flexibility necessary to forestall such obsolescence...

The alternative basis for EPA’s decision – that even if it does have statutory authority to regulate greenhouse gases, it would be unwise to do so at this time – rests on reasoning divorced from the statutory text. While the statute does condition the exercise of EPA’s authority on its formation of a “judgment”, 42 U.S.C. sect. 7521(a)(1), that judgment must relate to whether an air pollutant “causes, or contributes to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare”. Put another way, the use of the word “judgment” is not a roving license to ignore the statutory text. It is but a direction to exercise discretion within defined statutory limits.

If EPA makes a finding of endangerment, the Clean Air Act requires the agency to regulate emissions of the deleterious pollutant from new motor vehicles... EPA no doubt has significant latitude as to the manner, timing, content, and coordination of its regulations with those of other agencies. But once EPA has

responded to a petition for rulemaking, its reasons for action or inaction must conform to the authorizing statute. Under the clear terms of the Clean Air Act, EPA can avoid taking further action only if it determines that greenhouse gases do not contribute to climate change or if it provides some reasonable explanation as to why it cannot or will not exercise its discretion to determine whether they do. To the extent that this constrains agency discretion to pursue other priorities of the Administrator or the President, this is the congressional design. EPA has refused to comply with this clear statutory command. Instead, it has offered a laundry list of reasons not to regulate...

Although we have neither the expertise nor the authority to evaluate these policy judgments, it is evident they have nothing to do with whether greenhouse gas emissions contribute to climate change. Still less do they amount to a reasoned justification for declining to form a scientific judgment. In particular, while the President has broad authority in foreign affairs, that authority does not extend to the refusal to execute domestic laws. In the Global Climate Protection Act of 1987, Congress authorized the State Department – not EPA – to formulate United States foreign policy with reference to environmental matters relating to climate. EPA has made no showing that it issued the ruling in question here after consultation with the State Department. Congress did direct EPA to consult with other agencies in the formulation of its policies and rules, but the State Department is absent from that list.

Nor can EPA avoid its statutory obligation by noting the uncertainty surrounding various features of climate change and concluding that it would therefore be better not to regulate at this time. If the scientific uncertainty is so profound that it precludes EPA from making a reasoned judgment as to whether greenhouse gases contribute to global warming, EPA must say so... The statutory question is whether sufficient information exists to make an endangerment finding.

In short, EPA has offered no reasoned explanation for its refusal to decide whether greenhouse gases cause or contribute to climate change. Its action was therefore “arbitrary, capricious, or otherwise not in accordance with law”. We need not and do not reach the question whether on remand EPA must make an endangerment finding, or whether policy concerns can inform EPA’s actions in the event that it makes such a finding...

3. *AEP v. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011)

Justice Ginsburg delivered the opinion of the Court.

We address in this opinion the question whether the plaintiffs (several States, the city of New York, and three private land trusts) can maintain federal common law public nuisance claims against carbon-dioxide emitters (four private power companies and the federal Tennessee Valley Authority). As relief, the plaintiffs ask for a decree setting carbon-dioxide emissions for each defendant at an initial cap, to be further reduced annually. The Clean Air Act and the Environmental Protection Agency action the Act authorizes, we hold, displace

the claims the plaintiffs seek to pursue.

In *Massachusetts v. EPA*, this Court held that the Clean Air Act authorizes federal regulation of emissions of carbon dioxide and other greenhouse gases. “Naturally present in the atmosphere and also emitted by human activities”, greenhouse gases are so named because they “trap heat that would otherwise escape from the Earth’s atmosphere, and thus form the greenhouse effect that helps keep the Earth warm enough for life”. *Massachusetts* held that the Environmental Protection Agency (EPA) had misread the Clean Air Act when it denied a rulemaking petition seeking controls on greenhouse gas emissions from new motor vehicles. Greenhouse gases, we determined, qualify as “air pollutants” within the meaning of the governing Clean Air Act provision; they are therefore within EPA’s regulatory ken. Because EPA had authority to set greenhouse gas emission standards and had offered no “reasoned explanation” for failing to do so, we concluded that the agency had not acted “in accordance with law” when it denied the requested rulemaking.

Responding to our decision in *Massachusetts*, EPA undertook greenhouse gas regulation. In December 2009, the agency concluded that greenhouse gas emissions from motor vehicles “cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare”, the Act’s regulatory trigger... EPA and the Department of Transportation subsequently issued a joint final rule regulating emissions from light-duty vehicles and initiated a joint rulemaking covering medium- and heavy-duty vehicles...

The lawsuits we consider here began well before EPA initiated the efforts to regulate greenhouse gases just described. In July 2004, two groups of plaintiffs filed separate complaints in the Southern District of New York against the same five major electric power companies. The first group of plaintiffs included eight States and New York City, the second joined three nonprofit land trusts; both groups are respondents here. The defendants, now petitioners, are four private companies and the Tennessee Valley Authority, a federally owned corporation that operates fossil-fuel fired power plants in several States. According to the complaints, the defendants “are the five largest emitters of carbon dioxide in the United States”. Their collective annual emissions of 650 million tons constitute 25 percent of emissions from the domestic electric power sector, 10 percent of emissions from all domestic human activities, and 2.5 percent of all anthropogenic emissions worldwide.

By contributing to global warming, the plaintiffs asserted, the defendants’ carbon-dioxide emissions created a “substantial and unreasonable interference with public rights”, in violation of the federal common law of interstate nuisance, or, in the alternative, of state tort law. The States and New York City alleged that public lands, infrastructure, and health were at risk from climate change. The trusts urged that climate change would destroy habitats for animals and rare species of trees and plants on land the trusts owned and conserved. All plaintiffs sought injunctive relief requiring each defendant “to cap its carbon dioxide emissions and then reduce them by a specified percentage each year for at least a decade”.

The District Court dismissed both suits as presenting non-justiciable political questions, but the Second Circuit reversed. On the threshold questions, the

Court of Appeals held that the suits were not barred by the political question doctrine, and that the plaintiffs had adequately alleged Article 3 standing...

The petitioners contend that the federal courts lack authority to adjudicate this case...

Recognition that a subject is meet for federal law governance, however, does not necessarily mean that federal courts should create the controlling law. Absent a demonstrated need for a federal rule of decision, the Court has taken "the prudent course" of "adopting the readymade body of state law as the federal rule of decision until Congress strikes a different accommodation". And where, as here, borrowing the law of a particular State would be inappropriate, the Court remains mindful that it does not have creative power akin to that vested in Congress.

In the cases on which the plaintiffs heavily rely, States were permitted to sue to challenge activity harmful to their citizens' health and welfare. We have not yet decided whether private citizens (here, the land trusts) or political subdivisions (New York City) of a State may invoke the federal common law of nuisance to abate out-of-state pollution. Nor have we ever held that a State may sue to abate any and all manner of pollution originating outside its borders.

The defendants argue that considerations of scale and complexity distinguish global warming from the more bounded pollution giving rise to past federal nuisance suits. Greenhouse gases once emitted "become well mixed in the atmosphere"; emissions in New Jersey may contribute no more to flooding in New York than emissions in China. The plaintiffs, on the other hand, contend that an equitable remedy against the largest emitters of carbon dioxide in the United States is in order and not beyond judicial competence. And we have recognized that public nuisance law, like common law generally, adapts to changing scientific and factual circumstances. We need not address the parties' dispute in this regard. For it is an academic question whether, in the absence of the Clean Air Act and the EPA actions the Act authorizes, the plaintiffs could state a federal common law claim for curtailment of greenhouse gas emissions because of their contribution to global warming. Any such claim would be displaced by the federal legislation authorizing EPA to regulate carbon-dioxide emissions...

When Congress addresses a question previously governed by a decision rested on federal common law", the Court has explained, "the need for such an unusual exercise of law-making by federal courts disappears". Legislative displacement of federal common law does not require the "same sort of evidence of a clear and manifest congressional purpose" demanded for preemption of state law...

We hold that the Clean Air Act and the EPA actions it authorizes displace any federal common law right to seek abatement of carbon-dioxide emissions from fossil-fuel fired power plants. *Massachusetts* made plain that emissions of carbon dioxide qualify as air pollution subject to regulation... And we think it equally plain that the Act "speaks directly" to emissions of carbon dioxide from the defendants' plants...

4. West Virginia v. EPA, 597 U.S. 697 (2022)

Chief Justice Roberts delivered the opinion of the Court.

The Clean Air Act authorizes the Environmental Protection Agency to regulate power plants by setting a “standard of performance” for their emission of certain pollutants into the air...

That standard may be different for new and existing plants, but in each case it must reflect the “best system of emission reduction” that the Agency has determined to be “adequately demonstrated” for the particular category. Since passage of the Act 50 years ago, EPA has exercised this authority by setting performance standards based on measures that would reduce pollution by causing plants to operate more cleanly.

In 2015, however, EPA issued a new rule concluding that the “best system of emission reduction” for existing coal-fired power plants included a requirement that such facilities reduce their own production of electricity, or subsidize increased generation by natural gas, wind, or solar sources.

The question before us is whether this broader conception of EPA’s authority is within the power granted to it by the Clean Air Act...

The issue here is whether restructuring the Nation’s overall mix of electricity generation, to transition from 38% coal to 27% coal by 2030, can be the “best system of emission reduction” within the meaning of sect. 111. “It is a fundamental canon of statutory construction that the words of a statute must be read in their context and with a view to their place in the overall statutory scheme”... Where the statute at issue is one that confers authority upon an administrative agency, that inquiry must be “shaped, at least in some measure, by the nature of the question presented” – whether Congress in fact meant to confer the power the agency has asserted... In the ordinary case, that context has no great effect on the appropriate analysis. Nonetheless, our precedent teaches that there are “extraordinary cases” that call for a different approach – cases in which the “history and the breadth of the authority that the agency has asserted”, and the “economic and political significance” of that assertion, provide a “reason to hesitate before concluding that Congress” meant to confer such authority...

Such cases have arisen from all corners of the administrative state...

And yet, in each case, given the various circumstances, “common sense as to the manner in which Congress would have been likely to delegate” such power to the agency at issue ... made it very unlikely that Congress had actually done so. Extraordinary grants of regulatory authority are rarely accomplished through “modest words”, “vague terms”, or “subtle devices”...

Thus, in certain extraordinary cases, both separation of powers principles and a practical understanding of legislative intent make us “reluctant to read into ambiguous statutory text” the delegation claimed to be lurking there... To convince us otherwise, something more than a merely plausible textual basis for the agency action is necessary. The agency instead must point to “clear congressional authorization” for the power it claims...

Under our precedents, this is a major questions case. In arguing that sect. 111(d)

empowers it to substantially restructure the American energy market, EPA “claimed to discover in a long-extant statute an unheralded power” representing a “transformative expansion in its regulatory authority”.

It located that newfound power in the vague language of an “ancillary provision” of the Act, one that was designed to function as a gap filler and had rarely been used in the preceding decades. And the Agency’s discovery allowed it to adopt a regulatory program that Congress had conspicuously and repeatedly declined to enact itself... Given these circumstances, there is every reason to “hesitate before concluding that Congress” meant to confer on EPA the authority it claims under sect. 111(d)...

Prior to 2015, EPA had always set emissions limits under sect. 111 based on the application of measures that would reduce pollution by causing the regulated source to operate more cleanly... It had never devised a cap by looking to a “system” that would reduce pollution simply by “shifting” polluting activity “from dirtier to cleaner sources”... And as Justice Frankfurter has noted, “just as established practice may shed light on the extent of power conveyed by general statutory language, so the want of assertion of power by those who presumably would be alert to exercise it, is equally significant in determining whether such power was actually conferred”...

Indeed, EPA nodded to this history in the Clean Power Plan itself, describing the sort of “systems of emission reduction” it had always before selected – “efficiency improvements, fuel-switching”, and “add-on controls” – as “more traditional air pollution control measures”...

But, the Agency explained, in order to “control CO₂ from affected plants at levels necessary to mitigate the dangers presented by climate change”, it could not base the emissions limit on “measures that improve efficiency at the power plants”... Instead, to attain the necessary “critical CO₂ reductions”, EPA adopted what it called a “broader, forward-thinking approach to the design” of sect. 111 regulations... Rather than focus on improving the performance of individual sources, it would “improve the *overall power system* by lowering the carbon intensity of power generation”... And it would do that by forcing a shift throughout the power grid from one type of energy source to another. In the words of the then-EPA Administrator, the rule was “not about pollution control” so much as it was “an investment opportunity” for States, especially “investments in renewables and clean energy”...

This view of EPA’s authority was not only unprecedented; it also effected a “fundamental revision of the statute, changing it from one sort of scheme of regulation” into an entirely different kind... Under the Agency’s prior view of sect. 111, its role was limited to ensuring the efficient pollution performance of each individual regulated source. Under that paradigm, if a source was already operating at that level, there was nothing more for EPA to do. Under its newly “discovered” authority, ... however, EPA can demand much greater reductions in emissions based on a very different kind of policy judgment: that it would be “best” if coal made up a much smaller share of national electricity generation. And on this view of EPA’s authority, it could go further, perhaps forcing coal plants to “shift” away virtually all of their generation – *i.e.*, to cease making power altogether.

The Government attempts to downplay the magnitude of this “unprecedented power over American industry” ...

But this argument does not so much *limit* the breadth of the Government’s claimed authority as *reveal* it. On EPA’s view of sect. 111(d), Congress implicitly tasked it, and it alone, with balancing the many vital considerations of national policy implicated in deciding how Americans will get their energy. EPA decides, for instance, how much of a switch from coal to natural gas is practically feasible by 2020, 2025, and 2030 before the grid collapses, and how high energy prices can go as a result before they become unreasonably “exorbitant” ...

We also find it “highly unlikely that Congress would leave” to “agency discretion” the decision of how much coal-based generation there should be over the coming decades...

Finally, we cannot ignore that the regulatory writ EPA newly uncovered conveniently enabled it to enact a program that, long after the dangers posed by greenhouse gas emissions “had become well known, Congress considered and rejected” multiple times...

At bottom, the Clean Power Plan essentially adopted a cap-and-trade scheme, or set of state cap-and-trade schemes, for carbon... Congress, however, has consistently rejected proposals to amend the Clean Air Act to create such a program... It has also declined to enact similar measures, such as a carbon tax” ... The importance of the issue”, along with the fact that the same basic scheme EPA adopted “has been the subject of an earnest and profound debate across the country, makes the oblique form of the claimed delegation all the more suspect” ...

Given these circumstances ... the Government must – under the major questions doctrine – point to “clear congressional authorization” to regulate in that manner...

All the Government can offer, however, is the Agency’s authority to establish emissions caps at a level reflecting “the application of the best system of emission reduction adequately demonstrated” ...

We have no occasion to decide whether the statutory phrase “system of emission reduction” refers *exclusively* to measures that improve the pollution performance of individual sources, such that all other actions are ineligible to qualify as the BSER. To be sure, it is pertinent to our analysis that EPA has acted consistent with such a limitation for the first four decades of the statute’s existence. But the only interpretive question before us, and the only one we answer, is more narrow: whether the “best system of emission reduction” identified by EPA in the Clean Power Plan was within the authority granted to the Agency in sect. 111(d) of the Clean Air Act. For the reasons given, the answer is no...

Capping carbon dioxide emissions at a level that will force a nationwide transition away from the use of coal to generate electricity may be a sensible “solution to the crisis of the day”. But it is not plausible that Congress gave EPA the authority to adopt on its own such a regulatory scheme in sect. 111(d). A decision of such magnitude and consequence rests with Congress itself, or an agency acting pursuant to a clear delegation from that representative body...

Capitolo decimo

L'accesso alla giustizia civile

1. Le garanzie costituzionali in tema di accesso alla giustizia

Le pagine che seguono sono dedicate all'approfondimento di alcune questioni relative al tema dell'accesso alla giustizia civile negli Stati Uniti, alla luce delle pronunce della Corte suprema. Si intende osservare, nello specifico, l'approccio adottato dalla Corte in materia di spese processuali, compenso degli avvocati, azione di classe e arbitrato: questioni che incidono in modo diretto e concreto sulla possibilità, per i singoli e per i gruppi, di far valere i propri diritti attraverso i canali della giurisdizione.

Prima di affrontare le singole questioni è opportuno però dare conto delle coordinate offerte dalla Costituzione statunitense sul tema. Infatti, anche se il dettato costituzionale non menziona espressamente la garanzia di un accesso egualitario ed effettivo alla giustizia – intesa nello specifico come sistema di istituzioni e strumenti grazie ai quali gli individui possono rivendicare i diritti e risolvere le controversie – esso contempla numerosi riferimenti utili a ricostruire quella garanzia attraverso una lettura sistematica.

In primo luogo, occorre richiamare l'art. 3 della Costituzione, che istituisce il potere giudiziario federale e stabilisce che esso sia attribuito a una Corte suprema degli Stati Uniti e alle corti inferiori che il Congresso può creare per legge (Cap. 1 par. 1). La previsione indica dunque quali sono i principali canali di riferimento per la tutela dei diritti, e inoltre risponde all'esigenza di affidare a un sistema unitario l'interpretazione e l'applicazione del diritto federale ordinario e costituzionale. Pur non affermando un diritto all'azione giudiziaria in senso stretto, l'art. 3 svolge così una funzione decisiva nel delineare l'archi-

tettura attraverso la quale si realizza l'accesso alla giustizia, e di conseguenza opera come garanzia basilare su cui si innestano le ulteriori garanzie procedurali e sostanziali.

A ciò si aggiunge quanto previsto dal 1. emendamento, che nel riconoscere il diritto di petizione nei confronti del governo per la riparazione delle ingiustizie (*petition the Government for a redress of grievances*) protegge la possibilità di adire le autorità pubbliche per far valere le istanze di ciascuno. Dalla disposizione si ricava pacificamente anche il diritto di accesso alle corti come strumento essenziale per la tutela dei diritti e più in generale come opzione di interlocuzione tra il cittadino e lo Stato federale¹.

Fondamentale è poi il ruolo del 5. emendamento, che rappresenta uno dei cardini della tutela dei diritti individuali nei confronti del potere pubblico federale e afferma per la prima volta il principio del giusto processo (*due process of law*). Quest'ultimo stabilisce che nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà senza un procedimento coerente con la legge, il che conferma implicitamente la garanzia costituzionale della disponibilità di un sistema giudiziario razionale ed effettivo. Accanto a questa clausola, il 5. emendamento introduce ulteriori garanzie volte a prevenire abusi, in particolare nell'applicazione della legge penale, tra cui il divieto di essere giudicati due volte per il medesimo fatto (*double jeopardy*) e il diritto a non auto-incriminarsi. A queste si unisce la clausola relativa all'espropriazione (*takings clause*), che fa valere la logica del giusto processo nell'ambito patrimoniale, subordinando l'espropriazione per uso pubblico al riconoscimento di una giusta indennità e alla possibilità di controllo giurisdizionale. Nel loro insieme, dunque, le disposizioni del 5. emendamento tutelano il cittadino e impediscono che l'amministrazione della giustizia federale si traduca in un esercizio arbitrario e sproporzionato dei poteri pubblicistici.

Finalità analoghe a quelle appena menzionate si possono attribuire al 6. emendamento, che è però riferito al solo processo penale e che quindi segna alcune distanze tra questo e i processi civili e amministrativi. L'emendamento assicura all'imputato una serie di garanzie essenziali, tra cui il diritto a una giuria, nei casi più gravi, e a un procedimento rapido e pubblico, per assicurare la trasparenza e la minima invasività dell'azione giudiziaria. Tra i contenuti più rilevanti di

¹ C.R. Andrews, *A Right of Access to Court Under the Petition Clause of the First Amendment: Defining the Right*, in *Ohio State Law Journal*, 60, 1999, p. 557 ss.

quella disposizione vi è poi il diritto di avvalersi dell'assistenza di un avvocato (*right to counsel*), da cui si desume la centralità del principio del contraddittorio e dell'eguaglianza delle armi tra accusa e difesa in ambito penale. Si tratta di garanzie fondamentali per consentire che l'imputato non abbia solo l'opportunità formale di essere giudicato, bensì la possibilità concreta di difendersi nei casi in cui l'intervento punitivo dello Stato raggiunge il suo massimo grado di intensità.

Sul piano della giustizia civile, invece, il 7. emendamento contribuisce a rafforzare le garanzie costituzionali prevedendo il diritto a un processo con giuria nelle controversie sorte su tematiche disciplinate dalla *common law*. Nel processo con giuria, un gruppo di persone comuni appositamente selezionate accerta i fatti oggetto della controversia, affinché il giudice applichi a questi ultimi la regola di diritto pertinente. Il diritto è oggi pacificamente rinunciabile a determinate condizioni, ad esempio per esigenze di celerità, ma nondimeno offre un presidio assai rilevante per l'esperienza statunitense, per diversi ordini di ragioni. Da un lato, si pone in continuità con la tradizione delle colonie e con l'idea ivi radicata secondo cui la tutela dei diritti, in particolare in ambito patrimoniale, deve essere affidata al giudizio dei pari, per controbilanciare le intrusioni del potere pubblico. Dall'altro, il 7. emendamento opera come garanzia di partecipazione contro l'arbitrio e la fallibilità dei giudici, poiché affida l'accertamento dei fatti a un organo rappresentativo della comunità ed evita la discrezionalità esclusiva del potere giudiziario sui profili non strettamente giuridici della controversia. In tal senso, la giuria civile viene concepita non solo come meccanismo di efficienza processuale, ma anche come presidio democratico, coerente con la storica diffidenza statunitense nei confronti dei poteri centralizzati e isolati².

Il 14. emendamento, infine, completa e consolida la costruzione costituzionale dell'accesso alla giustizia nell'ordinamento statunitense. Si consideri innanzitutto la *due process clause* ivi riportata, che rispecchia l'omonima clausola già inserita nel 5. emendamento come vincolo ai poteri federali. Affermando che nessuno Stato può privare le persone della vita, della libertà o della proprietà senza un procedimento coerente con la legge, il 14. emendamento impone che anche entro gli ordinamenti statali l'esercizio del potere pubblico avvenga

² Cfr. S. Landsman, *The Civil Jury in America*, in *Law and Contemporary Problems*, 62, 1999, p. 285 ss.

secondo procedure idonee e non arbitrarie. Come si ricorderà, inoltre, il 14. emendamento prevede altresì la *equal protection clause*, in forza della quale gli Stati devono assicurare l'eguale protezione delle leggi a chiunque si trovi sotto la loro giurisdizione. La disposizione nasce nel contesto storico del superamento della schiavitù e della tutela dei diritti civili della popolazione afroamericana, e opera tuttora come strumento di garanzia della parità di trattamento poiché impone che anche l'accesso alla giustizia non sia limitato in base a fattori quali la condizione economica o i connotati etnico-razziali (Cap. 3).

Il quadro delineato dai riferimenti appena menzionati fa sì che la garanzia di un accesso effettivo ed egualitario alla giustizia, pur non affermata in via esplicita e autonoma, possa comunque ricavarci come principio costituzionale implicito, tale da essere idoneo a ispirare la giurisprudenza in più ambiti. Tuttavia, quanto si dirà nelle pagine che seguono testimonia come non sia questo l'itinerario percorso dalla Corte suprema nelle sue più recenti decisioni. Piuttosto, il vertice del giudiziario federale si sta sempre più orientando verso proposte di lettura di segno restrittivo delle disposizioni costituzionali indicate; interpretazioni queste che rifuggono dalla possibilità di elaborazioni approfondite e sistematiche del testo della Costituzione.

Prima di giungere agli approdi più rilevanti della giurisprudenza della Corte suprema, conviene però evidenziare alcune specificità che sono insite nei riferimenti costituzionali appena menzionati. Essi vengono elaborati tra il 18. e il 19. secolo, in una fase storica in cui nelle esperienze occidentali si tende a ritenere che il formale riconoscimento di diritti a favore degli individui non implichi un dovere positivo di intervento pubblicistico per rimuovere gli ostacoli al loro esercizio concreto. È solo nel 20. secolo che ci si propone di superare l'approccio basato sulla enunciazione astratta dei diritti e, specie in ambito giurisprudenziale, si elaborano soluzioni volte a promuovere l'effettività delle tutele³.

Gli strumenti processuali non rimangono indenni da simili mutamenti. Esemplificative in merito sono talune decisioni della Corte suprema che riguardano proprio la giustizia civile.

Le pronunce in questione, rimaste per molto tempo sporadiche, conoscono un significativo incremento tra la fine degli anni Sessanta e

³ M. Cappelletti e B.G. Garth, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *Buffalo Law Review*, 27, 1978, p. 181 ss.

l'inizio degli anni Settanta del 20. secolo, quando si registrano le prime aperture nei confronti di alcune delle istanze che accompagnano il movimento per i diritti civili (Cap. 3 par. 5). Non mancano però, nello stesso periodo, posizioni di resistenza rispetto a quelle aperture, a partire dal contesto dell'opinione pubblica e poi, di riflesso, all'interno della Corte, tanto da far parlare di un «ritiro giurisdizionale»⁴ in certe aree e poi di una più netta «contro-rivoluzione»⁵.

2. La parabola giurisprudenziale sulle spese processuali

Il moto che porta dapprima a spiragli di apertura, e dipoi a chiusure più o meno marcate, si registra soprattutto nelle sentenze legate a un profilo peculiare dell'accesso alla giustizia, ossia quello dei costi posti a carico degli interessati.

Il problema del carico economico legato al processo costituisce la prima e forse la più rilevante delle «barriere visibili» rispetto alla garanzia di tutele giuridiche effettive e non meramente formali, su cui si concentrano ricorrentemente gli studi in tema di accesso alla giustizia civile⁶. E nel contesto statunitense quella barriera è ancora più rilevante, poiché l'azione in giudizio si rivela in molti casi il veicolo privilegiato per ottenere tutele di interesse generale: si pensi, ancora una volta, al contenzioso promosso per la desegregazione razziale (Cap. 3) o per le libertà nella sfera sessuale (Cap. 7).

Nonostante l'importanza del problema, le regole adottate circa i costi da sostenere per l'accesso alla giustizia civile non sembrano eliminare il rischio che il carico economico scoraggi le iniziative processuali. Per evidenziare le lacune esistenti e le posizioni sostenute dalla Corte suprema in proposito, in questo paragrafo ci si soffermerà sul tema delle spese processuali (*court costs*), ossia sull'insieme di costi che gravano sulle parti per l'attivazione e lo svolgimento del processo civile, come i costi di deposito o quelli necessari per la presentazione del materiale probatorio essenziale.

⁴ C.T. Dienes, *To Feed the Hungry: Judicial Retrenchment in Welfare Adjudication*, in *California Law Review*, 58, 1970, p. 555 ss.

⁵ R.Y. Funston, *Constitutional Counter-Revolution? The Warren Court and the Burger Court: Judicial Policy Making in Modern America*, Chichester, 1977.

⁶ A. Osti, *Teoria e prassi dell'access to justice*, Milano, 2016, p. 162 ss.

Sul piano della disciplina applicabile, le spese processuali sono tenute distinte dal compenso dell'avvocato (*attorney's fee*), tema al quale si guarderà nel paragrafo successivo. Infatti, il giudice può ordinariamente imporre il rimborso delle spese processuali a carico della parte soccombente all'esito del giudizio, mentre il compenso dell'avvocato può essere posto a carico di quella parte solo in alcuni casi previsti dalla legge o qualora vi sia un precedente accordo tra le parti che disponga in tal senso. In altri termini, per il compenso dell'avvocato non vige la regola della soccombenza, familiare ai sistemi di *civil law*, secondo cui la parte vittoriosa in giudizio viene reintegrata di questa spesa insieme alle altre spese affrontate per ottenere giustizia (*loser pays rule* o *english rule*). Vige al contrario la cosiddetta regola americana (*american rule*), in base alla quale ciascuna parte è tenuta a pagare il compenso del proprio avvocato indipendentemente dall'esito della controversia (par. 3)⁷.

Ma già con riferimento alle spese processuali permangono alcuni ostacoli all'accesso alla giustizia civile. In primo luogo, il recupero dei costi avviene solo al termine del giudizio, sicché le parti sono comunque tenute ad anticipare le spese necessarie per il processo, con un effetto potenzialmente dissuasivo per i soggetti privi di adeguate risorse economiche. In secondo luogo, non tutte le spese legate alla giustizia civile rientrano tra i costi recuperabili: ad esempio, si tende a non rimborsare le spese sostenute per l'acquisizione di mezzi di prova complessi o tecnicamente qualificati. Come si dirà tra breve, la giurisprudenza della Corte suprema affronta soprattutto il secondo dei due problemi e introduce alcune tutele in proposito, ma precisa altresì che le tutele indicate valgono solo in casi circoscritti.

L'impulso alle pronunce che affrontano – in parte – il problema delle spese processuali nella giustizia civile viene dato da un cospicuo numero di casi decisi tra gli anni Cinquanta e Sessanta con riferimento al processo penale. In quegli anni, in materia penale si dichiarano incostituzionali le norme statali che subordinano l'accesso alle impugnazioni al pagamento di una tassa [*Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956)], si afferma il diritto al gratuito patrocinio per i meno abbienti [*Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)] e che l'indagato deve essere informato dei propri diritti costituzionali prima di un interrogatorio: in particolare il diritto a rimanere in silenzio e il diritto ad avere un avvocato (*Miranda warnings*)

⁷ J. Leubsdorf, *Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery*, in *Law and Contemporary Problems*, 47, 1984, p. 9 ss.

[*Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966)]. Questa giurisprudenza è ispirata principalmente dal 6. emendamento, che riguarda le garanzie in materia penale, ma si lega altresì alle clausole costituzionali del *due process* (5. e 14. emendamento) e della *equal protection* (14. emendamento). Le sentenze indicate trovano in quelle disposizioni la garanzia materiale di un accesso effettivo alla giustizia e di un eguale esercizio dei diritti, che dovrebbe prescindere dalla conoscenza di questi ultimi e, in ultima analisi, dalla capacità economica della persona coinvolta⁸.

Nel 1971 la riflessione sviluppata in materia penale lambisce anche il processo civile in un caso che riguarda l'obbligo di pagare anticipatamente una spesa di deposito, non rimborsabile, per avviare un procedimento di divorzio dinnanzi al giudice competente. La sentenza della Corte suprema che riconosce questa estensione è *Boddie v. Connecticut* [401 U.S. 371 (1971) – Materiali 2], che ha origine dalle doglianze di alcune donne indigenti alle quali viene negata la possibilità di promuovere l'azione di divorzio perché non possiedono risorse sufficienti ad affrontare le spese di deposito previste dalla legge statale. Poiché il procedimento di divorzio costituisce l'unica via per modificare lo status matrimoniale, la Corte ritiene che la preclusione configuri una violazione della *due process clause* del 14. emendamento. Nello specifico, l'opinione di maggioranza rileva che i costi imposti dallo Stato negano ai cittadini più poveri l'accesso a un procedimento che incide su un interesse ritenuto di fondamentale importanza. Tuttavia, la decisione esclude in termini espliciti ogni interpretazione più generale secondo cui la condizione personale non dovrebbe costituire un ostacolo assoluto all'esercizio dei diritti in sede processuale, ed eventuali preclusioni economiche dovrebbero essere rimosse. Anzi, la portata della decisione viene confinata alle sole relazioni familiari, e dunque quanto affermato in *Boddie* non opera come inizio, bensì come limite ultimo della fase espansiva della giurisprudenza della Corte in materia di accesso alla giustizia.

Anche le decisioni successive abbracciano la logica di quella sentenza, e limitano le aperture in materia di costi alle sole controversie che incidono sulle relazioni familiari. Nel 1973 due decisioni emblematiche – *United States v. Kras* [409 U.S. 434 (1973)] e *Ortwein v. Schwab* [410 U.S. 656 (1973)] – confermano la lettura restrittiva della garanzia di accesso concreto alla giustizia stabilendo che, se il contenzioso

⁸ Cfr. A. Kenneth Pye, *The Warren Court and Criminal Procedure*, in *Michigan Law Review*, 67, 1968, p. 249 ss.

riguarda questioni patrimoniali, sono salve le norme degli Stati che fissano spese di deposito per l'avvio di procedure di insolvenza personale, o prevedono costi di registrazione per impugnare le decisioni amministrative di riduzione dei sussidi per gli indigenti. In queste decisioni la Corte esclude che la Costituzione richieda un accesso gratuito o facilitato alla giustizia civile, salvo eccezioni circoscritte come quelle delle relazioni familiari, e di conseguenza applica lo standard di ragionevolezza meno elevato (*rational basis*) per valutare la legittimità delle leggi statali che impongono i costi⁹.

Una marginale riapertura si manifesta con la decisione *Little v. Streater* [452 U.S. 1 (1981)]. In questo caso la Corte suprema è chiamata a valutare la legittimità di una disposizione statale che richiede al convenuto in azioni per l'accertamento della paternità di sostenere in proprio le spese per gli esami ematologici, pena l'impossibilità di provare la propria estraneità in giudizio e dunque la soccombenza certa. La Corte accoglie all'unanimità la tesi del convenuto impossibilitato a sostenere la spesa: afferma che il rifiuto da parte dello Stato di coprire quel costo costituisce una violazione della *due process clause* del 14. emendamento, e con ciò riaccende le speranze di un impegno verso l'eliminazione delle barriere economiche nella giustizia civile¹⁰.

Ciò nonostante, nello stesso giorno viene resa la decisione sul caso *Lassiter v. Department of Social Services* [452 U.S. 18 (1981) – Materiali 3], in cui si nega che la *due process clause* garantisca il diritto alla nomina di un difensore a spese dello Stato nell'ambito della giustizia civile: quella possibilità rimane confinata a quanto previsto dal 6. emendamento, che garantisce il diritto a farsi assistere da un avvocato unicamente in materia penale.

Il caso *Lassiter* riguarda un procedimento volto alla dichiarazione di decadenza dalla potestà genitoriale di una madre indigente già condannata per omicidio, celebrato senza che alla donna sia garantita l'assistenza di un avvocato. Nel valutare il ricorso proposto dall'interessata, la Corte osserva che la Costituzione non riconosce espressamente il diritto a farsi assistere da un avvocato in ambito civile, e dunque afferma che la nomina di un difensore a spese dello Stato può essere

⁹ F.I. Michelman, *The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Rights – Part I*, in *Duke Law Journal*, 6, 1973, p. 1153.

¹⁰ B. Hollingsworth, *Constitutional Law – An Indigent's Right to a Blood Test in a Paternity Suit*, in *Campbell Law Review*, 4, 1981, p. 177 s.

disposta solo in via discrezionale, sulla base di un bilanciamento tra l'interesse dell'individuo e l'interesse pubblico coinvolto, tenuto conto della complessità del caso.

Il criterio selettivo che emerge dalla giurisprudenza della Corte tra gli anni Settanta e Ottanta può allora essere riassunto come segue: solo nei procedimenti che incidono su diritti personali e familiari, come la libertà personale per i procedimenti penali o il matrimonio e la filiazione in ambito civile, e con certi limiti anche in queste ultime situazioni, la condizione economica dell'individuo può assumere rilievo ai fini della garanzia costituzionale del *due process*. In tutti gli altri casi vale invece la regola secondo cui le spese processuali possono essere poste a carico dell'interessato e non occorre introdurre tutele più incisive.

La limitazione nella sola sfera delle relazioni familiari non viene intaccata neppure negli anni successivi al caso *Lassiter*. In un caso assai noto [*M.L.B. v. S.L.J.*, 519 U.S. 102 (1996)], la Corte suprema riconosce una violazione del 14. emendamento nei confronti di una madre che, impossibilitata a pagare una somma particolarmente elevata a titolo di spese di trascrizione, non può impugnare la decisione che la priva della potestà genitoriale. E da ultimo, nel caso *Turner v. Rogers* [564 U.S. 431 (2011)], la Corte vieta l'incarcerazione per mancato pagamento degli obblighi alimentari familiari se l'inadempiente è una persona indigente che non ha accesso all'assistenza di un avvocato e non ha a disposizione procedure alternative. In quest'ultima decisione, i giudici tengono però a ribadire che quanto affermato non implica un diritto costituzionale al patrocinio gratuito in tutti gli ambiti della giustizia civile, bensì certifica la validità di un approccio caso per caso alquanto scivoloso.

La Corte suprema non afferma, dunque, che il dettato costituzionale impone di adottare una disciplina delle spese processuali legate alla giustizia civile non pregiudizievole per gli indigenti. L'approccio adottato determina così un effetto escludente verso i soggetti in condizioni di vulnerabilità economica nei casi in cui questi ultimi desiderano agire in giudizio per tutelare interessi di natura patrimoniale. In altri termini, coloro che hanno meno risorse si trovano anche, paradossalmente, a essere ostacolati nel momento in cui intendono far valere pretese rilevanti per la propria sussistenza materiale.

La scelta di introdurre forme di sostegno in proposito viene affidata, di conseguenza, ai legislatori statali o alle iniziative caritatevoli: opera-

tori che non sono tenuti a intervenire in virtù di garanzie giuridicamente esigibili e che dunque offrono soluzioni instabili e non uniformi¹¹.

3. Il compenso dell'avvocato

Il discorso sull'accesso alla giustizia negli Stati Uniti, e in particolare sul profilo dei suoi costi, non può che proseguire con alcune considerazioni circa le regole che disciplinano i compensi degli avvocati, anch'esse sottoposte più volte all'attenzione della Corte suprema.

La tematica dei compensi degli avvocati è di tutto rilievo se si considera, in primo luogo, che nel contesto della giustizia civile il patrocinio gratuito a favore degli indigenti non è considerato come diritto di rilievo costituzionale, diversamente da quanto avviene nella giustizia penale in virtù del 6. emendamento. Inoltre, in base alla *american rule* menzionata poc'anzi, in via di principio il compenso dell'avvocato non viene rimborsato alla parte che risulta vincitrice all'esito del giudizio. Salvo alcune eccezioni, di cui si dirà tra breve, l'opportunità di agire in giudizio deve pertanto essere valutata tenendo in considerazione la scarsa probabilità di recuperare i costi sostenuti per retribuire il professionista.

E le barriere dovute al costo dell'assistenza legale hanno anche conseguenze di rilievo generale, tenuto conto che l'ordinamento statunitense in quanto ordinamento di *common law* attribuisce all'attività dell'avvocato una funzione essenziale per l'affermazione dei diritti¹². Superata la teoria dichiarativa secondo cui il giudice si limita a scoprire una regola già esistente, fissa e immutabile, negli ordinamenti di *common law* è infatti ormai pacifico che l'attività giurisdizionale contribuisce in modo diretto alla formazione della regola di diritto. Gli avvocati assumono quindi un ruolo centrale poiché, attraverso l'elaborazione delle argomentazioni giuridiche, la selezione dei casi e l'utilizzo o la distinzione dei precedenti, partecipano attivamente all'attività creatrice dei giudici e contribuiscono ampiamente alle trasformazioni del discorso giuridico. Ne consegue, evidentemente, che le difficoltà del singolo individuo nell'ottenere un'assistenza qualificata, specie per ragioni economiche, rischiano di tradursi in una più profonda limita-

¹¹ J. Pollock, *The Case Against Case-By-Case: Courts Identifying Categorical Rights to Counsel in Basic Human Needs Civil Cases*, in *Duke Law Review*, 61, 2013, p. 763 ss.

¹² G.C. Hazard e M. Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, p. 101 ss. e p. 120 ss.

zione della sua partecipazione – o più in generale della partecipazione dei meno abbienti – alla costruzione del diritto.

Poste queste brevi premesse, è più agevole comprendere l'importanza delle regole che riguardano la determinazione dei compensi professionali.

Tra di esse si annovera, in primo luogo, il principio generale derivato dalla *common law* secondo cui gli onorari vengono concordati tra il professionista e il cliente, oppure decisi dal giudice, secondo il valore ragionevole dei servizi prestati (*reasonable value*). Si tratta evidentemente di un'indicazione di massima, che però riconosce il potere di decisione in via equitativa da parte delle corti accanto all'autonomia delle parti. I contenuti del principio vengono poi precisati attraverso le regole deontologiche adottate nei singoli Stati e le ulteriori delucidazioni fornite dalla giurisprudenza. Entrambe offrono spunti utili a scalfire le barriere economiche che precludono l'accesso alla giustizia.

Quanto alle regole deontologiche, esse sono adottate dai singoli ordinamenti statali riprendendo in larga parte – o recependo del tutto – l'ultimo modello di regole elaborato dall'*American bar association* (Aba), ossia l'associazione nazionale degli avvocati che si occupa principalmente di definire modelli regolamentari per ispirare e uniformare la disciplina dell'attività forense a livello nazionale. Si tratta delle Regole modello di condotta professionale (*Model rules of professional conduct*), nella versione del 1983 più volte modificata, che vietano accordi manifestamente eccessivi, impongono l'obbligo di informare il cliente sulle modalità di calcolo del compenso e indicano alcuni parametri per la determinazione del compenso. Tra i parametri, la regola 1.5 [Materiali 1] annovera in primo luogo il tempo impiegato, ma considera anche la complessità e il valore della controversia, l'esperienza e la reputazione dell'avvocato, la natura e la durata del rapporto con il cliente e il modo di determinazione dell'importo¹³.

A proposito dell'ultimo parametro indicato, è utile precisare che la determinazione dell'importo può essere fissa e prescindere dall'esito dell'attività professionale, ad esempio in caso di prestazioni professionali standardizzate o prevedibili (*fixed fee*). Può essere inoltre ancorata al buon esito dell'attività, quando l'avvocato si impegna a realizzare un risultato da cui dipende il *quantum* – e talvolta anche l'*an* – del pagamento (*contingency fee*).

¹³ Cfr. W.G. Ross, *The Ethics of Hourly Billing by Attorneys*, in *Rutgers Law Review*, 44, 1991, p. 1 ss.

L'accordo con cui si parametra il compenso professionale al risultato conseguito (*contingency fee agreement*) è l'equivalente statunitense del patto di quota lite europeo, ossia un accordo tra cliente e avvocato in forza del quale il compenso di quest'ultimo dipende, in tutto o in parte, dal risultato favorevole conseguito grazie all'attività svolta, ad esempio perché si riconosce al professionista una percentuale della somma ottenuta o una parte del valore del bene oggetto di giudizio. Si tratta di accordi molto diffusi nell'ordinamento statunitense, mentre sono tendenzialmente vietati in area europea, dove se ne critica l'impatto negativo sul decoro e sull'indipendenza della professione forense. Negli Stati Uniti vi si fa ricorso per lo più nei casi concernenti le azioni risarcitorie, con l'esito di spostare il rischio sull'avvocato, che viene remunerato solo in caso di successo, e di consentire a chi è privo di risorse di intraprendere cause riparatorie altrimenti inaccessibili.

Tuttavia, diversi Stati prevedono dei limiti all'operatività di questo tipo di accordi – percentuali massime, obblighi di approvazione del giudice, applicabilità solo a certi tipi di causa – molti dei quali introdotti a partire dagli anni Settanta in risposta all'esplosione del contenzioso sulla responsabilità in ambito sanitario e al conseguente aumento dei costi delle assicurazioni per i professionisti sanitari. A partire da quelle vicende, si prova infatti a limitare la possibilità per gli avvocati di parametrare il proprio compenso sui risarcimenti ottenuti, non solo per evitare parcelle spropositate, ma anche per ridimensionare l'interesse dei professionisti a promuovere il contenzioso¹⁴.

Ad ogni modo, come confermato dalla Corte suprema [*Gisbrecht v. Barnhart*, 535 U.S. 789 (2002)], i giudici possono verificare la ragionevolezza dei compensi sia nei casi in cui si determinano importi fissi sia nei casi in cui gli importi sono calcolati in percentuale rispetto ai risultati raggiunti. Per effettuare questo controllo si fa ricorso al metodo di calcolo denominato *lodestar method*, inizialmente delineato dalla Corte d'appello federale del Terzo circuito nel 1973, che consiste nel moltiplicare le ore ragionevolmente lavorate per una tariffa oraria ritenuta appropriata dal giudice, con possibilità di applicare moltiplicatori (positivi o negativi) in base ai fattori di rischio, alla complessità, alla qualità della prestazione e

¹⁴ Cfr. C.L. Dwyer, *An Empirical Examination of the Equal Protection Challenge to Contingency Fee Restrictions in Medical Malpractice Reform Statutes*, in *Duke Law Journal*, 56, 2011, p. 611 ss.

ai risultati conseguiti¹⁵. Ad oggi questo metodo è utilizzato anche dalle parti, con varianti più o meno restrittive, per determinare i compensi in modo tale da prevenire eventuali dispute e rideterminazioni.

Se le regole deontologiche sulla determinazione del compenso degli avvocati non offrono presidi sufficienti per superare le barriere dei costi della giustizia, alcuni correttivi emergono dalle ipotesi, del tutto eccezionali, nelle quali si prevede uno spostamento delle spese sostenute per il difensore in capo alla parte soccombente (*fee-shifting*). Infatti, come indicato dalla Corte suprema nella sentenza *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society* [421 U.S. 240 (1975)], il principio secondo cui ciascuna parte è tenuta a pagare il proprio difensore a prescindere dall'esito della controversia può essere superato se lo prevede la legge.

Le eccezioni legislative coprono però solo in minima parte il rischio che i costi scoraggino la proposizione di azioni legittime da parte di individui economicamente deboli. Ad esempio, la legge prevede che le spese legali possano essere poste a carico del solo convenuto soccombente nei casi in cui l'attore è un consumatore che invoca le tutele previste a suo favore dalla disciplina del mercato creditizio¹⁶, e altresì nelle azioni per il rispetto dei diritti civili¹⁷, o nelle azioni contro il Governo federale¹⁸. In aggiunta, nel 1991 la Corte suprema fissa il principio secondo cui il compenso dell'avvocato della parte vincitrice può essere eccezionalmente posto a carico della parte soccombente che agisce in mala fede, ossia in modo temerario o vessatorio [*Chambers v. NASCO, Inc.*, 501 U.S. 32 (1991)]. In tutti questi casi, il compito di determinare il compenso dell'avvocato è affidato direttamente al giudice, che solitamente effettua il calcolo applicando il *lodestar method* poc'anzi menzionato.

Nonostante questi utili presidi, l'assenza di una previsione generale che riconosca il patrocinio gratuito per i meno abbienti in materia civile come precipitato del dettato costituzionale rimane un problema centrale, cui si risponde solo parzialmente attraverso misure statali e locali.

Ad esempio, alcune città prevedono il patrocinio gratuito per i meno abbienti negli sfratti (New York City, San Francisco, Cleveland), e alcuni Stati lo offrono in materia di incarcerazione per debiti (Louisiana, New

¹⁵ *Lindy Bros. Builders, Inc. of Philadelphia v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 487 F.2d 161 (3rd Cir. 1973).

¹⁶ Truth in lending Act (1968); Fair debt collection practices Act (1977).

¹⁷ Civil rights attorney's fees awards Act (1976).

¹⁸ Equal access to justice Act (1980).

Hampshire, Vermont, Washington) o in materia di violenza domestica (New York). In alternativa, l'assistenza legale dipende dai servizi di sostegno legale (*legal aid*), ossia servizi di supporto giuridico forniti gratuitamente attraverso consulenze, assistenza nella redazione di atti e, in alcuni casi, rappresentanza legale, per garantire l'accesso alla giustizia a persone che non possono sostenere i costi di un avvocato. Questi servizi sono talvolta forniti dalle cliniche legali, moduli formativi offerti dalle facoltà di giurisprudenza in cui studenti di diritto forniscono assistenza legale gratuita o a basso costo sotto la supervisione di docenti o avvocati¹⁹. In altri casi, i servizi di gratuito patrocinio sono parte delle cosiddette attività *pro bono* degli avvocati professionisti: prestazioni professionali offerte senza compenso o a costi simbolici per ragioni etiche e sociali, a favore di individui, associazioni o cause di interesse pubblico. A queste possibilità si aggiunge anche l'attività di Ong e fondazioni, che finanziano o offrono in proprio programmi di assistenza spesso concentrati su specifici ambiti, come i diritti umani, l'immigrazione, la tutela dei minori e la lotta alle discriminazioni.

Si tratta di iniziative che risultano particolarmente diffuse negli Stati Uniti proprio per via delle lacune descritte a monte, ma la cui disponibilità è inevitabilmente precaria.

4. La delimitazione dell'azione di classe

Oltre a definire i limiti dell'accesso individuale alla giustizia, la giurisprudenza della Corte suprema affronta più volte il tema dell'accesso collettivo, che assume rilievo fondamentale, ad esempio, nei casi in cui le rivendicazioni promosse in giudizio riguardano richieste irrisorie (*small claims*)²⁰ a fronte, tuttavia, di violazioni sistemiche (cosiddetti *mass torts*)²¹. In molti casi, i soli costi per la presentazione di quelle rivendicazioni in forma individuale supererebbero il valore del vantaggio ottenibile, mentre un'istanza collettiva potrebbe redistribuire la spesa.

In situazioni come quella indicata, lo schema processuale di riferimento è quello dell'azione di classe (*class action*) in forza del quale più

¹⁹ M.R. Marella e E. Rigo, *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, p. 537 ss.

²⁰ J.Y. King, *Small Claims Practice in the United States*, in *St. John's Law Review*, 52, 1977, p. 42 ss.

²¹ A.D. Lahav, *Mass Torts Class Action – Past, Present and Future*, in *New York University Law Review*, 92, 2017, p. 998 ss.

individui, denominati membri della classe (*class members*), possono promuovere in un unico giudizio un'istanza comune, attraverso uno o più rappresentanti (*class representative*), e chiedere di conseguenza che gli effetti della decisione si estendano a tutti i componenti della classe²². La trattazione unitaria di una molteplicità di situazioni soggettive distinte ma omogenee permette di ripartire i costi e gli impegni connessi all'instaurazione del processo, nonché di ampliarne e uniformarne gli effetti. Dunque, oltre a possedere vantaggi in termini di economia processuale, l'istituto è altresì utile a garantire l'accesso alla giustizia in via sostanziale e trasversale.

Nell'ordinamento statunitense, la *class action* viene disciplinata dalla regola 23 delle Federal rules of civil procedure (Frcp), introdotta nel 1938 e profondamente riformata nel 1966²³.

La regola 23, come attualmente formulata, individua quattro requisiti cumulativamente necessari per ottenere l'ammissibilità da parte di un giudice (in termini tecnici, la certificazione) di un'azione come di classe: numerosità, comunanza, tipicità e adeguatezza della rappresentanza.

Il requisito della numerosità impone che il numero dei soggetti coinvolti sia tale da rendere impraticabile la riunione di tutte le loro istanze in un unico processo individuale: risponde dunque all'intento di valorizzare la *class action* nel suo ruolo di strumento di economia processuale e al contempo di rimedio alla frammentazione del contenzioso. La comunanza, invece, richiede l'esistenza di questioni di fatto o di diritto comuni a tutti i membri della classe, affinché la controversia presenti un nucleo omogeneo la cui soluzione produca effetti uniformi per l'intero gruppo. Il criterio della tipicità implica che le pretese dei rappresentanti siano espressive anche di quelle dei membri assenti, in modo che la tutela perseguita rifletta gli interessi della classe nel suo complesso e non anche situazioni individuali atipiche o marginali. Infine, la adeguatezza della rappresentanza costituisce il presupposto più rilevante, poiché esige che i rappresentanti e i loro avvocati agiscano con diligenza per l'equa tutela degli interessi della classe, legittimando così l'estensione degli effetti della sentenza finale anche ai membri non presenti in giudizio.

²² G.C. Hazard e M. Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cit., p. 187 ss.

²³ B. Kaplan, *Continuing the Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, in *Harvard Law Review*, 81, 1967, p. 356 ss.

Se sono rispettate queste caratteristiche, la regola 23 consente di esperire tre tipi distinti di azioni collettive.

Nel primo tipo di azione rientrano i casi in cui si intende evitare che più individui promuovano cause identiche o strettamente connesse e giungano a produrre decisioni incompatibili o reciprocamente lesive. Ciò può avvenire, ad esempio, se più soci agiscono contro un amministratore di società per violazione dei doveri fiduciari: se giudici diversi utilizzassero parametri di condotta diversi, l'amministratore sarebbe esposto a obblighi contrastanti. Un altro esempio riguarda le ipotesi in cui si chiedono più risarcimenti ma il patrimonio del danneggiante è limitato, e una decisione individuale potrebbe assorbire interamente le risorse disponibili lasciando gli altri danneggiati senza tutela.

Il secondo tipo di azione riguarda i casi in cui la condotta del convenuto è uniforme nei confronti di tutti i membri della classe ed è opportuno ottenere un rimedio indivisibile, come nei casi in cui si richiede, ad esempio, la cessazione di pratiche che violano i diritti civili.

Il terzo tipo di azione attiene per lo più alle istanze collettive volte a ottenere rimedi risarcitori, specie in ambito commerciale: si considerino, ad esempio, i casi che riguardano i risarcimenti per prodotti con difetti di progettazione che incidono su tutti gli acquirenti. Si richiedono però due requisiti aggiuntivi: la predominanza, ossia la prevalenza delle questioni comuni di diritto o di fatto tra gli attori rispetto alle eventuali differenze individuali; e la superiorità, ossia la maggiore efficienza della procedura collettiva rispetto alla trattazione separata delle singole controversie. Inoltre, la legge prevede che sia inviato a tutti i potenziali membri della classe un avviso (*notice*) nelle migliori modalità possibili, e che sia riconosciuta la possibilità di sottrarsi dalla classe (*opt-out*), evitando così gli effetti della sentenza che si pronuncia sull'azione. Se l'avviso è regolare e il destinatario non esercita il diritto di *opt-out*, la sentenza è pienamente vincolante.

La possibilità di sottrarsi dall'azione di classe appena menzionata intende combinare l'obiettivo di uniformità della tutela collettiva, da un lato, con l'eventuale interesse individuale a non subire le conseguenze di un processo al quale non si partecipa direttamente, dall'altro. L'equilibrio così raggiunto viene validato anche dalla Corte suprema nella sentenza *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* [472 U.S. 797 (1985)], in cui si afferma che l'estensione degli effetti vincolanti di una sentenza nei confronti dei membri di una classe assenti dal giudizio è compatibile con la garanzia del *due process* soltanto a condizione che un'adeguata comunicazione

informi, in anticipo, dell'intento di avviare l'iter processuale collettivo, e che sia garantita in concreto la libertà di scegliere se sottrarsi all'iniziativa. Se questi requisiti sono rispettati non occorre un'adesione esplicita: è sufficiente che i destinatari della comunicazione non rappresentino la propria volontà di essere esclusi dall'azione.

La comunicazione e l'*opt-out* non operano però in tutte le azioni disciplinate dalla regola 23, bensì sono requisiti circoscritti alla terza categoria di azioni collettive indicata poc'anzi. Nelle prime due categorie, infatti, l'interesse tutelato è unitario o indivisibile, oppure il rimedio richiesto ha natura inibitoria o dichiarativa; pertanto, la regola 23 affida alle corti la possibilità del tutto discrezionale di inviare un avviso ai potenziali membri della classe, mentre l'esclusione individuale dalla classe risulterebbe incoerente con l'obiettivo di addivenire a una soluzione uniforme. Ma l'assenza di un diritto di *opt-out*, indirettamente, restringe la possibilità di utilizzare le prime due categorie di azione collettiva, perché in quei contesti si tende a rifiutare la certificazione se emergono differenze – talvolta anche lievi – tra le posizioni dei vari membri. Questo approccio, che ispira anche alcune sentenze della Corte suprema di cui si parlerà tra breve, si basa sul rilievo secondo cui l'imposizione di una decisione uniforme su posizioni individuali differenziate, senza alcuna possibilità di sottrarvisi, si tradurrebbe in una indebita compressione delle garanzie del *due process*.

Giova precisare, infine, che la disciplina prevista dalla regola 23 si applica esclusivamente alle corti federali nell'ambito della giurisdizione civile soggetta alle *Frcp*, mentre le corti statali adottano regole proprie che però in molti casi imitano quanto previsto dalle disposizioni federali.

Sull'impianto così delineato intervengono diversi riferimenti giurisprudenziali che precisano l'interpretazione dei requisiti e che, nella maggior parte dei casi, hanno l'effetto di restringere la portata della riforma del 1966. Già nelle prime sentenze successive alla riforma, infatti, la Corte suprema inaugura un approccio rigoroso e ridimensiona gli obiettivi di efficienza e di incentivo²⁴. E verso la fine degli anni Novanta questo approccio si inasprisce con le decisioni *Amchem Products, Inc. v. Windsor* [521 U.S. 591 (1997)] e *Ortiz v. Fibreboard Corp.* [527 U.S. 815 (1999)]. Entrambi i casi nascono da azioni collettive di risarcimento per esposizione all'amianto, proposte con l'obiettivo di concludere accordi

²⁴ *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974); *Coopers & Lybrand v. Livesay*, 437 U.S. 463 (1978); *General Telephone Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982).

transattivi ampi, tali da rispondere in un'unica sede a migliaia di richieste. In *Amchem*, pur riconoscendo la complessità e l'onere economico delle controversie, la Corte nega la certificazione di un'azione del terzo tipo sostenendo che le differenze individuali in termini di esposizione, tipo di danno e momento dell'insorgenza delle malattie compromettono la coerenza interna e rendono impossibile ritenere sussistente il requisito della predominanza. In *Ortiz*, le parti chiedono la certificazione di un'azione del primo tipo sostenendo che le risorse patrimoniali del danneggiante – derivanti in larga parte da un accordo con gli assicuratori – siano insufficienti a soddisfare pienamente tutte le richieste risarcitorie e che dunque sia necessario ripartire i risarcimenti con una decisione unitaria. La Corte, tuttavia, respinge la certificazione perché il limite del patrimonio disponibile non è oggettivo, bensì deriva da un accordo privato; ma soprattutto, i giudici rilevano che i danneggiati da amianto hanno situazioni molto diverse, esposizioni avvenute in tempi e modalità differenti, gravità delle lesioni non confrontabile e valori economici delle richieste profondamente disomogenei, e ciò fa venir meno il criterio dell'adequata rappresentanza. La decisione, in sostanza, impedisce alla *class action* di operare come strumento di risoluzione degli illeciti di massa lasciando ai singoli danneggiati l'onerosa alternativa dell'azione individuale, che nella maggior parte dei casi porta all'apertura di una procedura concorsuale²⁵.

L'orientamento restrittivo viene confermato pochi anni più tardi con la decisione *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* [564 U.S. 338 (2011) – Materiali 4], in cui la Corte suprema nega la possibilità di agire collettivamente a migliaia di lavoratrici lese da una politica datoriale che applica trattamenti diseguali in base al genere ai fini dell'assegnazione degli incarichi, delle retribuzioni e degli avanzamenti di carriera. Il caso coinvolge più di un milione di donne dipendenti della catena di grandi magazzini Wal-Mart che lamentano di essere sistematicamente sfavorite.

L'opinione della Corte suprema, per giungere all'esito indicato, rileva l'assenza di una condotta lesiva precisa e comune a tutte le ricorrenti tale da giustificare l'azione proposta, ossia un'azione del secondo tipo volta a ottenere rimedi ingiuntivi trasversali che in quanto tale non prevede l'*opt-out*. In sostanza, però, la sentenza eleva la soglia probatoria necessaria per la certificazione della classe, stabilendo che la

²⁵ D.R. Hensler, *As Time Goes By: Asbestos Litigation after Amchem and Ortiz*, in *Texas Law Review*, 80, 2002, p. 1899 ss.

comunanza non si esaurisce nella mera presenza di questioni simili tra i membri, ma richiede a monte l'esistenza di una rivendicazione comune (*common contention*) su cui la pronuncia del giudice possa determinare l'esito dell'intera controversia. In questo caso, dunque, l'intervento restrittivo della Corte è ancora più incisivo, perché trasforma un requisito di partenza in un vero e proprio onere probatorio, riducendo la possibilità di azioni collettive avverso schemi di condotta omogenei quando questi si manifestano attraverso più atti eterogenei²⁶.

Con l'interpretazione rigorosa dei requisiti di certificazione dell'azione di classe, in ultima analisi la Corte suprema scoraggia ancora una volta le iniziative processuali delle parti più deboli. Del resto, le sentenze indicate negano la possibilità di tutelare pretese che per ragioni di asimmetria informativa, economica e organizzativa tra le parti non troverebbero adeguata espressione e protezione se non grazie al canale dell'azione collettiva.

5. L'indirizzo favorevole in materia di arbitrato

Mentre adotta un atteggiamento rigoroso con riferimento all'ammissibilità delle azioni di classe, la Corte suprema si dimostra particolarmente favorevole all'estensione della portata applicativa di un diverso strumento, anch'esso concepito in chiave di razionalizzazione del contenzioso civile, ossia l'arbitrato. Questa forma alternativa di risoluzione delle controversie è caratterizzata dal deferimento della decisione a uno o più arbitri privati, scelti dalle parti o da organismi terzi, che decidono sulla questione presentata evitando il ricorso alle corti. Tradizionalmente giustificato in ragione della sua maggiore rapidità, flessibilità e specializzazione tecnica, l'arbitrato è ormai affermato come strumento centrale di regolazione dei conflitti in particolare nei rapporti commerciali e contrattuali.

Tuttavia, il modello si rivela problematico innanzitutto sul piano dei costi di accesso, poiché l'onere economico del procedimento – che include i compensi degli arbitri e le spese amministrative – è tendenzialmente più elevato rispetto a quello della giurisdizione tradizionale²⁷. Questa criticità, unita alla frequente obbligatorietà dell'arbi-

²⁶ A. Valenti, *Class Actions Ten Years after Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes: Difficult but Not Impossible*, in *Atlantic Law Journal*, 24, 2022, p. 2 ss.

²⁷ Cfr. R. Ng'etich, *The Current Trend of Costs in Arbitration: Implications on Access to Justice*

trato individuale nei contratti standardizzati, rischia così di trasformare uno strumento concepito come alternativa efficiente alla giurisdizione in una ulteriore barriera all'esercizio effettivo dei diritti.

Sul punto si è anche pronunciata la Corte suprema, affermando però che, in presenza di un contratto che obbliga il deferimento delle controversie all'arbitrato individuale, il costo elevato di quella procedura non è di per sé sufficiente a rendere invalida la determinazione contrattuale [*American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 570 U.S. 228 (2013)]. Secondo la Corte, infatti, l'impossibilità economica di far valere un diritto in sede arbitrale non equivale alla soppressione del diritto stesso, poiché la clausola non preclude in modo espresso l'esercizio dell'azione o l'ottenimento dei rimedi previsti dall'ordinamento.

L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'arbitrato si afferma in questa e in altre pronunce che riguardano l'interpretazione e l'applicazione del Federal arbitration act (Faa) del 1925, la legge federale che disciplina il ricorso all'arbitrato nelle controversie attinenti alle attività commerciali interstatali e definisce i criteri di validità ed esecutività delle clausole compromissorie e degli accordi arbitrali.

La legge del 1925 interviene in un contesto in cui il deferimento ad arbitrato è già diffuso nell'autonomia privata ma risulta frequentemente disatteso dalle corti, contrarie alla rinuncia preventiva al processo giurisdizionale perché comporta il venir meno di molte delle garanzie ad esso connesse. Ad esempio, viene meno la garanzia all'accertamento dei fatti da parte di una giuria indipendente – che, come si accennava (par. 1), è una garanzia esplicita nel testo costituzionale ma ormai pacificamente rinunciabile – e vengono meno anche i criteri probatori e di trasparenza consolidati, gli obblighi di motivazione approfondita, e la portata più ampia degli strumenti di impugnazione²⁸. Chi invece vuole promuovere il ricorso all'arbitrato ne valorizza il ruolo di strumento utile per ridurre i tempi della giustizia, e sostiene che le parti con pari forza economica possono stipulare liberamente accordi che dispongono delle garanzie del processo, specie ove ciò sia necessario per esigenze di celerità nelle relazioni commerciali²⁹.

and the Attractiveness of Arbitration, in *Alternative Dispute Resolution*, 5, 2017, p. 111 ss.

²⁸ G. Herrmann, *Discovering Policy under the Federal Arbitration Act*, in *Cornell Law Review*, 88, 2003, p. 784 ss.

²⁹ M.L. Moses, *Statutory Misconstruction: How the Supreme Court Created a Federal Arbitration Law Never Enacted by Congress*, in *Florida State University Law Review*, 34, 2006, p. 101 ss.

Proprio il riferimento a quel tipo di relazioni diviene dirimente ai fini dell'approvazione della legge del 1925, perché giustifica l'intervento del legislatore federale su un tema che attiene in fin dei conti alla materia contrattuale, tradizionalmente affidata alla *common law* e alle disposizioni degli ordinamenti statali. Si invoca, allora, il potere di regolazione del commercio interstatale come base giuridica, e dunque si adotta la legge presentandola come intervento settoriale che mira ad assicurare l'operatività degli accordi arbitrali e, per questo tramite, ad agevolare le relazioni commerciali³⁰.

Pochi anni più tardi, nel 1947, l'arbitrato viene valorizzato anche nel contesto del Labor management relations Act, come strumento rapido e imparziale di risoluzione collettiva delle controversie, volto a garantire la pace industriale e a contenere le forti tensioni sindacali del dopoguerra. Tuttavia, in questa prospettiva l'arbitrato non è considerato come strumento per affrontare le dispute individuali, bensì come meccanismo accessorio alla contrattazione collettiva, nel quale può essere parte oltre al datore di lavoro solo il sindacato³¹.

A partire dagli anni Sessanta, la Corte suprema estende la portata dell'arbitrato anche alle controversie individuali derivanti dai contratti collettivi, sebbene sempre con il coinvolgimento attivo del sindacato³². Ma è a partire dagli anni Ottanta che la giurisprudenza della Corte espande sensibilmente l'applicabilità dell'arbitrato nell'ambito di rapporti per molti versi privi delle caratteristiche della relazione commerciale paritaria, ad esempio nelle controversie di lavoro non legate al sindacato, o in materia di consumo. Ciò suscita non poche perplessità, dal momento che in questi casi il consenso funzionale alla rinuncia alle garanzie processuali non è del tutto libero per la parte più debole, bensì è spesso coartato dal bisogno di accedere a risorse essenziali, come l'occupazione e i beni di prima necessità.

Queste preoccupazioni non vengono in rilievo quando viene fissato il principio secondo cui l'Faa esprime una «politica federale di liberalizzazione a favore dell'arbitrato», poiché si tratta di un *dictum* nella pronuncia sul caso *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction*

³⁰ G. Herrmann, *Discovering Policy under the Federal Arbitration Act*, cit., pp. 785 s. e 790 s.

³¹ A. Cox, *Reflections Upon Labor Arbitration*, in *Harvard Law Review*, 72, 1959, p. 1482 ss.

³² *United Steelworkers v. American Manufacturing Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960); *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

Corp. [460 U.S. 1 (1983)], che riguarda un appalto per la costruzione di un ospedale della Carolina del Nord. In breve, la Corte suprema afferma che l'ente committente non può adire le corti per far sospendere il procedimento arbitrale validamente avviato dall'impresa incaricata dei lavori, nonostante vi siano già tra le medesime parti altre controversie pendenti presso le corti statali. È dunque nel contesto di una disputa tra parti commerciali paritarie che si consolida il principio secondo cui l'Faa impone di favorire la soluzione arbitrale delle controversie se risulta un precedente accordo a tal proposito. E tuttavia, il netto sostegno alla soluzione arbitrale nel caso *Moses* diviene la base per sostenere le espansioni successive, che riguardano temi assai distanti.

Negli anni Duemila, la tendenza a favorire l'arbitrato si intreccia in particolare con gli orientamenti restrittivi in tema di accesso collettivo alla giustizia.

In un primo caso [*Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003)], la Corte suprema rileva che spetta agli arbitri, e non alle corti, determinare se una clausola compromissoria silente sull'arbitrato di classe consenta o meno di accedere alla peculiare forma aggregata di risoluzione alternativa. Il caso suscita scalpore, e se da un lato sollecita gli operatori dei servizi arbitrali a introdurre regolamenti più chiari sulle procedure di classe, e le parti a farvi maggiore ricorso, dall'altro pone l'attenzione anche sull'opportunità di inserire nei modelli contrattuali clausole di rinuncia espressa all'arbitrato collettivo (*class arbitration*)³³.

Quest'ultimo profilo viene portato all'attenzione della Corte suprema in *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* [563 U.S. 333 (2011)]. Nella sentenza, la Corte dichiara che nei contratti tra imprese e consumatori sono valide le clausole di rinuncia all'arbitrato collettivo, e afferma che eventuali leggi statali che dispongono diversamente non prevalgono sull'esigenza di rispettare il consenso delle parti valorizzato dall'Faa. La decisione si concentra esclusivamente sulla superiorità della legge federale e sull'inammissibilità delle regole statali che ostacolano l'arbitrato, senza considerare le asimmetrie di potere o di posizione economica tra consumatori e grandi imprese, né il peso delle garanzie costituzionali³⁴.

³³ P.F. Giuggioli, *Class arbitration: esperienza americana e risvolti municipali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2, 2025, p. 190 s.

³⁴ F. Blechschmidt, *All Alone in Arbitration: AT&T Mobility v. Concepcion and the Substantive Impact of Class Action Waivers*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 160, 2012, p. 541 ss.

Sulla base di queste premesse essenziali, il medesimo orientamento arriva in breve tempo a interessare le controversie di lavoro³⁵.

In una sentenza storica, *Epic Systems Corp. v. Lewis* [584 U.S. 497 (2018) – Materiali 5], la Corte suprema ritiene valida la rinuncia, tramite clausola espressa nella convenzione arbitrale, all'arbitrato collettivo nelle controversie di lavoro, con ciò disinnescando le potenzialità dell'azione aggregata che in passato erano state tutelate dalla legislazione lavoristica.

Poco dopo, la Corte decide un altro caso che può ritenersi complementare sul tema dell'arbitrato in forma collettiva nelle controversie di lavoro: in *Lamps Plus, Inc. v. Varela* [587 U.S. 176 (2019)], i giudici precisano che laddove la convenzione arbitrale non sia chiara circa la possibilità di agire collettivamente in arbitrato, tale possibilità deve ritenersi esclusa, mancando il fondamentale requisito del consenso previsto dall'Faa. E inoltre, rigettando le soluzioni delle corti inferiori, negano la possibilità di utilizzare il principio dell'interpretazione *contra proferentem* – che richiede di interpretare l'accordo nel senso meno vantaggioso per la parte che lo ha predisposto – osservando che ciò implicherebbe l'applicazione di un principio di diritto contrattuale di derivazione statale che contrasta con il principio del consenso promosso dalla legge federale.

La giurisprudenza della Corte suprema assegna dunque all'arbitrato un ruolo privilegiato nel sistema della giustizia civile e riduce sensibilmente la possibilità per gli Stati di introdurre correttivi volti a riequilibrare i rapporti tra le parti in caso di asimmetrie strutturali. Questo approccio, presentato come lineare applicazione dell'Faa e del canone del consenso contrattuale, si traduce in ultima analisi in una ridefinizione dell'accesso alla giustizia: rafforzando la preferenza federale per l'arbitrato individuale anche in contesti di evidente disparità di potere, limita gli spazi di tutela offerti dal contenzioso collettivo e dagli strumenti processuali tradizionali³⁶.

Il medesimo esito, del resto, accomuna le decisioni richiamate in questo capitolo, rivelando che l'intervento della Corte suprema tende con sempre maggiore insistenza a modellare la giustizia civile come luogo di riconoscimento e protezione degli equilibri di potere esi-

³⁵ S.M. Greene e C.N. O'Brien, *Epic Backslide: The Supreme Court Endorses Mandatory Individual Arbitration Agreements – #Time'sUp on Workers' Rights*, in *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, 15, 2019, p. 43 ss.

³⁶ J.R. Sternlight, *Mandatory Binding Arbitration and the Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 16, 2001, p. 669 ss.

stenti, e di converso ne ridimensiona il ruolo di catalizzatore delle istanze di redistribuzione e di tutela dei diritti da parte dei gruppi più deboli.

Materiali

1. American bar association's Model rules of professional conduct

Rule 1.5 – Fees

(a) A lawyer shall not make an agreement for, charge, or collect an unreasonable fee or an unreasonable amount for expenses. The factors to be considered in determining the reasonableness of a fee include the following:

- (1) the time and labor required, the novelty and difficulty of the questions involved, and the skill requisite to perform the legal service properly;
- (2) the likelihood, if apparent to the client, that the acceptance of the particular employment will preclude other employment by the lawyer;
- (3) the fee customarily charged in the locality for similar legal services;
- (4) the amount involved and the results obtained;
- (5) the time limitations imposed by the client or by the circumstances;
- (6) the nature and length of the professional relationship with the client;
- (7) the experience, reputation, and ability of the lawyer or lawyers performing the services; and
- (8) whether the fee is fixed or contingent.

(b) The scope of the representation and the basis or rate of the fee and expenses for which the client will be responsible shall be communicated to the client, preferably in writing, before or within a reasonable time after commencing the representation, except when the lawyer will charge a regularly represented client on the same basis or rate. Any changes in the basis or rate of the fee or expenses shall also be communicated to the client.

(c) A fee may be contingent on the outcome of the matter for which the service is rendered, except in a matter in which a contingent fee is prohibited by paragraph (d) or other law. A contingent fee agreement shall be in a writing signed by the client and shall state the method by which the fee is to be determined, including the percentage or percentages that shall accrue to the lawyer in the event of settlement, trial or appeal; litigation and other expenses to be deducted from the recovery; and whether such expenses are to be deducted before or after the contingent fee is calculated. The agreement must clearly notify the client of any expenses for which the client will be liable whether or not the client is the prevailing party. Upon conclusion of a contingent fee matter, the lawyer shall provide the client with a written statement stating the outcome of the matter and, if there is a recovery, showing the remittance to the client and the method of its determination.

(d) A lawyer shall not enter into an arrangement for, charge, or collect:

- (1) any fee in a domestic relations matter, the payment or amount of which is contingent upon the securing of a divorce or upon the amount of alimony or support, or property settlement in lieu thereof; or
- (2) a contingent fee for representing a defendant in a criminal case.

- (e) A division of a fee between lawyers who are not in the same firm may be made only if:
- (1) the division is in proportion to the services performed by each lawyer or each lawyer assumes joint responsibility for the representation;
 - (2) the client agrees to the arrangement, including the share each lawyer will receive, and the agreement is confirmed in writing; and
 - (3) the total fee is reasonable.

2. Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371 (1971)

Mr. Justice Harlan delivered the opinion of the Court.

Appellants, welfare recipients residing in the State of Connecticut, brought this action in the Federal District Court for the District of Connecticut on behalf of themselves and others similarly situated, challenging, as applied to them, certain state procedures for the commencement of litigation, including requirements for payment of court fees and costs for service of process, that restrict their access to the courts in their effort to bring an action for divorce.

It appears from the briefs and oral argument that the average cost to a litigant for bringing an action for divorce is \$60. Section 52-259 of the Connecticut General Statutes provides: "There shall be paid to the clerks of the supreme court or the superior court, for entering each civil cause, forty-five dollars...". An additional \$15 is usually required for the service of process by the sheriff, although as much as \$40 or \$50 may be necessary where notice must be accomplished by publication.

There is no dispute as to the inability of the named appellants in the present case to pay either the court fees required by statute or the cost incurred for the service of process. The affidavits in the record establish that appellants' welfare income in each instance barely suffices to meet the costs of the daily essentials of life and includes no allotment that could be budgeted for the expense to gain access to the courts in order to obtain divorce. Also undisputed is appellants' "good faith" in seeking a divorce.

Assuming, as we must on this motion to dismiss the complaint, the truth of the *undisputed* allegations made by the appellants, it appears that they were unsuccessful in their attempt to bring their divorce actions in the Connecticut courts, simply by reason of their indigency. The clerk of the Superior Court returned their papers "on the ground that he could not accept them until an entry fee had been paid". Subsequent efforts to obtain a judicial waiver of the fee requirement and to have the court effect service of process were to no avail...

Our conclusion is that, given the basic position of the marriage relationship in this society's hierarchy of values and the concomitant state monopolization of the means for legally dissolving this relationship, due process does prohibit a State from denying, solely because of inability to pay, access to its courts to individuals who seek judicial dissolution of their marriages.

At its core, the right to due process reflects a fundamental value in our American constitutional system. Our understanding of that value is the basis upon which

we have resolved this case.

Perhaps no characteristic of an organized and cohesive society is more fundamental than its erection and enforcement of a system of rules defining the various rights and duties of its members, enabling them to govern their affairs and definitively settle their differences in an orderly, predictable manner. Without such a "legal system", social organization and cohesion are virtually impossible; with the ability to seek regularized resolution of conflicts individuals are capable of interdependent action that enables them to strive for achievements without the anxieties that would beset them in a disorganized society. Put more succinctly, it is this injection of the rule of law that allows society to reap the benefits of rejecting what political theorists call the "state of nature".

American society, of course, bottoms its systematic definition of individual rights and duties, as well as its machinery for dispute settlement, not on custom or the will of strategically placed individuals, but on the common-law model. It is to courts, or other quasi-judicial official bodies, that we ultimately look for the implementation of a regularized, orderly process of dispute settlement. Within this framework, those who wrote our original Constitution, in the Fifth Amendment, and later those who drafted the Fourteenth Amendment, recognized the centrality of the concept of due process in the operation of this system. Without this guarantee that one may not be deprived of his rights, neither liberty nor property, without due process of law, the State's monopoly over techniques for binding conflict resolution could hardly be said to be acceptable under our scheme of things. Only by providing that the social enforcement mechanism must function strictly within these bounds can we hope to maintain an ordered society that is also just. It is upon this premise that this Court has through years of adjudication put flesh upon the due process principle.

Such litigation has, however, typically involved rights of defendants – not, as here, persons seeking access to the judicial process in the first instance. This is because our society has been so structured that resort to the courts is not usually the only available, legitimate means of resolving private disputes. Indeed, private structuring of individual relationships and repair of their breach is largely encouraged in American life, subject only to the caveat that the formal judicial process, if resorted to is paramount. Thus, this Court has seldom been asked to view access to the courts as an element of due process. The legitimacy of the State's monopoly over techniques of final dispute settlement, even where some are denied access to its use, stands unimpaired where recognized, effective alternatives for the adjustment of differences remain. But the successful invocation of this governmental power by plaintiffs has often created serious problems for defendants' rights. For at that point, the judicial proceeding becomes the only effective means of resolving the dispute at hand and denial of a defendant's full access to that process raises grave problems for its legitimacy.

Recognition of this theoretical framework illuminates the precise issue presented in this case. As this Court on more than one occasion has recognized, marriage involves interests of basic importance in our society...

Thus, although they assert here due process rights as would-be plaintiffs, we think

appellants' plight, because resort to the state courts is the only avenue to dissolution of their marriages, is akin to that of defendants faced with exclusion from the only forum effectively empowered to settle their disputes. Resort to the judicial process by these plaintiffs is no more voluntary in a realistic sense than that of the defendant called upon to defend his interests in court. For both groups this process is not only the paramount dispute-settlement technique, but, in fact, the only available one. In this posture we think that this appeal is properly to be resolved in light of the principles enunciated in our due process decisions that delimit rights of defendants compelled to litigate their differences in the judicial forum...

In concluding that the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment requires that these appellants be afforded an opportunity to go into court to obtain a divorce, we wish to re-emphasize that we go no further than necessary to dispose of the case before us, a case where the *bona fides* of both appellants' indigency and desire for divorce are here beyond dispute. We do not decide that access for all individuals to the courts is a right that is, in all circumstances, guaranteed by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment so that its exercise may not be placed beyond the reach of any individual, for, as we have already noted, in the case before us this right is the exclusive precondition to the adjustment of a fundamental human relationship. The requirement that these appellants resort to the judicial process is entirely a state-created matter. Thus we hold only that a State may not, consistent with the obligations imposed on it by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, pre-empt the right to dissolve this legal relationship without affording all citizens access to the means it has prescribed for doing so...

3. *Lassiter v. Department of Social Services*, 452 U.S. 18 (1981)

Justice Stewart delivered the opinion of the court.

In the late spring of 1975, after hearing evidence that the petitioner, Abby Gail Lassiter, had not provided her infant son William with proper medical care, the District Court of Durham County, N. C., adjudicated him a neglected child and transferred him to the custody of the Durham County Department of Social Services, the respondent here. A year later, Ms. Lassiter was charged with first-degree murder, was convicted of second-degree murder, and began a sentence of 25 to 40 years of imprisonment. In 1978 the Department petitioned the court to terminate Ms. Lassiter's parental rights because, the Department alleged, she "has not had any contact with the child since December of 1975" and "has willfully left the child in foster care for more than two consecutive years without showing that substantial progress has been made in correcting the conditions which led to the removal of the child, or without showing a positive response to the diligent efforts of the Department of Social Services to strengthen her relationship to the child, or to make and follow through with constructive planning for the future of the child".

Ms. Lassiter was served with the petition and with notice that a hearing on it

would be held. Although her mother had retained counsel for her in connection with an effort to invalidate the murder conviction, Ms. Lassiter never mentioned the forthcoming hearing to him (or, for that matter, to any other person except, she said, to "someone" in the prison). At the behest of the Department of Social Services' attorney, she was brought from prison to the hearing, which was held August 31, 1978. The hearing opened, apparently at the judge's instance, with a discussion of whether Ms. Lassiter should have more time in which to find legal assistance. Since the court concluded that she "has had ample opportunity to seek and obtain counsel prior to the hearing of this matter, and that her failure to do so is without just cause", the court did not postpone the proceedings. Ms. Lassiter did not aver that she was indigent, and the court did not appoint counsel for her... The court found that Ms. Lassiter "has not contacted the Department of Social Services about her child since December, 1975, has not expressed any concern for his care and welfare, and has made no efforts to plan for his future". Because Ms. Lassiter thus had "wilfully failed to maintain concern or responsibility for the welfare of the minor", and because it was "in the best interests of the minor", the court terminated Ms. Lassiter's status as William's parent.

On appeal, Ms. Lassiter argued only that, because she was indigent, the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment entitled her to the assistance of counsel, and that the trial court had therefore erred in not requiring the State to provide counsel for her....

For all its consequence, "due process" has never been, and perhaps can never be, precisely defined". "Unlike some legal rules," this Court has said, due process "is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances". Rather, the phrase expresses the requirement of "fundamental fairness", a requirement whose meaning can be as opaque as its importance is lofty. Applying the Due Process Clause is therefore an uncertain enterprise which must discover what "fundamental fairness" consists of in a particular situation by first considering any relevant precedents and then by assessing the several interests that are at stake...

True, a lawyer might have done more with the argument that William should live with Ms. Lassiter's mother – but that argument was quite explicitly made by both Lassiters, and the evidence that the elder Ms. Lassiter had said she could not handle another child, that the social worker's investigation had led to a similar conclusion, and that the grandmother had displayed scant interest in the child once he had been removed from her daughter's custody was, though controverted, sufficiently substantial that the absence of counsel's guidance on this point did not render the proceedings fundamentally unfair. Finally, a court deciding whether due process requires the appointment of counsel need not ignore a parent's plain demonstration that she is not interested in attending a hearing. Here, the trial court had previously found that Ms. Lassiter had expressly declined to appear at the 1975 child custody hearing, Ms. Lassiter had not even bothered to speak to her retained lawyer after being notified of the termination hearing, and the court specifically found that Ms. Lassiter's failure to make an effort to contest the termination proceeding was without cause. In view of all

these circumstances, we hold that the trial court did not err in failing to appoint counsel for Ms. Lassiter...

4. Wal-Mart v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011)

Justice Scalia delivered the opinion of the Court.

We are presented with one of the most expansive class actions ever. The District Court and the Court of Appeals approved the certification of a class comprising about one and a half million plaintiffs, current and former female employees of petitioner Wal-Mart who allege that the discretion exercised by their local supervisors over pay and promotion matters violates Title 7 by discriminating against women. In addition to injunctive and declaratory relief, the plaintiffs seek an award of backpay. We consider whether the certification of the plaintiff class was consistent with Federal Rules of Civil Procedure...

The named plaintiffs in this lawsuit, representing the 1.5 million members of the certified class, are three current or former Wal-Mart employees who allege that the company discriminated against them on the basis of their sex by denying them equal pay or promotions, in violation of Title 7 of the Civil Rights Act of 1964.

Betty Dukes began working at a Pittsburg, California, Wal-Mart in 1994. She started as a cashier, but later sought and received a promotion to customer service manager. After a series of disciplinary violations, however, Dukes was demoted back to cashier and then to greeter. Dukes concedes she violated company policy, but contends that the disciplinary actions were in fact retaliation for invoking internal complaint procedures and that male employees have not been disciplined for similar infractions. Dukes also claims two male greeters in the Pittsburg store are paid more than she is.

Christine Kwapnoski has worked at Sam's Club stores in Missouri and California for most of her adult life. She has held a number of positions, including a supervisory position. She claims that a male manager yelled at her frequently and screamed at female employees, but not at men. The manager in question "told her to 'doll up', to wear some makeup, and to dress a little better".

The final named plaintiff, Edith Arana, worked at a Wal-Mart store in Duarte, California, from 1995 to 2001. In 2000, she approached the store manager on more than one occasion about management training, but was brushed off. Arana concluded she was being denied opportunity for advancement because of her sex. She initiated internal complaint procedures, whereupon she was told to apply directly to the district manager if she thought her store manager was being unfair. Arana, however, decided against that and never applied for management training again. In 2001, she was fired for failure to comply with Wal-Mart's timekeeping policy.

These plaintiffs, respondents here, do not allege that Wal-Mart has any express corporate policy against the advancement of women. Rather, they claim that their local managers' discretion over pay and promotions is exercised disproportionately in favor of men, leading to an unlawful disparate impact on female employees...

Importantly for our purposes, respondents claim that the discrimination to

which they have been subjected is common to all Wal-Mart's female employees. The basic theory of their case is that a strong and uniform "corporate culture" permits bias against women to infect, perhaps subconsciously, the discretionary decisionmaking of each one of Wal-Mart's thousands of managers – thereby making every woman at the company the victim of one common discriminatory practice. Respondents therefore wish to litigate the Title 7 claims of all female employees at Wal-Mart's stores in a nationwide class action...

The crux of this case is commonality – the rule requiring a plaintiff to show that "there are questions of law or fact common to the class"...

Quite obviously, the mere claim by employees of the same company that they have suffered a Title 7 injury, or even a disparate-impact Title 7 injury, gives no cause to believe that all their claims can productively be litigated at once. Their claims must depend upon a common contention – for example, the assertion of discriminatory bias on the part of the same supervisor. That common contention, moreover, must be of such a nature that it is capable of class wide resolution – which means that determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke...

Rule 23 does not set forth a mere pleading standard. A party seeking class certification must affirmatively demonstrate his compliance with the Rule – that is, he must be prepared to prove that there are in fact sufficiently numerous parties, common questions of law or fact, etc...

Here respondents wish to sue about literally millions of employment decisions at once. Without some glue holding the alleged reasons for all those decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members' claims for relief will produce a common answer to the crucial question *why was I disfavored*...

The only corporate policy that the plaintiffs' evidence convincingly establishes is Wal-Mart's "policy" of allowing discretion by local supervisors over employment matters. On its face, of course, that is just the opposite of a uniform employment practice that would provide the commonality needed for a class action; it is a policy against having uniform employment practices. It is also a very common and presumptively reasonable way of doing business – one that we have said "should itself raise no inference of discriminatory conduct"...

Because respondents provide no convincing proof of a companywide discriminatory pay and promotion policy, we have concluded that they have not established the existence of any common question...

5. Epic Systems v. Lewis, 584 U.S. 497 (2018)

Justice Gorsuch delivered the opinion of the Court.

Should employees and employers be allowed to agree that any dispute between them will be resolved through one-on-one arbitration? Or should employees always be permitted to bring their claims in class or collective actions, no matter what they agreed with their employers?

As a matter of policy these questions are surely debatable. But as a matter of law the answer is clear. In the Federal arbitration Act, Congress has instructed federal courts to enforce arbitration agreements according to their terms – including terms providing for individualized proceedings. Nor can we agree with the employees’ suggestion that the National labor relations Act (Nlra) offers a conflicting command. It is this Court’s duty to interpret Congress’s statutes as a harmonious whole rather than at war with one another. And abiding that duty here leads to an unmistakable conclusion. The Nlra secures to employees rights to organize unions and bargain collectively, but it says nothing about how judges and arbitrators must try legal disputes that leave the workplace and enter the courtroom or arbitral forum. This Court has never read a right to class actions into the Nlra – and for three quarters of a century neither did the National labor relations Board. Far from conflicting, the Arbitration Act and the Nlra have long enjoyed separate spheres of influence and neither permits this Court to declare the parties’ agreements unlawful.

The three cases before us differ in detail but not in substance. Take *Ernst & Young LLP v. Morris*. There Ernst & Young and one of its junior accountants, Stephen Morris, entered into an agreement providing that they would arbitrate any disputes that might arise between them. The agreement stated that the employee could choose the arbitration provider and that the arbitrator could “grant any relief that could be granted by ... a court” in the relevant jurisdiction. The agreement also specified individualized arbitration, with claims “pertaining to different employees to be heard in separate proceedings”.

After his employment ended, and despite having agreed to arbitrate claims against the firm, Mr. Morris sued Ernst & Young in federal court. He alleged that the firm had misclassified its junior accountants as professional employees and violated the federal Fair labor standards Act (Flsa) and California law by paying them salaries without overtime pay. Although the arbitration agreement provided for individualized proceedings, Mr. Morris sought to litigate the federal claim on behalf of a nationwide class under the Flsa collective action provision. He sought to pursue the state law claim as a class action under Federal Rule of Civil Procedure 23.

Ernst & Young replied with a motion to compel arbitration. The district court granted the request, but the Ninth Circuit reversed this judgment. The Ninth Circuit recognized that the Arbitration Act generally requires courts to enforce arbitration agreements as written. But the court reasoned that the statute’s “saving clause” removes this obligation if an arbitration agreement violates some other federal law. And the court concluded that an agreement requiring individualized arbitration proceedings violates the Nlra by barring employees from engaging in the “concerted activity”, of pursuing claims as a class or collective action.

Judge Ikuta dissented. In her view, the Arbitration Act protected the arbitration agreement from judicial interference and nothing in the Act’s saving clause suggested otherwise. Neither, she concluded, did the Nlra demand a different result. Rather, that statute focuses on protecting unionization and collective bargaining in the workplace, not on guaranteeing class or collective action procedu-

res in disputes before judges or arbitrators.

Although the Arbitration Act and the Nlra have long coexisted – they date from 1925 and 1935, respectively – the suggestion they might conflict is something quite new. Until a couple of years ago, courts more or less agreed that arbitration agreements like those before us must be enforced according to their terms...

But recently things have shifted. In 2012, the Board – for the first time in the 77 years since the Nlra's adoption – asserted that the Nlra effectively nullifies the Arbitration Act in cases like ours...

We granted certiorari to clear the confusion...

We begin with the Arbitration Act and the question of its saving clause...

Not only did Congress require courts to respect and enforce agreements to arbitrate; it also specifically directed them to respect and enforce the parties' chosen arbitration procedures...

Still, the employees suggest the Arbitration Act's saving clause creates an exception for cases like theirs. By its terms, the saving clause allows courts to refuse to enforce arbitration agreements "upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract". That provision applies here, the employees tell us, because the Nlra renders their particular class and collective action waivers illegal. In their view, illegality under the Nlra is a "ground" that "exists at law ... for the revocation" of their arbitration agreements, at least to the extent those agreements prohibit class or collective action proceedings...

The saving clause still can't save their cause. It can't because the saving clause recognizes only defenses that apply to "any" contract. In this way the clause establishes a sort of "equal-treatment" rule for arbitration contracts...

The clause "permits agreements to arbitrate to be invalidated by 'generally applicable contract defenses, such as fraud, duress, or unconscionability'". At the same time, the clause offers no refuge for "defenses that apply only to arbitration or that derive their meaning from the fact that an agreement to arbitrate is at issue". Under our precedent, this means the saving clause does not save defenses that target arbitration either by name or by more subtle methods, such as by "interfering with fundamental attributes of arbitration".

This is where the employees' argument stumbles. They don't suggest that their arbitration agreements were extracted, say, by an act of fraud or duress or in some other unconscionable way that would render *any* contract unenforceable. Instead, they object to their agreements precisely because they require individualized arbitration proceedings instead of class or collective ones. And by attacking (only) the individualized nature of the arbitration proceedings, the employees' argument seeks to interfere with one of arbitration's fundamental attributes...

Seeking to demonstrate an irreconcilable statutory conflict even in light of these demanding standards, the employees point to Section 7 of the Nlra. That provision guarantees workers "the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection".

From this language, the employees ask us to infer a clear and manifest con-

gressional command to displace the Arbitration Act and outlaw agreements like theirs. But that much inference is more than this Court may make. Section 7 focuses on the right to organize unions and bargain collectively. It may permit unions to bargain to prohibit arbitration. But it does not express approval or disapproval of arbitration...

The dissent sees things a little bit differently. In its view, today's decision ushers us back to the *Lochner* era when this Court regularly overrode legislative policy judgments. The dissent even suggests we have resurrected the long-dead "yellow dog" contract. But like most apocalyptic warnings, this one proves a false alarm. Our decision does nothing to override Congress's policy judgments. As the dissent recognizes, the legislative policy embodied in the Nlra is aimed at "safeguarding, first and foremost, workers' rights to join unions and to engage in collective bargaining". Those rights stand every bit as strong today as they did yesterday. And rather than revive "yellow dog" contracts against union organizing that the Nlra outlawed back in 1935, today's decision merely declines to read into the Nlra a novel right to class action procedures that the Board's own general counsel disclaimed as recently as 2010.

Instead of overriding Congress's policy judgments, today's decision seeks to honor them...

The policy may be debatable but the law is clear: Congress has instructed that arbitration agreements like those before us must be enforced as written. While Congress is of course always free to amend this judgment, we see nothing suggesting it did so in the Nlra – much less that it manifested a clear intention to displace the Arbitration Act. Because we can easily read Congress's statutes to work in harmony, that is where our duty lies...

Capitolo undicesimo

Il diritto del nemico

1. La dialettica tra il diritto del nemico e il circuito giudiziario

Nella fumettistica realtà alternativa di *Watchmen*¹, l'ingegno calcolatore di Ozymandias delinea una strategia tanto grandiosa quanto terrificante: fabbricare artificialmente un nemico esterno, alieno, un'entità mostruosa progettata in laboratorio da catapultare su Manhattan. Il tutto per indurre le potenze mondiali a sospendere il conflitto armato in atto (allusivo della Guerra fredda) e ritrovare una coesione fondata sul terrore. *Watchmen* non si limita a evocare la manipolazione politica della paura: mostra come il "nemico", reale o immaginario che sia, possa essere mobilitato per convogliare tensioni interne, portare a sublimazione le insicurezze collettive ed ergersi quale efficace dispositivo di controllo di un corpo politico attraversato da contrasti difficilmente ricomponibili. Il monito dell'opera è difficilmente equivocabile: l'ordine sovente sorge per contrapposizione a una alterità minacciosa.

Una simile dinamica trova una eco significativa nella letteratura giuridica del Novecento che si è occupata del "nemico", e più precisamente nel pensiero di Carl Schmitt². Secondo Schmitt, la distinzione amico/nemico costituisce un dispositivo identitario che permette all'entità Stato di salvaguardare la propria unità. In questi termini, è la figura del nemico a fungere da una sorta di specchio deformante della comunità, la quale in esso ravvisa la propria coesione. Ancora, la figura nemica rinsalda i legami interni lungo il perimetro dell'esistenza di un pericolo esterno.

¹ A. Moore e D. Gibbons, *Watchmen* (1986-1987), Burbank CA, 2024.

² C. Schmitt, *Il concetto di politico. Le categorie del 'politico'* (1932), Bologna, 1972.

Schmitt, figlio del proprio tempo, concentra la propria analisi del nemico nella sfera delle relazioni tra Stati sovrani. Tuttavia, la contemporaneità – e le dinamiche che indagheremo in questo capitolo ne sono la riprova – è gravida di esempi in cui il nemico, più che essere collocato al di fuori dei propri confini, viene situato all'interno di questi. E più precisamente negli interstizi della società, o associato a gruppi percepiti come culturalmente estranei, potenzialmente destabilizzanti, e dunque meritevoli di aggressioni di varia natura.

È fuor di dubbio che le vicende costituzionali statunitensi, e in particolare la dialettica instaurata tra il concetto di nemico e la giurisprudenza della Corte suprema, rappresentano un terreno di elezione per saggiare la validità di quanto stiamo dicendo. In quegli ambienti, più che altrove, la costruzione ad arte di un nemico è stata impiegata quale dispositivo di governo delle fratture interne del Paese. Sul nemico, di volta in volta declinato diversamente, sono state trasferite, per esorcizzarle, angosce, incertezze geopolitiche, tensioni identitarie.

Una simile impostazione è radicata a tal punto nell'esperienza giuridica statunitense che risulta ancora oggi in vigore una legge risalente al 1798, l'*Alien enemies Act*, che conferisce al Governo ampi poteri nei confronti degli individui provenienti da Paesi considerati nemici o invasori.

La normativa in questione prevede che, in ogni momento in cui vi sia una guerra dichiarata tra gli Stati Uniti o altri governi stranieri, ovvero sia perpetrata, tentata o minacciata una invasione o un'incursione di carattere predatorio contro il territorio degli Stati Uniti da qualsivoglia nazione o governo stranieri, e il Presidente ne dia pubblica comunicazione, tutti i nativi, cittadini, residenti o persone soggette alla nazione o al governo ostile che abbiano più di quattordici anni, che si trovino sul territorio degli Stati Uniti e che siano non ancora naturalizzati, potranno essere catturati, detenuti, assicurati alla giustizia e rimossi dal territorio come nemici stranieri.

A tale scopo, il Presidente è autorizzato a indicare la condotta da osservare da parte degli Stati Uniti nei confronti degli stranieri; la modalità e il grado dell'arresto cui saranno soggetti; e in quali casi, e sotto quali condizioni di sicurezza la loro permanenza può essere permessa. Altresì è autorizzato a provvedere all'allontanamento di coloro i quali, privi del permesso di soggiorno, rifiutano di lasciare il territorio volontariamente. Oltre a poter emanare ogni altra norma che sia ritenuta necessaria nell'interesse della sicurezza pubblica per il perseguimento dei fini stabiliti dalla legge.

La legge è stata a più riprese invocata durante la sua vigenza: come vedremo, per quanto qui di interesse, è venuta in rilievo nel periodo della Seconda guerra mondiale e durante il secondo mandato di Donald Trump. Il tutto, con il coinvolgimento della Corte suprema in ordine alla relativa portata e corretta interpretazione.

Al riguardo, giustappunto la giurisprudenza della Corte suprema sui diritti del nemico (anche se sarebbe più opportuno parlare di nemici, al plurale) costituisce un'utile cartina tornasole, un angolo visuale privilegiato dal quale osservare la ricerca di un punto di equilibrio tra ordine costituzionale ed esigenze, più o meno fondate, securitarie. Proprio la giurisprudenza del massimo organo giudiziario degli Stati Uniti attraversa infatti tre specifici momenti nei quali il nemico, di volta in volta assumendo fattezze diverse, diviene il fulcro attorno al quale si ridefiniscono i rapporti tra libertà, sicurezza e potere sovrano.

Il primo di tali momenti si è avuto durante la Seconda guerra mondiale. La Corte ha accettato la tesi per cui il conflitto contro il Giappone giustificasse misure particolarmente limitative dei diritti della popolazione nippo-statunitense. Il nemico esterno, l'Impero giapponese, è stato così proiettato sul piano interno, tramutando un'intera comunità in antagonista. Il pericolo avvertito dal potere politico statunitense, infatti, non derivava dalla condotta dei singoli individui facenti parte della comunità, ma dalla necessità dello Stato di esorcizzare paure profonde: la vulnerabilità militare, materializzatasi in massima parte per l'attacco giapponese a Pearl Harbor, l'ansia di sabotaggi. Si vedrà come a tal punto pervasivo era il sentimento anti-nipponico, che i tentativi della Corte suprema medesima di introdurre correttivi a misure draconiane si risolsero in poca cosa: intatto è stato lasciato l'assunto di fondo secondo cui esigenze di sicurezza nazionale potevano giustificare azioni apertamente discriminatorie nei confronti di specifici gruppi.

Il secondo dei citati momenti si è materializzato nel solco della guerra al terrore avviata dagli Stati Uniti a seguito degli attacchi terroristici di matrice islamica dell'11 settembre 2001. Nell'ambito della lotta al terrorismo, la figura del nemico esterno perde però le caratteristiche identitarie che l'aveva contraddistinta in precedenza, e si fa impalpabile, ubiqua, sfuggente. Dal nemico comunitario, nipponico, si passa a una diversa figura, dai contorni incerti: il terrorista. Una simile figura è indicata quale giustificazione di un apparato normativo difficilmente conciliabile con gli assetti costituzionali. Ed è proprio alla ricerca di questo equilibrio che vengono dedicati gli sforzi della

Corte suprema, la quale tenta di riaffermare spazi minimi di legalità raccordandoli con il complesso reticolato, concettuale prim'ancora che giuridico, di deroghe all'ordine costituzionale fatte di istituti al confine tra legislazione di guerra e diritto penale.

Il terzo e ultimo dei momenti in cui il diritto del nemico entra in dialettica con il circuito giudiziario si ha durante i mandati presidenziali di Donald Trump. In questa fase, la Corte suprema ha confermato la legittimità di restrizioni all'ingresso basate su criteri geopolitici e religiosi, riconoscendo al potere esecutivo un ampio margine discrezionale nella definizione di chi, dall'esterno, rappresenti una minaccia per l'ordine interno. Coerentemente con la progressiva fluidificazione della fisionomia del nemico, quest'ultimo non viene più collegato a rischi attuali di invasioni imminenti, bensì si atteggia a mo' di costruzione politica che consente allo Stato di proiettare paure culturali e identitarie verso l'esterno, esorcizzando le problematiche che attanagliano la società statunitense proiettandole verso una ridefinizione dei suoi confini territoriali e identitari.

A uno sguardo più ravvicinato, e a prescindere dalle diverse declinazioni del nemico che abbiamo succintamente riportato e a cui ci dedicheremo più a fondo nel prosieguo, emerge una caratteristica comune in tutti e tre i momenti. Il nemico e gli apparati normativi che lo regolano assurgono a dispositivi di governo attraverso cui la comunità tenta di disciplinare inquietudini. Diventa così un contenitore, a geometria e misura variabili, nel quale – all'occorrenza – trasfondere, ed esternalizzare, i nodi irrisolti della dimensione politica domestica.

2. Il sentimento anti-giapponese: dai flussi migratori a Pearl Harbor

Giova, anzitutto, fornire alcuni elementi di contesto e storicamente rilevanti prima di addentrarci nell'analisi della giurisprudenza della Corte suprema in materia di diritto del nemico giapponese. Tra le ondate migratorie che hanno interessato gli Stati Uniti d'America durante il 19. e 20. secolo rilevante fu quella dal Giappone. Nel 1853, il commodoro Matthew Perry della Marina degli Stati Uniti entrò con le sue navi da guerra nel porto di Tokyo, costringendo una nazione sino ad allora isolazionista ad aprirsi al commercio con gli Stati Uniti e facendo entrare il popolo giapponese in contatto con una cultura straniera. Dopo

la Restaurazione Meiji del 1868, le rapide urbanizzazione e industrializzazione del Giappone determinarono grandi sconvolgimenti sociali e una crisi dell'agricoltura, e da qui la necessità di trovare condizioni di vita migliori altrove. La notizia dell'espansione economica degli Stati Uniti fece sì che questi divennero un territorio ambito dove trasferirsi.

Alcuni dei primi immigrati giapponesi nelle terre che in seguito sarebbero diventate parte degli Stati Uniti erano clandestini. Nel 1868, il console generale delle Hawaii assunse segretamente e trasportò alle Hawaii 148 lavoratori a contratto. A partire dal 1880, però, le barriere legali a emigrare da parte del Giappone cominciarono a cadere e ben presto seguì una massiccia emigrazione. Sovente era lo stesso governo giapponese a selezionare gli emigranti da un gruppo di candidati. Originariamente, la maggior parte degli emigranti aveva intenzione di fare ritorno nella madre patria, considerando il soggiorno statunitense come una via celere per ottenere ricchezza e rispettabilità.

Tra il 1886 e il 1911, si stima che più di 400.000 uomini e donne lasciarono il Giappone per gli Stati Uniti e i territori da questi controllati con la speranza di condizioni di vita migliori. I primi immigrati giapponesi, uomini in prevalenza, che erano conosciuti come *issei* ("prima generazione") ed erano privi della cittadinanza statunitense, si stabilirono sulla costa del Pacifico. Più precisamente nelle Hawaii e in California, dove vennero impiegati, rispettivamente, come braccianti nei campi di coltivazione della canna da zucchero e come operai nelle fattorie.

Come accaduto con gli altri gruppi di immigrati, i giapponesi-americani si stabilirono in quartieri etnici e avviarono scuole, luoghi di culto e istituzioni economiche e culturali. Ad accentuare la ghettizzazione contribuirono alcune precise iniziative diplomatiche e legislative espressive del crescente sentimento anti-asiatico statunitense.

Nel biennio 1907-1908, Stati Uniti e Giappone raggiunsero un accordo informale (il *Gentlemen's agreement*), con il quale i primi si obbligavano ad abolire la segregazione razziale nelle scuole pubbliche di San Francisco, in un periodo in cui era ancora in vigore la *doctrine* del *separate but equal* (Cap. 3 par. 3), e i secondi, come contropartita, a limitare l'afflusso di immigrati giapponesi. Ciononostante, il numero dei giapponesi continuò ad aumentare, specie in California, sia per nuovi flussi immigratori che per nuove nascite. Difatti, alle donne era ancora consentito l'ingresso negli Stati Uniti malgrado il *Gentlemen's agreement*, e il costante arrivo di "spose per corrispondenza" dal Giappone determinò la presenza dei giapponesi di seconda generazione, i *nissei*.

Con l'aumento del numero di giapponesi montava sempre più il sentimento anti-asiatico: ne sono esemplificative alcune vicende che hanno riguardato il *Golden State*. Nel 1913, il Parlamento della California adottò l'*Alien land Law*, con cui era fatto divieto a chi non fosse cittadino di essere proprietario terriero: così ai giapponesi di prima generazione (i già menzionati *issei*) venne impedito di possedere terre. Il tutto con la copertura della Corte suprema, la quale – nel 1922 – confermò il diritto del Governo federale di negare la cittadinanza agli immigrati giapponesi [*Takao Ozawa v. United States*, 260 U.S. 178 (1922)]. Ma prima ancora dell'entrata in vigore della legge in questione, la concentrazione etnica era assicurata da alcune pratiche concordate dagli agenti immobiliari, i quali si rifiutavano di vendere proprietà ai giapponesi-americani al di fuori dei ghetti esistenti.

Il movimento per l'esclusione totale degli immigrati giapponesi alla fine ebbe successo con l'*Immigration Act* del 1924. Tale legge ridusse progressivamente l'immigrazione dal Giappone, sino al 1952, quando fu stabilita una quota di 100 immigrati all'anno.

Se l'ostilità nei confronti dei giapponesi aveva rappresentato un fenomeno legato alle vicende della costa occidentale del Paese, e più precisamente della California, fu un particolare evento a consentirle di travalicare i confini statali, di farsi pervasivo al punto da individuare nei giapponesi un nemico, tanto interno quanto esterno, da combattere.

Il 7 dicembre 1941 l'Impero del Giappone si lanciò in un attacco aereo a sorpresa della base navale statunitense di Pearl Harbor, nell'arcipelago delle Hawaii. Il bombardamento venne messo a segno, e gli Stati Uniti subirono ingenti perdite nella loro flotta nel Pacifico. L'evento, da un lato, segnò l'abbandono dell'approccio isolazionista statunitense e del non interventismo, adottati alla fine della Prima guerra mondiale, con l'ingresso statunitense nel conflitto bellico. Dall'altro, in risposta a tali vicende, il Presidente Franklin Delano Roosevelt fece ricorso all'autorità conferitagli dall'*Alien enemies Act* per emanare alcuni proclami presidenziali che avrebbero colpito, mediante arresti, trattenimenti, messa in sicurezza e allontanamento – gli stranieri provenienti dai Paesi dell'Asse, ossia Italia, Germania e Giappone.

Invero, gli unici colpiti da tali misure furono sostanzialmente in maniera esclusiva i soli giapponesi. Pearl Harbor, infatti, scatenò un'ondata di paura per la sicurezza nazionale, specialmente sulla costa occidentale. Il tutto, unito senz'altro alla competizione economica e al razzismo anti-asiatico, si tradusse in una forte ostilità verso i giapponesi-statunitensi.

A ciò si aggiunga che molte furono le pressioni esercitate da gruppi di interesse, rappresentativi di interessi economici concorrenti o latori di retoriche nativiste, provenienti dagli Stati federati occidentali. Tali gruppi fecero pressione sul Congresso e sul Presidente, Franklin Delano Roosevelt, affinché le persone di origine giapponese venissero rimosse dalla costa del Pacifico. La rimozione avrebbe dovuto colpire, nella prospettiva di tali gruppi, sia gli *issei* che i *nissei*.

Le sollecitazioni trovarono ascolto da parte del Presidente Roosevelt, che emanò due discussi ordini esecutivi, uno nel 19 febbraio 1942³ e un altro nel 18 marzo successivo⁴. Il primo autorizzava l'esercito a istituire zone di interesse militare entro le quali imporre talune restrizioni. Benché nel testo del provvedimento non veniva fatta menzione di uno specifico gruppo etnico verso cui rivolgere le misure, e dunque era formalmente neutrale, l'amministrazione militare vi dette attuazione vessando i soli giapponesi-statunitensi. Il secondo provvedimento istituì la *War relocation authority*, che aveva il potere di allontanare, trattenere e sorvegliare le persone escluse dalle aree militari.

Una figura centrale in questa piega della storia è costituita dal Tenente generale John L. DeWitt, a capo del quartier generale per la difesa militare della costa occidentale (il *Western defense command*). In primo luogo, questi annunciò il coprifuoco per i soli giapponesi. In secondo luogo, li incentivò a evacuare volontariamente da un certo numero di aree. In terzo luogo, e atteso lo scarso successo dell'opera di incentivazione, nel 19 marzo 1942, emise un proclama pubblico (la cui base giuridica era individuata nell'ordine esecutivo di Roosevelt) con cui si diede avvio alla rimozione forzata e alla detenzione dei residenti giapponesi-statunitensi sulla costa occidentale. Ciò con il supporto del Congresso: alcuni giorni prima del proclama, infatti, l'organo legislativo aveva approvato una legge che qualificava come reato la violazione dei provvedimenti del Presidente Roosevelt.

Il tutto si tradusse nella deportazione e nell'internamento in "centri di raccolta", dislocati in più Stati della Federazione, di più di 120.000 tra uomini, donne e bambini, in larga parte cittadini statunitensi di origine

³ Executive order n. 9066 – Resulting in Japanese-American Incarceration (19 febbraio 1942).

⁴ Executive order n. 9102 – Establishing the War Relocation Authority in the Executive Office of the President and Defining Its Functions and Duties (18 marzo 1942).

giapponese residenti sulla costa occidentale, i quali vennero privati delle loro proprietà, fatte oggetto di occupazioni e saccheggiamenti⁵.

3. Il nemico giapponese davanti alla Corte suprema: la sentenza *Hirabayashi*

Sono proprio queste le vicende che hanno portato la Corte suprema a doversi relazionare con la questione del “diritto del nemico”. Sebbene la più nota delle pronunce sia *Korematsu v. United States* [323 US 214 (1944) – Materiali 1], in totale la saga di compone di altre due decisioni sull'apparato normativo anti-giapponese che il Governo federale introdusse a seguito di Pearl Harbor.

La prima, in ordine cronologico, delle decisioni è quella resa nel giugno del 1943 nella disputa *Hirabayashi v. United States* [320 US 81 (1943)]. Gordon Hirabayashi era un cittadino nato negli Stati Uniti da genitori giapponesi immigrati. Cresciuto a Seattle, aveva frequentato scuole pubbliche e, al momento dei fatti della controversia, era uno studente all'ultimo anno presso l'Università di Washington.

Come dicevamo poc'anzi, tra le misure introdotte sulla base degli ordini esecutivi dell'allora Presidente Roosevelt figuravano i coprifuoco: a Seattle, come in altre aree, questi colpivano le persone di origine giapponese. Hirabayashi si era rifiutato di rispettare la misura, fu arrestato e quindi condannato anche per aver violato l'ordine di lasciare la città e recarsi presso una stazione di controllo militare, nella quale sarebbe stato identificato ai fini del trasferimento nei campi di internamento. A seguito degli infruttuosi ricorsi promossi da Hirabayashi contro le condanne, la questione è stata portata dinanzi alla Corte suprema che ha rilasciato il *writ of certiorari*.

Il quesito cui i *justice* dovevano rispondere concerneva la compatibilità degli ordini esecutivi presidenziali – e dei poteri delegati alle autorità militari – con il 5. emendamento in materia di *due process*. In altri e più chiari termini, era da doversi stabilire se essi costituissero misure legittime ovvero discriminatorie verso i cittadini e i residenti di origine giapponese.

Con una decisione assunta all'unanimità, la Corte ha ritenuto costituzionali gli ordini esecutivi e l'attuazione del coprifuoco. Secondo

⁵ Approfondimenti in G. Borgognone, *Storia degli Stati Uniti. La democrazia americana dalla fondazione all'era globale*, 6. ed., Milano, 2021, p. 198.

L'opinione unanime, redatta dall'allora presidente della Corte, Harlan Fiske Stone, era infatti necessario tenere conto della grande rilevanza delle basi militari e della produzione delle armi che avevano luogo sulla costa occidentale, oltre al sentimento di "solidarietà" che gli individui di origine giapponese provavano nei confronti della loro madrepatria. Grazie a un espediente di natura processuale, la Corte ha potuto limitare il proprio sindacato alle sole misure di coprifuoco, non addentrandosi, intenzionalmente, nell'affrontare il più spinoso tema delle deportazioni – oggetto invece della decisione di poco successiva in *Korematsu*.

Più precisamente, i giudici hanno affermato che il coprifuoco costituiva una misura protettiva necessaria, conseguendone che la discriminazione razziale era giustificata giacché, in tempo di guerra, i residenti che hanno legami etnici con un nemico invasore possono rappresentare una fonte di pericolo maggiore rispetto a quelli di origini diverse. L'*iter* argomentativo adottato dalla Corte è di sicuro interesse. Anzitutto, ha posto l'attenzione sui fatti e sulle circostanze che erano alla base dell'imposizione del regime di coprifuoco, dipingendo a tale scopo i giapponesi-statunitensi come una presenza minacciosa e isolata negli Stati Uniti. Dipoi, ha posto l'accento sul carattere sostanzialmente innocuo della misura del coprifuoco.

In dettaglio, si è affermato come ogni controllo militare della popolazione di una zona pericolosa in tempo di guerra implichi necessariamente una qualche violazione della libertà individuale, alla stregua dell'istituzione di linee di fuoco durante fenomeni incendiari, ovvero in guisa simile al confinamento delle persone nelle loro case in presenza di allarmi antiaereo. Nessuna delle citate misure, secondo la prospettiva della Corte, potrebbe a ben vedere essere percepita come una violazione dei diritti previsti dalla Costituzione. Quantunque l'opinione unanime abbia ritenuto che le distinzioni tra cittadini operate esclusivamente sulla base della loro etnia siano di per sé odiose per un popolo libero le cui istituzioni si fondano sul principio di uguaglianza, ha cionondimeno concluso nel senso che un simile principio è cedevole di fronte a preoccupazioni che riguardano la difesa nazionale e il successo bellico.

Da qui, atteso che il potere esecutivo aveva invocato proprio tali preoccupazioni a giustificazione della discriminazione degli individui di origine giapponese, la Corte ha stabilito che la misura del coprifuoco superava il vaglio di conformità costituzionale in quanto fondata su una base razionale (*rational basis*). Del resto, la stessa scelta da parte della Corte di adottare un consimile scrutinio, nei fatti il meno incisi-

vo in termini di controllo sull'operato degli altri poteri dello Stato a legittimazione politica e più gravoso per i ricorrenti su cui incombe l'onere della prova, è sintomatica di un elevato livello di deferenza nei confronti dei pubblici poteri. Una simile postura non sorprende: durante la presidenza del giudice Stone in Corte suprema, il test è stato impiegato anche in altre ipotesi in cui ci si lamentava della violazione della clausola del *due process* rispetto a leggi limitative dei diritti afferenti alla sfera economica e sociale (Cap. 4 par. 3). In base al *rational basis test*, le disposizioni legislative beneficiano di una presunzione forte di costituzionalità, dovendosi attestare lo scrutinio sulla consequenzialità tra mezzi e scopi delle leggi oggetto di verifica⁶. Insomma, nei fatti e nelle circostanze del particolare contesto bellico si rinvenivano valide ragioni per differenziare i cittadini giapponesi dal resto della popolazione.

È interessante notare come l'opinione unanime sia stata estesa dal giudice Stone. Lo stesso che, nella celebre *footnote four* nella decisione *United States v. Carolene Products* [304 U.S. 144 (1938)], ammoniva circa la necessità di mettere da parte il test della base razionale a vantaggio di un controllo più rigoroso sulla ragionevolezza e sulla legittimità nei casi in cui la legge impugnata desse la parvenza di – tra l'altro – arrecare pregiudizio alle minoranze discrete e insulari (Cap. 4 par. 3). Come conciliare questa apparente contraddizione? È la stessa opinione unanime a fornire la risposta: la ragion di Stato doveva prevalere in tempo di guerra, e il potere esecutivo doveva essere libero di agire senza uno scrutinio rigoroso da parte del giudiziario. Va precisato come il test in questione abbia trovato una sua applicazione, ancorché celatamente, nel caso *Korematsu*, e sia stato imbracciato più di recente – in un inquietante parallelismo secondo alcuni – nella lite contro Trump a seguito dell'introduzione del cosiddetto *muslim ban* di cui ci occuperemo nel prosieguo.

La pronuncia appena passata in rassegna ha gettato le fondamenta per ulteriori sviluppi argomentativi in ordine alla validità delle misure introdotte con gli ordini esecutivi succitati. Con il progredire dello sforzo bellico statunitense, e con il crescere delle tensioni con le potenze dell'Asse, il sentimento anti-giapponese si è intensificato

⁶ Approfondimenti in K.R. Eyer, *The Canon of Rational Basis Review*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 2018, p. 1317 ss.

sempre più. Testimonianza ne è la già evocata sentenza resa dalla Corte suprema nel caso *Korematsu*.

4. Segue: Le sentenze *Korematsu* ed *Ex Parte Endo*

Fred Korematsu era nato a Oakland nel 1919 da genitori giapponesi immigrati negli Stati Uniti. Nel maggio 1942, fu arrestato a San Leandro, località della California, con l'accusa di aver violato l'ordine del generale DeWitt che imponeva alla persone di origine giapponese di evacuare l'area e di presentarsi per essere internate in un centro di raccolta. Come prima di lui aveva fatto Hirabayashi, anche Korematsu contestò la legittimità costituzionale di tali misure, reputandole ingiustificatamente selettive nei confronti dei giapponesi-statunitensi. Se, in precedenza, la Corte aveva potuto evitare di affrontare la legittimità costituzionale delle misure di detenzione, ricorrendo all'espediente sopra descritto, le modalità con cui le doglianze di Korematsu erano formulate le resero più difficoltoso agire in questo senso. Più precisamente, sebbene a rigore le misure contestate concernevano la sola tematica della evacuazione, in realtà nelle doglianze formulate in giudizio dal cittadino tali misure venivano qualificate come facenti parte di un piano unitario. In altri e più chiari termini, gli ordini di evacuazione erano parte integrante, e passaggio imprescindibile, di un sistema coordinato di ricollamento forzato in centri di raccolta di coloro i quali presentavano lignaggio giapponese.

Nonostante ciò, i giudici hanno rifiutato di affrontare la legittimità costituzionale delle misure detentive, dando l'impressione che gli sforzi argomentativi profusi per confezionare la decisione erano più che altro orientati a sottrarsi da un pronunciamento su tale questione, e non anche a dirimere i reali dubbi costituzionali prospettati sulle misure avversate. Pur concedendo che l'evacuazione obbligatoria avesse lo scopo ultimo di consentire l'internamento dei giapponesi statunitensi, la Corte ha insistito nel sostenere come non vi erano elementi di fatto e di diritto che facessero ritenere come la sola presenza di Korematsu nel centro di raccolta avrebbe avuto quale esito naturale la detenzione in un campo di internamento.

L'opinione ha affermato che «indipendentemente dalla vera natura dei centri di raccolta e di reinsediamento – e riteniamo ingiustificato chiamarli campi di concentramento, con tutte le connotazioni negati-

ve che questo termine implica – ci troviamo di fronte specificamente a nient'altro che un ordine di espulsione». Sicché «inquadrare questo caso entro i contorni della discriminazione razziale, senza fare riferimento ai reali pericoli militari che si presentavano, non fa che confondere le questioni. Korematsu non è stato escluso dall'area militare a causa dell'ostilità nei suoi confronti o nei confronti della sua razza». Ha proseguito la Corte sottolineando che egli «è stato escluso perché siamo in guerra con l'Impero giapponese, perché le autorità militari legittimamente costituite temevano un'invasione della nostra costa occidentale e si sentivano costrette ad adottare adeguate misure di sicurezza, avendo valutato che l'urgenza militare della situazione richiedeva che tutti i cittadini di origine giapponese fossero temporaneamente segregati dalla costa occidentale e, infine, perché il Congresso, riponendo la sua fiducia in questo periodo di guerra nei nostri leader militari – come inevitabilmente deve fare – ha stabilito che essi dovessero avere il potere di fare proprio questo. C'erano prove di slealtà da parte di alcuni, le autorità militari ritenevano che la necessità di agire fosse impellente e che il tempo fosse poco». Così non era possibile, avvalendosi del beneficio dell'accertamento a posteriori, stabilire ora per allora che le misure fossero ingiustificate.

È opportuno far notare come la conclusione cui è giunta la Corte ha riposato sul precedente *Hirabayashi*, sebbene quest'ultimo riguardasse a ben vedere la diversa misura – in punto di fatto e di diritto – del coprifuoco notturno. Sia come sia, è proprio in virtù di *Hirabayashi* che la maggioranza dei giudici non ha ravvisato elementi conclusivi che facessero ritenere esorbitante dai poteri attribuiti al Congresso e all'Esecutivo la deportazione coatta – durante il Secondo conflitto mondiale – dei cittadini di ascendenza giapponese dalla costa occidentale. A differenza del caso *Hirabayashi*, in *Korematsu* la Corte avrebbe affermato di aver fatto uso del diverso test dello scrutinio stretto (*strict scrutiny*) nel vaglio di costituzionalità dell'apparato normativo impugnato. Se non che questa affermazione si risolve in un mero esercizio retorico, che occulta invero l'effettivo test impiegato: quello della base razionale.

E ciò è certificato dalle seguenti tre considerazioni. In primo luogo, l'opinione di maggioranza – come detto – pone a fondamento della pronuncia proprio *Hirabayashi*, che è stato risolto giustappunto applicando il livello più permissivo di sindacato giurisdizionale. In secondo luogo, la circostanza per cui l'opinione di maggioranza pone l'onere della prova circa la legittimità delle misure impugate in capo ai pub-

blici poteri, come invece sarebbe richiesto dallo *strict scrutiny*. In terzo luogo, a completamento del quadro, l'invocazione della necessaria ricorrenza di un interesse pubblico particolarmente pregnante onde stabilire la legittimità di una certa misura restrittiva su base razziale viene smentita in concreto dall'atteggiamento di particolare deferenza mostrato dalla Corte nei confronti dei pubblici poteri in ordine all'esistenza di un consimile interesse nel caso *Korematsu*⁷.

La decisione appena analizzata della Corte suprema è una delle più discusse e criticate della sua storia. Ne è sintomatico il fatto che – a differenza del precedente sul coprifuoco – il massimo organo giurisdizionale statunitense non si sia espresso all'unanimità, bensì a maggioranza, e in presenza di tre giudici fortemente dissenzienti i quali denunciavano come la Corte si fosse spinta ben oltre il *decisum* in *Hirabayashi*. Non solo: come vedremo nel prosieguo di questo capitolo, sarà la giurisprudenza successiva della medesima Corte a reputare gravemente sbagliata *Korematsu*.

L'ultimo capitolo della saga del nemico giapponese dinanzi alla Corte suprema si è consumato con una pronuncia su un caso di detenzione di una cittadina statunitense di origine giapponese [*Ex Parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944)]. Nata e cresciuta negli Stati Uniti, Mitsuye Endo, all'epoca dei fatti ventitreenne, nel giugno 1942 era stata evacuata con la forza da Sacramento, California, e detenuta in un campo di internamento. In una decisione emessa lo stesso giorno di *Korematsu*, la Corte suprema ha ordinato il rilascio di Endo, ma con un'argomentazione che ancora una volta scongiora in ogni modo possibile la trattazione della compatibilità costituzionale delle misure detentive contenute negli ordini esecutivi e avallate dal Congresso. Quella secondo cui ella fosse una cittadina onesta e rispettosa della legge.

Da qui, una serie di considerazioni che fanno trasparire la necessità della Corte di distanziarsi quanto più possibile dall'effettuare un sindacato di costituzionalità sulle misure citate, riparando piuttosto su espedienti retorici utili a tenere ferma la cornice elaborata in *Hirabayashi* e *Korematsu*.

Secondo la Corte, non era annoverato tra i poteri riconosciuti dalle misure confezionate, né espressamente né implicitamente, quello di sottoporre alla propria procedura un cittadino degli Stati Uniti rico-

⁷ Nei termini, v. F. Falorni, *Bilanciare i diritti. Esperienze di common law a confronto*, Torino, 2025, p. 192, nt. 173.

nosciuto come leale e rispettoso della legge. L'unico scopo della legge del 1942 e degli ordini esecutivi presidenziali era la protezione dello sforzo bellico contro lo spionaggio e il sabotaggio. Donde l'impossibilità di desumere da un simile scopo il potere di detenere un cittadino a cui gli attributi menzionati erano stati riconosciuti espressamente dai pubblici poteri. Del resto, nel momento in cui la Corte pronunciava la propria decisione, l'esercito stesso aveva affermato che la detenzione non fosse più necessaria, e aveva annunciato pubblicamente che avrebbe rilasciato i giapponesi statunitensi⁸.

5. L'11 settembre e la fisionomia del nuovo nemico: il terrorista

Manhattan, 11 settembre 2001, ore 8:46: un Boeing 767, dirottato da alcuni terroristi di matrice islamica, si schianta contro la torre nord del *World trade center*. Ore 9:03: un secondo aereo colpisce la torre sud. Un terzo aereo, nel frattempo, viene dirottato contro la sede del Pentagono. Un quarto, invece, in seguito alla rivolta di alcuni passeggeri, viene fatto precipitare in Pennsylvania.

Gli eventi, tanto scenografici quanto tragici, costituiscono un momento di svolta a livello internazionale e smentiscono le illusioni di un mondo pacificato: ideale questo coltivato in particolare a seguito della caduta del muro di Berlino.

Il clima internazionale cambia, e in particolare muta l'approccio statunitense alle relazioni internazionali: l'allora Presidente, George W. Bush Jr., reagisce in maniera muscolare tanto in politica estera, quanto in politica interna. Viene coniata l'espressione Guerra globale al terrorismo (*Global war on terrorism*), ovverosia misure di intervento militare atte a perseguire tutti quei gruppi che siano variamente riconducibili al terrorismo (non solo islamista, ma più in generale anti-occidentale), e anche gli Stati che a tali gruppi forniscono supporto e protezione. Da qui il dispiegamento di forze contro un nemico sostanzialmente indefinito: il terrorista, ovverosia tutti coloro i quali compiano (o intendano compiere, stante il carattere eminentemente preventivo della guerra in questione) atti violenti a scapito dei punti nevralgici del Paese con il precipuo scopo di provocare instabilità tra la popolazione.

⁸ L. Davies, *Ban on Japanese Lifted on Coast*, in *New York Times*, 18 dicembre 1944, A1.

Tutto questo trova un efficace riassunto nelle parole pronunciate da Bush nell'immediato post-attentato alle Torri gemelle: «Il nostro nemico è una rete radicale di terroristi, al pari di ogni governo che li sostiene. La nostra guerra al terrorismo inizia con le cellule di Al-Qaeda, ma non si arresta qui. Non terminerà sinché ogni gruppo terroristico di portata globale non sarà stato individuato, fermato e sconfitto»⁹.

Per quanto qui maggiormente interessa, attesa la sua rilevanza per lo sviluppo della giurisprudenza della Corte suprema in materia di diritto del nemico, la risposta sul piano domestico agli attentati è paragonabile a quella messa in campo sul piano internazionale con la guerra in Afghanistan.

Il giorno 26 ottobre, cavalcando l'onda lunga dell'emozione provocata dagli attentati, e potendo beneficiare del supporto agglutinatosi intorno alla sua figura in un momento particolarmente delicato della storia statunitense, Bush promulga lo Usa patriot Act (acronimo di Uniting and strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism Act). Il pacchetto legislativo risulta essere oltremodo articolato: un provvedimento normativo che – tra l'altro – amplia i poteri delle agenzie federali impegnate nella prevenzione e repressione del fenomeno terroristico, si occupa dei servizi di *intelligence*, disciplina il trattamento da riservare a soggetti sospettati di organizzare o di concorrere a organizzare attentati di stampo terroristico, detta precisi criteri sulle modalità di contrasto all'afflusso delle risorse finanziarie nella disponibilità delle organizzazioni coinvolte nel fenomeno, rafforza i controlli delle frontiere, nonché i poteri delle autorità competenti in materia di immigrazione, etc.¹⁰

Tra le misure più controverse, oltre a quelle in materia di potenziamento dei poteri investigativi delle autorità preposte alla repressione del terrorismo, spicca il trattamento previsto per gli stranieri sospettati di prendere parte ad attività terroristiche. E in effetti il cliché a mente del quale l'11 settembre ha cambiato tutto è forse più vero che mai nel campo della procedura penale¹¹.

⁹ Address to a Joint Session of Congress and the American People, 20 settembre 2001.

¹⁰ Approfondimenti in A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, p. 515 ss.

¹¹ S. Reza, *Unpatriotic Acts: An Introduction*, in *New York Law School Law Review*, 48, 2003, p. 3 ss.

La sez. 412 dello Usa patriot Act attribuisce al procuratore generale (*Attorney general*) il potere di tenere in custodia qualunque straniero che si trovi negli Stati Uniti ove vi sia un fondamento ragionevole di credere che costui abbia commesso in passato, o stia progettando di farlo, attività di terrorismo, o in ogni caso attività che minaccino la sicurezza nazionale. A completare il quadro interviene un ordine militare del Presidente Bush¹²: con esso viene stabilito che i terroristi riconducibili all'organizzazione terroristica Al-Qaeda vengano trattenuti nella prigione situata nella baia di Guantanamo, formalmente su territorio cubano ma soggetta al controllo statunitense.

Va fatto notare come nell'ordine militare si impieghi la nozione di nemici combattenti irregolari (*unlawful enemy combatant*): si tratta di una nozione dalle maglie larghe, nel cui campo semantico – nel corso del tempo – sono stati fatti rientrare non solo i terroristi e i civili reputati essere collegati in vario modo ad Al-Qaeda, ma anche una lista eterogenea di combattenti irregolari, dentro e fuori il contesto di guerra, come ad esempio i militanti locali affiliati alle organizzazioni terroristiche transnazionali, i membri dell'esercito talebano, i soldati dello Stato islamico e così discorrendo. In effetti, l'espressione nemici combattenti irregolari, stante la sua intrinseca elasticità, è stato forse uno dei lasciti più rilevanti dell'apparato concettuale impiegato durante la guerra globale al terrore. Un apparato concettuale che ha consentito ad accademici, militari, e decisori politici di giustificare una serie di pratiche, che spaziano dalla detenzione di cui stiamo trattando in questa sede sino alle operazioni di uccisioni mirate (*targeted killing*).

Appunto nel quadro di cui ci stiamo occupando la nozione di nemici combattenti è stata strumentale per qualificare individui, di diverse nazionalità, attivi nelle ostilità contro gli Stati Uniti nell'alveo della guerra al terrore. Va precisato, sul punto, come questa figura del nemico sia sottratta, a rigore, dall'operatività delle Convenzioni di Ginevra del 1949, e più in particolare sul regime di trattamento dei prigionieri di guerra. Infatti, i nemici combattenti non appartengono alle truppe ufficiali di uno Stato belligerante. Vi è di più: poiché dall'impossibilità di qualificarsi come prigionieri di guerra discende pure, come corollario voluto dall'Amministrazione statunitense per inasprire la reazione al terrorismo, che essi hanno un particolare status che ne consente la detenzione

¹² Military order – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism (13 novembre 2001).

per un tempo indefinito, e in un territorio che solo da un punto di vista sostanziale, ma non formale, è controllato dagli Stati Uniti. Il tutto vale a privarli di una delle garanzie più antiche della tradizione di *common law*: ovverosia dell'*habeas corpus*. Com'è noto, esso postula il diritto del detenuto a comparire davanti a un giudice per la revisione degli ordini limitativi della libertà personale, affinché per il tramite di una procedura scandita dalla legge possa stabilirsi la legittimità dei presupposti e le condizioni dell'esecuzione del trattamento detentivo.

Volendo riassumere, sono tre gli elementi di frizione presentati dalla sez. 412 dello Usa patriot Act che valgono a chiarire la rilevanza della tematica nella giurisprudenza statunitense, e più segnatamente del suo massimo organo: *i.* la durata non predeterminata, e prorogabile, della detenzione disposta dal potere esecutivo; *ii.* lo svuotamento dell'*habeas corpus*; *iii.* la circostanza che la detenzione avvenga al di fuori del suolo statunitense.

6. La giurisprudenza su Guantanamo

Due australiani e dodici kuwaitiani venivano catturati dall'esercito statunitense in Pakistan e in Afghanistan durante giustappunto la guerra al terrorismo post-11 settembre. Quindi, i prigionieri erano trasportati nella base militare di Guantanamo. Avendo avuto conoscenza della detenzione, le rispettive famiglie si sono attivate e hanno presentato ricorso a una corte distrettuale federale invocando l'*habeas corpus*, e domandando la conseguente declaratoria di incostituzionalità della prigionia per come realizzata. Hanno sostenuto in particolare che la decisione dell'esecutivo di negare l'assistenza legale degli avvocati e il trattenimento a tempo indeterminato senza la possibilità di ricorrere a un tribunale per contestare la qualificazione come "nemici combattenti" si ponessero in violazione della clausola del *due process* di cui al 5. emendamento.

Tanto in primo grado quanto in appello i giudici hanno respinto il ricorso così formulato sull'assorbente considerazione dell'assenza di giurisdizione *ratione loci* per via della localizzazione extra-territoriale della struttura detentiva. Da qui il ricorso alla Corte suprema, alla quale è stato posto l'interrogativo circa la sussistenza della giurisdizione delle corti statunitensi nell'esaminare ricorsi presentati da cittadini stranieri detenuti all'estero dall'esercito statunitense, segnatamente a Guantanamo.

Nella decisione resa sul finire del giugno 2004, *Rasul v. Bush* [542 U.S. 466 (2004) – Materiali 2], la questione prospettata viene risolta esclusivamente sulla base dell'interpretazione e applicazione delle leggi vigenti (*statutory interpretation* o *constructory interpretation*), senza farsi menzione alcuna delle problematiche costituzionali sottese a una simile detenzione e alle peculiari caratteristiche che la circondano (in particolare al 5. emendamento citato). In dettaglio, tutto l'impianto argomentativo del massimo organo giudiziario ha ruotato intorno alla applicabilità, a chi sia detenuto fuori dal territorio statunitense, delle disposizioni di legge che attribuiscono alle Corti federali la giurisdizione su domande di *habeas corpus* (28 U.S.C. sez. 2241) formulate da individui che ritengano di essere detenuti in spregio alla Costituzione, alle leggi e al diritto internazionale pattizio vincolante per gli Stati Uniti.

Nella propria argomentazione, l'opinione di maggioranza fa riferimento a un risalente precedente, posto alla base delle decisioni nei gradi precedenti, e relativo a strutture detentive situate in Germania e controllate dagli Stati Uniti nel periodo immediatamente successivo alla Seconda guerra mondiale. In quella pronuncia si era stabilito che i tribunali statunitensi non avevano giurisdizione sui criminali di guerra tedeschi non trovandosi questi su suolo statunitense [*Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950)].

Tuttavia, la Corte suprema ha operato un distinguo (*distinguishing*) rispetto a tale precedente: e ciò a causa della differente situazione di controllo statunitense sul territorio di Guantanamo rispetto a quello tedesco. Benché, infatti, Guantanamo non sia territorio degli Stati Uniti, e dunque su di esso non viene esercitata una piena sovranità, è innegabile che quella porzione ricade nella loro giurisdizione esclusiva.

Da cui la considerazione che la questione da risolvere si attesta su un piano parzialmente differente, ovverosia quello di stabilire se l'*habeas corpus* attribuisca l'accesso al sindacato giurisdizionale sulla detenzione di cittadini stranieri da parte dell'Amministrazione federale in un territorio sul quale gli Stati Uniti esercitano una giurisdizione piena ed esclusiva, ma non sono titolari anche di una sovranità ultima (*ultimate sovereignty*).

Secondo i giudici il controllo pieno ed effettivo del sito è sufficiente a far sorgere un diritto dei detenuti a far valere l'*habeas corpus*. Segnatamente, una simile conclusione è coerente con la portata storica dell'istituto medesimo. Nella tradizione di *common law* è persistente la presenza di giudizi su richieste di cittadini stranieri detenuti nel ter-

ritorio sovrano della Corona inglese, nonché su richieste di persone detenute nelle giurisdizioni in cui gli ordinari *writ* non trovavano applicazione, ovvero ancora in tutti i domini sotto il controllo sovrano. La risposta alla domanda prospettata alla Corte è dunque inequivocabile. Considerato che non ha formato oggetto di contestazione la giurisdizione del tribunale sui custodi (*i.e.*, l'Amministrazione federale) deve ritenersi sussistente la giurisdizione per esaminare richieste di *habeas corpus* presentate dai ricorrenti in merito alla legalità della loro detenzione nella base navale della baia di Guantanamo.

La saga dei *Guantanamo cases*, iniziata con la controversia appena analizzata, si arricchisce di altri episodi significativi.

In *Hamdi v. Rumsfeld* [542 U.S. 507 (2004)], i fatti di causa hanno riguardato un cittadino statunitense. Nell'autunno del 2001, Yaser Hamdi veniva arrestato dall'esercito degli Stati Uniti in Afghanistan. Era quindi accusato di aver combattuto per i talebani contro gli Stati Uniti, dichiarato essere combattente nemico e detenuto a Guantanamo. Appresa la sua cittadinanza statunitense, l'Amministrazione federale lo ha trasferito in una prigione militare nello Stato della Virginia.

Il padre del detenuto ha quindi presentato una richiesta di *habeas corpus*, accolta dalla corte federale distrettuale. La quale corte, però, ha ritenuto di non poter decidere se il potere esecutivo aveva ben operato nel dichiarare Hamdi come combattente nemico. Non era stata messa nella condizione, infatti, di poter prendere visione e di valutare il materiale probatorio e i criteri impiegati per giungere alla qualificazione da parte del Governo. Per l'effetto, ha emanato un ordine di esibizione contro quest'ultimo, il quale – ritenendo che lo status di nemico combattente non avrebbe potuto formare oggetto di sindacato giurisdizionale – si è rifiutato di adempiere e ha proposto appello. La Corte d'appello del Quinto circuito ha dato ragione all'Esecutivo guidato da Bush, stabilendo che la separazione dei poteri richiedeva ai tribunali di essere deferenti nei confronti di quest'ultimo sulla qualificazione di nemico combattente. E ciò in quanto il potere esecutivo, al contrario del potere giudiziario, era meglio equipaggiato a sorvegliare le condotte dei soggetti coinvolti nei conflitti all'estero.

Insoddisfatto dell'esito dell'appello, Hamdi ha ricorso alla Corte suprema, la quale ha dovuto affrontare la questione circa la sussistenza di una violazione del diritto al giusto processo del 5. emendamento perpetrata dall'Amministrazione federale ai danni del ricorrente in ragione della detenzione a tempo indeterminato, senza l'assistenza

di un legale, e basandosi esclusivamente su una dichiarazione come “combattente nemico” da parte dell’Amministrazione medesima. Il tutto, dovendo chiarire a monte se il principio di separazione dei poteri imponga ai tribunali federali di mostrare deferenza alle decisioni dell’esecutivo in ordine alla qualificazione di un cittadino statunitense come “combattente nemico”.

Con una opinione che non è stata in grado di coagulare il sostegno della maggioranza (*plurality opinion*) (Cap. 1 par. 6), la Corte si è espressa nel senso che Hamdi è titolare del diritto di vedere soggetta a scrutinio giudiziale la propria posizione. Ciò essendo valevole anche in tempo di guerra, non potendo la deferenza manifestata in favore del giudiziario estendersi al punto da investire questioni che attengono alla protezione dei diritti individuali dei cittadini, tra cui appieno rientra l'*habeas corpus*. In altri termini, le garanzie del giusto processo previste dal 5. emendamento conferiscono a un cittadino detenuto negli Stati Uniti come combattente nemico il diritto di contestare in ogni caso tale detenzione dinanzi a un giudice terzo e imparziale.

Anche qui, come in *Rasul v. Bush*, la Corte è particolarmente attenta a perimetrare restrittivamente l’ambito del proprio sindacato, tentando quanto più le è possibile di scongiurare una pronuncia netta in ordine alla costituzionalità della detenzione nell’alveo della guerra al terrorismo¹³. Se, infatti, in *Rasul* i fuochi dell’attenzione sono stati posti sull’interpretazione del testo di legge, in *Hamdi* dirimente è stata ritenuta la circostanza che il ricorrente fosse un cittadino statunitense. Così, di fatto, lasciando inevasa la domanda circa la conformità a Costituzione del più generale tema del trattamento dei nemici combattenti.

Il quadro viene completato da due ulteriori decisioni rese dalla Corte suprema. La prima è relativa alla legittimità dell’apparato previsto dall’Amministrazione federale per la valutazione della condotta dei prigionieri [*Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006)]. L’apparato prevedeva che una simile valutazione fosse svolta da una commissione militare, di stampo inquisitorio, in guisa che il detenuto/imputato non aveva accesso al materiale probatorio posto a suo carico, non aveva diritto all’assistenza di un legale di sua fiducia, in più le dichiarazioni da lui rese mediante coercizione potevano essere liberamente utilizzabili dalla commissione, e – infine – tutta la procedura era presidiata da un regime di segretezza.

¹³ In termini, G. Romeo, *Inter arma silent iudices? L’habeas corpus al tempo della lotta al terrorismo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, p. 1801 ss.

Le decisioni assunte dalla Commissione potevano essere impugnate, in virtù del *Detainee treatment Act* del 2005, esclusivamente dinanzi alla Corte di appello del circuito del Distretto di Columbia.

Il sistema è stato censurato dalla Corte suprema, avendo quest'ultima concluso nel senso che il tipo di commissione militare istituita non trovava né esplicita autorizzazione in un atto del Congresso, né poteva dirsi rientrante nei poteri impliciti dell'Esecutivo. In guisa che la commissione era tenuta a conformarsi in ogni caso alle leggi ordinarie degli Stati Uniti e alla legislazione di guerra. Sicché l'esclusione di Hamdan da alcune parti del suo processo ritenute riservate dalla commissione militare si era posta in violazione con entrambi gli apparati normativi, e il processo era quindi illegittimo.

Nel 2006, il Congresso, in reazione all'arresto della Corte suprema da ultimo riportato, approva il *Military commissions Act*, il cui scopo principale è duplice. In primo luogo, vuole sottrarre alla giurisdizione federale i ricorsi proposti dai detenuti di Guantanamo con l'istituzione di tribunali speciali, denominati *Combatant status review tribunal*. In secondo luogo, nel far ciò tenta di recepire le soluzioni offerte dalla giurisprudenza analizzata, cercando di apprestare agli *enemy combatant* procedure che siano in grado di offrire una tutela equivalente rispetto a quella normalmente accordata dinanzi alle Corti federali con il regime dell'*habeas corpus*. Veniamo dunque all'ultima decisione rilevante sui *Guantanamo cases*. Infatti, anche la fonte legislativa approvata nel 2006 viene censurata dalla Corte suprema, lì dove pregiudica ai nemici combattenti di avere accesso all'*habeas corpus* dinanzi agli organi giurisdizionali. Il punto di equilibrio tra le esigenze dell'Amministrazione, da un lato, e del potere giudiziario di assicurare il dettato costituzionale, dall'altro, viene individuato nell'elevata deferenza che i giudici devono riservare nel sindacare gli atti dell'Esecutivo in cui si riscontra il ragionevole fondamento nella qualificazione degli imputati come nemici combattenti, e dunque della loro detenzione [*Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008)].

7. Tra vecchie e nuove forme di nemico

Stabilizzatisi gli assetti costituzionali nel modo che abbiamo descritto, la dialettica con le Corti sul diritto del nemico entra in uno stato di quiescenza per due lustri. A rinfocolarla ha provveduto l'avvento di Donald Trump alla presidenza degli Stati Uniti all'inizio del 2017. In

questo frangente, la retorica del nemico terrorista islamico è stata cooptata per celare iniziative di marca etnonazionalista volte a perseguire politiche migratorie di segno escludente e restrittivo nei confronti degli individui provenienti da Paesi prevalentemente di fede musulmana. Il tutto, come avremo modo di saggiare, è stato affrontato dalla Corte suprema con un atteggiamento che allude in maniera vistosa all'approccio deferente assunto nei casi analizzati in questo capitolo: la discussione ha riguardato non tanto la legittimità costituzionale di misure così selettive e discriminatorie, quanto la ricerca spasmodica (e rapsodica) di un equilibrio tra poteri dello Stato.

Cominciamo con gli antefatti. Insediatosi alla Casa Bianca nel gennaio 2017, Trump, tra le prime iniziative presidenziali assunte, ha firmato un ordine esecutivo con cui, per quanto qui di interesse, ha sospeso per 90 giorni l'ingresso nel Paese a cittadini stranieri provenienti da Iran, Iraq, Libia, Somalia, Sudan, Siria e Yemen con il declamato fine di proteggere i cittadini statunitensi da attacchi terroristici compiuti da cittadini stranieri¹⁴. Che il provvedimento in questione fosse pretestuoso lo dimostra il fatto che nessuno degli attentatori dell'11 settembre proveniva dai Paesi elencati.

Il provvedimento è stato immediatamente impugnato dinanzi a una Corte distrettuale federale, la quale ne ha sospeso l'operatività su tutto il territorio nazionale attraverso l'emanazione di una *universal injunction*. Questo tipo di provvedimento, conosciuto anche come *national o nationwide injunction*, aveva natura cautelare e risultava vincolante *erga omnes* (dunque non solo per le parti della controversia) ed era assunto sulla base di una certa interpretazione estensiva del Judiciary Act del 1789. L'utilizzo del tempo verbale al passato non è casuale. Infatti, a seguito del massiccio impiego da parte delle corti nei confronti dei provvedimenti impugnati durante il secondo mandato di Trump, la questione circa la sua legittimità è stata portata all'attenzione della Corte suprema, la quale ha dichiarato l'esorbitanza di una simile misura rispetto ai poteri riconosciuti ai giudici dalla legge [*Trump v. CASA*, 606 U.S. __ (2025)].

A ogni modo, con un provvedimento di poco successivo, Trump ha reiterato il contenuto del primo ordine esecutivo, giungendo peraltro a estendere la durata di quello che nel linguaggio giornalistico è stato ribattezzato *muslim ban* oltre i 90 giorni inizialmente fissati, e a tempo

¹⁴ Executive order n. 13769 – Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States (27 gennaio 2017).

indefinito. In aggiunta a ciò, si è stabilita la sospensione, a partire dal marzo 2017 e per 120 giorni, del programma di ammissione per i rifugiati (lo *U.S. Refugee admission program*) provenienti dalla Siria.

Ben presto, le misure descritte sono state impugnate nei tribunali, sino a giungere alla Corte suprema, che le ha affrontate in una discussa pronuncia resa nel giugno del 2018 [*Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 667 (2018) – Materiali 3]. Conviene iniziare con il dire come le doglianze dei ricorrenti erano tutte volte a dimostrare la natura discriminatoria su base religiosa delle misure di Trump. E più precisamente la circostanza che esse non trovassero un temperamento nel perseguimento di interessi legati alla sicurezza nazionale. Da cui la lamentata violazione del 1. emendamento, nella parte in cui fa divieto di introdurre alcuna legge che stabilisca una religione di Stato ovvero che proibisca il libero esercizio di qualsivoglia fede religiosa.

Di tutt'altro avviso è stata invece la maggioranza dei giudici: questa ha fatto rilevare come i provvedimenti adottati da Trump non presentassero alcuna ostilità religiosa manifesta, sostanzandosi piuttosto in un legittimo esercizio delle prerogative presidenziali nello stabilire, in forza dell'*Immigration and nationality Act* del 1965, cosa vada reputato dannoso per gli interessi della Nazione.

In dettaglio, l'opinione di maggioranza ritiene che, giusta la legge richiamata, i cittadini stranieri desiderosi di fare ingresso negli Stati Uniti sono sottoposti a un processo di verifica per garantire il rispetto dei numerosi requisiti per l'ammissione nel Paese. La legge, inoltre, conferisce al Presidente il potere di limitare l'entrata di cittadini stranieri ove ritenga che ciò sarebbe dannoso per gli interessi degli Stati Uniti. Così, fondandosi su tale delega, il Presidente Trump ha reputato sussistente la necessità di imporre restrizioni verso cittadini di Stati che non condividono informazioni adeguate a una determinazione informata dell'ingresso, o che presentano rischi per la sicurezza nazionale.

Sicché il proclama si fonda espressamente su finalità legittime: ossia impedire che cittadini non adeguatamente controllati entrino negli Stati Uniti, e così pure – a mo' di effetto collaterale sperato – indurre altre nazioni a migliorare le loro pratiche in tema di emigrazione. Il testo, malgrado il linguaggio giornalistico, non fa alcun riferimento espresso alla religione. E neppure a ciò sarebbe rilevante la considerazione per cui gli Stati inclusi nel proclama presidenziale siano a maggioranza musulmana. Infatti, il fatto di per sé non vale a radicare un'ipotesi di ostilità religiosa, atteso che l'iniziativa coinvolgeva solo l'8% della popolazione

musulmana mondiale, ed era limitata peraltro a Paesi già in precedenza designati sia dal Congresso sia dalle Amministrazioni federali precedenti come potenzialmente pericolosi per la sicurezza nazionale.

Da qui, nell'ottica della Corte, la non necessità di adottare uno scrutinio rigoroso nel vagliare le misure dell'Amministrazione: non vi sarebbero gli indici sintomatici di una discriminazione su base religiosa, che innescerebbe una tutela rafforzata facendosi applicazione dello *strict scrutiny* (Cap. 4 par. 3). Piuttosto, si è in presenza di un apparato normativo neutrale (salvo prova contraria eventualmente da parte dei ricorrenti) che rientra nelle prerogative presidenziali.

Da ciò consegue, logicamente e alla stregua dei precedenti analizzati nella saga anti-giapponese, che la Corte ha fatto ricorso al deferente test, nei confronti dell'operato dell'Esecutivo, della *rational basis*. In base a tali rilievi, la maggioranza dei giudici è giunta alla conclusione per cui il Governo ha fornito una giustificazione sufficiente in materia di sicurezza nazionale a supporto della propria posizione e per superare il vaglio di razionalità. Si legge come non sia intenzione della Corte quella di esprimere un giudizio sulla fondatezza della politica di Trump; piuttosto essa si limita a ritenere che i ricorrenti non abbiano fornito prove sufficienti per suffragare l'incostituzionalità della politica medesima.

È interessante notare come, a molti anni di distanza dalla sua pronuncia, la Corte suprema abbia avvertito il bisogno di precisare come la sentenza *Korematsu* sia stata gravemente sbagliata *ab origine*, che è stata superata dal tribunale della storia e che non trova albergo nella Costituzione. E pure va segnalato come la maggioranza dei giudici, in virtù del parallelismo tracciato dalle opinioni di minoranza tra il *ban* di Trump e le misure anti-giapponesi, abbia avuto cura di precisare come proprio la controversia in *Trump v. Hawaii* non abbia nulla a che fare con le vicende sfociate nelle pronunce della Corte suprema sui casi dei cittadini stranieri. I detrattori della pronuncia in esame hanno però sottolineato come le due siano vicine sotto almeno due profili: in primo luogo, il rischio di deriva da piano inclinato (considerato che anche la saga anti-giapponese degli internamenti in campi di concentramento era iniziata con l'avallo di una misura apparentemente benigna, quella del coprifuoco); in secondo luogo, la vicinanza di argomentazioni sottese alle misure assunte e fondate su un'apparente neutralità razziale e religiosa¹⁵.

¹⁵ C. Dunn, *The Muslim Travel Ban And The Japanese Internment: An Ugly History Repeats*

Il *modus operandi* di Trump è rimasto fermo anche durante il suo secondo mandato alla guida degli Stati Uniti. Nell'ambito di una stretta significativa alle politiche migratorie, e anche nell'alveo del supporto mostrato dall'Amministrazione federale nei confronti dello Stato di Israele, il Presidente ha emesso nel giugno 2025 proclama presidenziale intitolato "Limitare l'ingresso di cittadini stranieri per proteggere gli Stati Uniti dai terroristi stranieri e da altre minacce alla sicurezza nazionale e alla sicurezza pubblica"¹⁶. Il divieto in questione preclude totalmente l'ingresso negli Stati Uniti di cittadini (non solo migranti, ma anche lavoratori e studenti) di Afghanistan, Myanmar, Chad, Repubblica del Congo, Guinea equatoriale, Eritrea, Haiti, Iran, Libia, Somalia, Sudan e Yemen. Ancora una volta, la sensazione è che la guerra al terrore, e l'individuazione di un nemico, sia stata estesa a tal punto da giustificare misure funzionali alla chiusura delle frontiere statunitensi.

8. Il secondo Trump e l'invocazione dell'Alien enemies Act

Ma vi è di più: la mutevolezza della fisionomia del nemico, e il suo impiego per perseguire forme di politiche etnonazionaliste trova riscontro con riguardo alle vicende che stanno interessando alcuni specifici gruppi etnici negli Stati Uniti. Il 20 settembre 2024, in un contesto caratterizzato da un aumento del numero di richiedenti asilo venezuelani in cerca di rifugio negli Stati Uniti, agevolato da alcune politiche di segno espansivo assunte dal precedente esecutivo a guida democratica, Trump ha dichiarato, durante la sua campagna presidenziale, che – ove riletto – avrebbe invocato l'Alien enemies Act per accelerare l'allontanamento degli stranieri e delle reti criminali venezuelane operanti negli Stati Uniti.

Una volta insediatosi, il 15 marzo ha firmato un proclama presidenziale che invocava tale apparato normativo contro quella che definiva una invasione perpetrata o tentata dalla banda criminale venezuelana Tren de Aragua¹⁷, autorizzando la deportazione dei membri sospettati di far parte della banda presso il Centro di detenzione per il terrorismo

Itself (Column), 29 agosto 2018, in www.nyclu.org.

¹⁶ Proclamation 10949 – Restricting the Entry of Foreign Nationals to Protect the United States from Foreign Terrorists and Other National Security and Public Safety Threats (4 giugno 2025).

¹⁷ Proclamation 10903 – Invocation of the Alien Enemies Act Regarding the Invasion of the United States by Tren de Aragua (14 marzo 2025).

in El Salvador. Il riferimento all'*Alien enemies Act* è stato criticato nella misura in cui è inedita la sua invocazione in tempo di pace.

La minacciata deportazione è stata in effetti posta in essere dall'agenzia *Immigration and customs enforcement* (Ice) nei confronti di un gruppo di venezuelani ritenuti colpevoli di presentare collegamenti con la banda criminale. Come prevedibile, la vicenda ha immediatamente fatto sorgere una controversia legale in ordine alla legittimità dell'operato di Trump.

Così, lo stesso giorno del proclama presidenziale, l'*American civil liberties union* (Aclu) e *Democracy forward* hanno presentato una *class action* presso la Corte federale del Distretto di Columbia per conto dei soggetti venezuelani colpiti dalle misure detentive e di deportazione per far constare l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione. Ritenuta persuasa dalle ragioni dei ricorrenti, la Corte adita ha emesso un provvedimento cautelare (*temporary restrictive order*) con cui ha ordinato all'Amministrazione di non procedere alla deportazione presso il centro detentivo in El Salvador.

L'Amministrazione Trump ha ciononostante proceduto all'espulsione, e ha fatto appello nei confronti del provvedimento cautelare. Risultato infruttuoso l'appello, ha quindi investito della questione la Corte suprema. Quest'ultima, con una interessante decisione di emergenza tutta incentrata su questioni eminentemente procedurali, non si è espressa nel merito della legittimità dell'operato dei pubblici poteri, ma ha piuttosto ravvisato un'erronea individuazione della Corte competente da parte dei ricorrenti [*Trump v. J.G.G.*, 604 U.S. __ (2025) – Materiali 4].

Più precisamente, secondo l'opinione resa *per curiam*, l'*Alien enemies Act* in larga misura esclude il controllo giurisdizionale, sicché l'unico rimedio possibile è quello di richieste di *habeas corpus*. Per consimili istanze, la competenza è esclusivamente delle Corti del luogo della detenzione: atteso che i ricorrenti erano detenuti in Texas prima della loro espulsione, essi avrebbero dovuto agire dinanzi alle Corti federali di quello Stato e non anche presso il Distretto di Columbia. Per l'effetto, la Corte suprema ha annullato gli ordini delle Corti inferiori, lasciando intaccata la validità dell'operato di Trump.

L'impostazione argomentativa della Corte suprema sul punto è di sicuro interesse: difatti, è evidente come essa abbia potuto trincerarsi dietro a questioni eminentemente tecnicistiche (ossia i profili di giurisdizione), e con ciò: da un lato, ha potuto salvare la forma, poiché rimane ferma la proponibilità per i destinatari delle misure assunte sulla

base dell'Alien enemies Act; dall'altro, ha nei fatti salvato la validità dell'operato dell'Amministrazione, le cui azioni e iniziative in materia di espulsioni sono – ad oggi – del tutto operative e vigenti.

In una decisione di qualche mese prima assunta in base allo *shadow docket* (Cap. 1 par. 7) e dunque sprovvista di motivazione, il massimo organo giudiziario ha confermato un provvedimento di rimpatrio negli Stati Uniti di un uomo che era stato erroneamente, per stessa ammissione del Governo, deportato nel Centro detentivo in El Salvador poiché ritenuto essere affiliato a un'organizzazione criminale. In una dichiarazione resa a valle del giudizio da una delle giudici *liberal* della Corte, si ritrovano alcuni interessanti elementi in punto di diritto circa la portata della decisione: lì si citano i precedenti della Corte legati alle vicende di Guantanamo al fine di precisare che è infondata l'argomentazione addotta dall'Amministrazione per cui sarebbe al di fuori della giurisdizione delle Corti statunitensi il potere di emanare un provvedimento di facilitazione al rimpatrio allorquando il deportato abbia oltrepassato la frontiera. A ben guardare, infatti, portato alle logiche conseguenze l'argomento, ciò consentirebbe al Governo di espellere e incarcerare qualsiasi persona, ivi inclusi cittadini statunitensi, purché lo faccia prima dell'intervento di un tribunale.

Per quanto sarebbe erroneo rendere un'immagine caricaturale di una Corte prona al Potere esecutivo, e il caso da ultimo citato è esemplificativo di ciò, non può tuttavia sottacersi come si rinvenga una certa consonanza della Corte alle prerogative trumpiane di identificare negli immigrati il nemico da combattere. Riprova ne è la circostanza che nelle due decisioni non parrebbe in discussione l'invocazione dell'Alien enemies Act per portare a compimento politiche di fatto legate all'immigrazione in tempo di pace.

Il tutto ci riporta a quanto dicevamo in apertura di capitolo: la contemporaneità offre numerosi esempi in cui la figura del nemico non è più proiettata oltre i confini dello Stato, ma viene invece ricercata al loro interno. Si identifica quindi con gli individui che popolano gli spazi marginalizzati della società, o con gruppi ritenuti culturalmente estranei e potenzialmente destabilizzanti, pertanto considerati legittimi destinatari di varie forme di ostilità. Il tutto, ancora, si salda con la mobilitazione del nemico per esorcizzare le tensioni interne a una certa comunità di vita, onde sublimare le insicurezze collettive ed ergersi a dispositivo di controllo di un corpo politico percorso da contrasti e conflitti insanabili. Insomma, per generare un ordine come contrappo-

sizione a una alterità minacciosa: alla stregua di quanto fatto dall'antieroe di *Watchmen*, Ozymandias, con l'entità mostruosa creata in laboratorio e catapultata su Manhattan.

Materiali

1. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)

Mr. Justice Black delivered the opinion of the Court.

The petitioner, an American citizen of Japanese descent, was convicted in a federal district court for remaining in San Leandro, California, a "Military Area", contrary to Civilian exclusion order n. 34 of the Commanding General of the Western Command, U.S. Army, which directed that, after May 9, 1942, all persons of Japanese ancestry should be excluded from that area. No question was raised as to petitioner's loyalty to the United States. The Circuit Court of Appeals affirmed, and the importance of the constitutional question involved caused us to grant certiorari.

It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.

In the instant case, prosecution of the petitioner was begun by information charging violation of an Act of Congress, of March 21, 1942, 56 Stat. 173, which provides that "whoever shall enter, remain in, leave, or commit any act in any military area or military zone prescribed, under the authority of an executive order of the President, by the Secretary of War, or by any military commander designated by the Secretary of War, contrary to the restrictions applicable to any such area or zone or contrary to the order of the Secretary of War or any such military commander, shall, if it appears that he knew or should have known of the existence and extent of the restrictions or order and that his act was in violation thereof, be guilty of a misdemeanor and upon conviction shall be liable to a fine of not to exceed \$5,000 or to imprisonment for not more than one year, or both, for each offense".

Exclusion order n. 34, which the petitioner knowingly and admittedly violated, was one of a number of military orders and proclamations, all of which were substantially based upon executive order n. 9066. That order, issued after we were at war with Japan, declared that "the successful prosecution of the war requires every possible protection against espionage and against sabotage to national defense material, national defense premises, and national defense utilities".

One of the series of orders and proclamations, a curfew order, which, like the exclusion order here, was promulgated pursuant to executive order n. 9066, subjected all persons of Japanese ancestry in prescribed West Coast military areas to remain in their residences from 8 p.m. to 6 a.m. As is the case with the exclusion order here, that prior curfew order was designed as a "protection against espionage and against sabotage". In *Hirabayashi v. United States*, we sustained a conviction obtained for violation of the curfew order. The *Hirabayashi* conviction and this one thus rest on the same 1942 Congressional Act and the same

basic executive and military orders, all of which orders were aimed at the twin dangers of espionage and sabotage.

The 1942 Act was attacked in the *Hirabayashi* case as an unconstitutional delegation of power; it was contended that the curfew order and other orders on which it rested were beyond the war powers of the Congress, the military authorities, and of the President, as Commander in Chief of the Army, and, finally, that to apply the curfew order against none but citizens of Japanese ancestry amounted to a constitutionally prohibited discrimination solely on account of race. To these questions, we gave the serious consideration which their importance justified. We upheld the curfew order as an exercise of the power of the government to take steps necessary to prevent espionage and sabotage in an area threatened by Japanese attack.

In the light of the principles we announced in the *Hirabayashi* case, we are unable to conclude that it was beyond the war power of Congress and the Executive to exclude those of Japanese ancestry from the West Coast war area at the time they did. True, exclusion from the area in which one's home is located is a far greater deprivation than constant confinement to the home from 8 p.m. to 6 a.m. Nothing short of apprehension by the proper military authorities of the gravest imminent danger to the public safety can constitutionally justify either. But exclusion from a threatened area, no less than curfew, has a definite and close relationship to the prevention of espionage and sabotage. The military authorities, charged with the primary responsibility of defending our shores, concluded that curfew provided inadequate protection and ordered exclusion. They did so, as pointed out in our *Hirabayashi* opinion, in accordance with Congressional authority to the military to say who should, and who should not, remain in the threatened areas.

In this case, the petitioner challenges the assumptions upon which we rested our conclusions in the *Hirabayashi* case. He also urges that, by May, 1942, when Order No. 34 was promulgated, all danger of Japanese invasion of the West Coast had disappeared. After careful consideration of these contentions, we are compelled to reject them.

Here, as in the *Hirabayashi* case, "we cannot reject as unfounded the judgment of the military authorities and of Congress that there were disloyal members of that population, whose number and strength could not be precisely and quickly ascertained. We cannot say that the war-making branches of the Government did not have ground for believing that, in a critical hour, such persons could not readily be isolated and separately dealt with, and constituted a menace to the national defense and safety which demanded that prompt and adequate measures be taken to guard against it".

Like curfew, exclusion of those of Japanese origin was deemed necessary because of the presence of an unascertained number of disloyal members of the group, most of whom we have no doubt were loyal to this country. It was because we could not reject the finding of the military authorities that it was impossible to bring about an immediate segregation of the disloyal from the loyal that we sustained the validity of the curfew order as applying to the whole group. In the instant case, temporary exclusion of the entire group was rested by the military

on the same ground. The judgment that exclusion of the whole group was, for the same reason, a military imperative answers the contention that the exclusion was in the nature of group punishment based on antagonism to those of Japanese origin. That there were members of the group who retained loyalties to Japan has been confirmed by investigations made subsequent to the exclusion...

It is said that we are dealing here with the case of imprisonment of a citizen in a concentration camp solely because of his ancestry, without evidence or inquiry concerning his loyalty and good disposition towards the United States. Our task would be simple, our duty clear, were this a case involving the imprisonment of a loyal citizen in a concentration camp because of racial prejudice. Regardless of the true nature of the assembly and relocation centers – and we deem it unjustifiable to call them concentration camps, with all the ugly connotations that term implies – we are dealing specifically with nothing but an exclusion order. To cast this case into outlines of racial prejudice, without reference to the real military dangers which were presented, merely confuses the issue. Korematsu was not excluded from the Military Area because of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and, finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders – as inevitably it must – determined that they should have the power to do just this. There was evidence of disloyalty on the part of some, the military authorities considered that the need for action was great, and time was short. We cannot – by availing ourselves of the calm perspective of hindsight – now say that, at that time, these actions were unjustified...

2. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004)

Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

These two cases present the narrow but important question whether United States courts lack jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at the Guantanamo Bay Naval Base, Cuba.

On September 11, 2001, agents of the al Qaeda terrorist network hijacked four commercial airliners and used them as missiles to attack American targets. While one of the four attacks was foiled by the heroism of the plane's passengers, the other three killed approximately 3,000 innocent civilians, destroyed hundreds of millions of dollars of property, and severely damaged the U.S. economy. In response to the attacks, Congress passed a joint resolution authorizing the President to use "all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks or harbored such organizations or persons". Authorization for Use of

Military Force, Pub. L. 107-40, sect. 1-2, 115 Stat. 224. Acting pursuant to that authorization, the President sent U.S. Armed Forces into Afghanistan to wage a military campaign against al Qaeda and the Taliban regime that had supported it. Petitioners in these cases are 2 Australian citizens and 12 Kuwaiti citizens who were captured abroad during hostilities between the United States and the Taliban. Since early 2002, the U.S. military has held them – along with, according to the Government's estimate, approximately 640 other non-Americans captured abroad – at the Naval Base at Guantanamo Bay. Brief for United States 6. The United States occupies the Base, which comprises 45 square miles of land and water along the southeast coast of Cuba, pursuant to a 1903 Lease Agreement executed with the newly independent Republic of Cuba in the aftermath of the Spanish-American War. Under the Agreement, "the United States recognizes the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the leased areas", while "the Republic of Cuba consents that during the period of the occupation by the United States the United States shall exercise complete jurisdiction and control over and within said areas". In 1934, the parties entered into a treaty providing that, absent an agreement to modify or abrogate the lease, the lease would remain in effect "so long as the United States of America shall not abandon the naval station of Guantanamo".

In 2002, petitioners, through relatives acting as their next friends, filed various actions in the U. S. District Court for the District of Columbia challenging the legality of their detention at the Base. All alleged that none of the petitioners has ever been a combatant against the United States or has ever engaged in any terrorist acts. They also alleged that none has been charged with any wrongdoing, permitted to consult with counsel, or provided access to the courts or any other tribunal.

The two Australians, Mamdouh Habib and David Hicks, each filed a petition for writ of habeas corpus, seeking release from custody, access to counsel, freedom from interrogations, and other relief. Fawzi Khalid Abdullah Fahad Al Odah and the 11 other Kuwaiti detainees filed a complaint seeking to be informed of the charges against them, to be allowed to meet with their families and with counsel, and to have access to the courts or some other impartial tribunal. They claimed that denial of these rights violates the Constitution, international law, and treaties of the United States. Invoking the court's jurisdiction under 28 U.S.C. sect. 1331 and 1350, among other statutory bases, they asserted causes of action under the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. sect. 555, 702, 706; the Alien Tort Statute, 28 U.S.C. sect. 1350; and the general federal habeas corpus statute, sect. 2241-2243. Construing all three actions as petitions for writs of habeas corpus, the District Court dismissed them for want of jurisdiction. The court held, in reliance on our opinion in *Johnson v. Eisentrager*, that "aliens detained outside the sovereign territory of the United States may not invoke a petition for a writ of habeas corpus". The Court of Appeals affirmed. Reading *Eisentrager* to hold that "'the privilege of litigation' does not extend to aliens in military custody who have no presence in 'any territory over which the United States is sovereign'", it held that the District Court lacked jurisdiction over petitioners' habeas actions, as well as their remaining federal statutory claims that do not sound in habeas. We

granted certiorari, and now reverse.

Congress has granted federal district courts, "within their respective jurisdictions", the authority to hear applications for habeas corpus by any person who claims to be held "in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States". 28 U.S.C. sect. 2241(a), (c)(3). The statute traces its ancestry to the first grant of federal court jurisdiction: Section 14 of the Judiciary Act of 1789 authorized federal courts to issue the writ of habeas corpus to prisoners "in custody, under or by colour of the authority of the United States, or committed for trial before some court of the same". Act of Sept. 24, 1789, ch. 20, sect. 14, 1 Stat. 82. In 1867, Congress extended the protections of the writ to "all cases where any person may be restrained of his or her liberty in violation of the constitution, or of any treaty or law of the United States". Act of Feb. 5, 1867, ch. 28, 14 Stat. 385.

Habeas corpus is, however, "a writ antecedent to statute, throwing its root deep into the genius of our common law". The writ appeared in English law several centuries ago, became "an integral part of our common-law heritage" by the time the Colonies achieved independence, and received explicit recognition in the Constitution, which forbids suspension of "the Privilege of the Writ of Habeas Corpus unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it".

As it has evolved over the past two centuries, the habeas statute clearly has expanded habeas corpus "beyond the limits that obtained during the 17th and 18th centuries". But "at its historical core, the writ of habeas corpus has served as a means of reviewing the legality of Executive detention, and it is in that context that its protections have been strongest"...

Consistent with the historic purpose of the writ, this Court has recognized the federal courts' power to review applications for habeas relief in a wide variety of cases involving Executive detention, in wartime as well as in times of peace...

The question now before us is whether the habeas statute confers a right to judicial review of the legality of Executive detention of aliens in a territory over which the United States exercises plenary and exclusive jurisdiction, but not "ultimate sovereignty".

Respondents' primary submission is that the answer to the jurisdictional question is controlled by our decision in *Eisentrager*. In that case, we held that a Federal District Court lacked authority to issue a writ of habeas corpus to 21 German citizens who had been captured by U.S. forces in China, tried and convicted of war crimes by an American military commission headquartered in Nanking, and incarcerated in the Landsberg Prison in occupied Germany. The Court of Appeals in *Eisentrager* had found jurisdiction, reasoning that "any person who is deprived of his liberty by officials of the United States, acting under purported authority of that Government, and who can show that his confinement is in violation of a prohibition of the Constitution, has a right to the writ". In reversing that determination, this Court summarized the six critical facts in the case: "We are here confronted with a decision whose basic premise is that these prisoners are entitled, as a constitutional right, to sue in some court of the United States for a writ of *habeas corpus*. To support that assumption we must hold that a prisoner of our military authorities is constitutionally entitled to the writ, even though he (a) is an enemy

alien; (b) has never been or resided in the United States; (c) was captured outside of our territory and there held in military custody as a prisoner of war; (d) was tried and convicted by a Military Commission sitting outside the United States; (e) for offenses against laws of war committed outside the United States; (f) and is at all times imprisoned outside the United States". On this set of facts, the Court concluded, "no right to the writ of *habeas corpus* appears".

Petitioners in these cases differ from the *Eisenrager* detainees in important respects: They are not nationals of countries at war with the United States, and they deny that they have engaged in or plotted acts of aggression against the United States; they have never been afforded access to any tribunal, much less charged with and convicted of wrongdoing; and for more than two years they have been imprisoned in territory over which the United States exercises exclusive jurisdiction and control.

Not only are petitioners differently situated from the *Eisenrager* detainees, but the Court in *Eisenrager* made quite clear that all six of the facts critical to its disposition were relevant only to the question of the prisoners' constitutional entitlement to habeas corpus. The Court had far less to say on the question of the petitioners' statutory entitlement to habeas review. Its only statement on the subject was a passing reference to the absence of statutory authorization: "Nothing in the text of the Constitution extends such a right, nor does anything in our statutes".

Reference to the historical context in which *Eisenrager* was decided explains why the opinion devoted so little attention to question of statutory jurisdiction. In 1948, just two months after the *Eisenrager* petitioners filed their petition for habeas corpus in the U.S. District Court for the District of Columbia, this Court issued its decision in *Ahrens v. Clark*, a case concerning the application of the habeas statute to the petitions of 120 Germans who were then being detained at Ellis Island, New York, for deportation to Germany. The *Ahrens* detainees had also filed their petitions in the U.S. District Court for the District of Columbia, naming the Attorney General as the respondent. Reading the phrase "within their respective jurisdictions" as used in the habeas statute to require the petitioners' presence within the district court's territorial jurisdiction, the Court held that the District of Columbia court lacked jurisdiction to entertain the detainees' claims. *Ahrens* expressly reserved the question "of what process, if any, a person confined in an area not subject to the jurisdiction of any district court may employ to assert federal rights". But as the dissent noted, if the presence of the petitioner in the territorial jurisdiction of a federal district court were truly a jurisdictional requirement, there could be only one response to that question.

When the District Court for the District of Columbia reviewed the German prisoners' habeas application in *Eisenrager*, it thus dismissed their action on the authority of *Ahrens*. Although the Court of Appeals reversed the District Court, it implicitly conceded that the District Court lacked jurisdiction under the habeas statute as it had been interpreted in *Ahrens*. The Court of Appeals instead held that petitioners had a constitutional right to habeas corpus secured by the Suspension Clause, U.S. Const., Art. 1, sect. 9, cl. 2, reasoning that "if a person has a right to a writ of habeas corpus, he cannot be deprived of the privilege by an omission in a

federal jurisdictional statute". In essence, the Court of Appeals concluded that the habeas statute, as construed in *Ahrens*, had created an unconstitutional gap that had to be filled by reference to "fundamentals". In its review of that decision, this Court, like the Court of Appeals, proceeded from the premise that "nothing in our statutes" conferred federal-court jurisdiction, and accordingly evaluated the Court of Appeals' resort to "fundamentals" on its own terms.

Because subsequent decisions of this Court have filled the statutory gap that had occasioned *Eisentrager's* resort to "fundamentals", persons detained outside the territorial jurisdiction of any federal district court no longer need rely on the Constitution as the source of their right to federal habeas review... These developments included, notably, decisions of this Court in cases involving habeas petitioners "confined overseas (and thus outside the territory of any district court)", in which the Court "held, if only implicitly, that the petitioners' absence from the district does not present a jurisdictional obstacle to the consideration of the claim"...

Whatever traction the presumption against extraterritoriality might have in other contexts, it certainly has no application to the operation of the habeas statute with respect to persons detained within "the territorial jurisdiction" of the United States. By the express terms of its agreements with Cuba, the United States exercises "complete jurisdiction and control" over the Guantanamo Bay Naval Base, and may continue to exercise such control permanently if it so chooses. Respondents themselves concede that the habeas statute would create federal-court jurisdiction over the claims of an American citizen held at the base. Considering that the statute draws no distinction between Americans and aliens held in federal custody, there is little reason to think that Congress intended the geographical coverage of the statute to vary depending on the detainee's citizenship. Aliens held at the base, no less than American citizens, are entitled to invoke the federal courts' authority under sect. 2241.

Application of the habeas statute to persons detained at the base is consistent with the historical reach of the writ of habeas corpus. At common law, courts exercised habeas jurisdiction over the claims of aliens detained within sovereign territory of the realm, as well as the claims of persons detained in the so-called "exempt jurisdictions", where ordinary writs did not run, and all other dominions under the sovereign's control...

In the end, the answer to the question presented is clear. Petitioners contend that they are being held in federal custody in violation of the laws of the United States. No party questions the District Court's jurisdiction over petitioners' custodians... We therefore hold that sect. 2241 confers on the District Court jurisdiction to hear petitioners' habeas corpus challenges to the legality of their detention at the Guantanamo Bay Naval Base...

Whether and what further proceedings may become necessary after respondents make their response to the merits of petitioners' claims are matters that we need not address now. What is presently at stake is only whether the federal courts have jurisdiction to determine the legality of the Executive's potentially indefinite detention of individuals who claim to be wholly innocent of wrong-

doing. Answering that question in the affirmative, we reverse the judgment of the Court of Appeals and remand for the District Court to consider in the first instance the merits of petitioners' claims...

3. *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 667 (2018)

Chief Justice Roberts delivered the opinion of the Court.

Under the Immigration and nationality Act (Ina), foreign nationals seeking entry into the United States undergo a vetting process to ensure that they satisfy the numerous requirements for admission. The Act also vests the President with authority to restrict the entry of aliens whenever he finds that their entry "would be detrimental to the interests of the United States". 8 U.S.C. sect. 1182(f). Relying on that delegation, the President concluded that it was necessary to impose entry restrictions on nationals of countries that do not share adequate information for an informed entry determination, or that otherwise present national security risks. Presidential Proclamation No. 9645, 82 Fed. Reg. 45161 (2017) (Proclamation). The plaintiffs in this litigation, respondents here, challenged the application of those entry restrictions to certain aliens abroad. We now decide whether the President had authority under the Act to issue the Proclamation, and whether the entry policy violates the Establishment Clause of the First Amendment...

The Ina establishes numerous grounds on which an alien abroad may be inadmissible to the United States and ineligible for a visa... The principal source of that authority, sect. 1182(f), enables the President to "suspend the entry of all aliens or any class of aliens" whenever he "finds" that their entry "would be detrimental to the interests of the United States".

Plaintiffs argue that the Proclamation is not a valid exercise of the President's authority under the Ina. In their view, sect. 1182(f) confers only a residual power to temporarily halt the entry of a discrete group of aliens engaged in harmful conduct. They also assert that the Proclamation violates another provision of the Ina – 8 U.S.C. sect. 1152(a)(1)(A) – because it discriminates on the basis of nationality in the issuance of immigrant visas.

By its plain language, sect. 1182(f) grants the President broad discretion to suspend the entry of aliens into the United States. The President lawfully exercised that discretion based on his findings – following a worldwide, multi-agency review – that entry of the covered aliens would be detrimental to the national interest. And plaintiffs' attempts to identify a conflict with other provisions in the Ina, and their appeal to the statute's purposes and legislative history, fail to overcome the clear statutory language.

The text of sect. 1182(f) states: "Whenever the President finds that the entry of any aliens or of any class of aliens into the United States would be detrimental to the interests of the United States, he may by proclamation, and for such period as he shall deem necessary, suspend the entry of all aliens or any class of aliens as immigrants or nonimmigrants, or impose on the entry of aliens any restrictions he may deem to be appropriate".

By its terms, sect. 1182(f) exudes deference to the President in every clause. It entrusts to the President the decisions whether and when to suspend entry (“when-ever he finds that the entry” of aliens “would be detrimental” to the national interest); whose entry to suspend (“all aliens or any class of aliens”); for how long (“for such period as he shall deem necessary”); and on what conditions (“any restrictions he may deem to be appropriate”). It is therefore unsurprising that we have previously observed that sect. 1182(f) vests the President with “ample power” to impose entry restrictions in addition to those elsewhere enumerated in the Ina.

The Proclamation falls well within this comprehensive delegation. The sole prerequisite set forth in sect. 1182(f) is that the President “finds” that the entry of the covered aliens “would be detrimental to the interests of the United States”. The President has undoubtedly fulfilled that requirement here. He first ordered DHS and other agencies to conduct a comprehensive evaluation of every single country’s compliance with the information and risk assessment baseline. The President then issued a Proclamation setting forth extensive findings describing how deficiencies in the practices of select foreign governments – several of which are state sponsors of terrorism – deprive the Government of “sufficient information to assess the risks those countries’ nationals pose to the United States”. Based on that review, the President found that it was in the national interest to restrict entry of aliens who could not be vetted with adequate information – both to protect national security and public safety, and to induce improvement by their home countries. The Proclamation therefore “crafted country-specific restrictions that would be most likely to encourage cooperation given each country’s distinct circumstances”, while securing the Nation “until such time” as improvements occur”...

Like its predecessors, the Proclamation makes clear that its “conditional restrictions” will remain in force only so long as necessary to “address” the identified “inadequacies and risks” within the covered nations. To that end, the Proclamation establishes an ongoing process to engage covered nations and assess every 180 days whether the entry restrictions should be modified or terminated. Indeed, after the initial review period, the President determined that Chad had made sufficient improvements to its identity-management protocols, and he accordingly lifted the entry suspension on its nationals.

Finally, the Proclamation properly identifies a “class of aliens” – nationals of select countries – whose entry is suspended. Plaintiffs argue that “class” must refer to a well-defined group of individuals who share a common “characteristic” apart from nationality. But the text of sect. 1182(f), of course, does not say that, and the word “class” comfortably encompasses a group of people linked by nationality. Plaintiffs also contend that the class cannot be “overbroad”. But that simply amounts to an unspoken tailoring requirement found nowhere in Congress’s grant of authority to suspend entry of not only “any class of aliens” but “all aliens”.

In short, the language of sect. 1182(f) is clear, and the Proclamation does not exceed any textual limit on the President’s authority...

We may assume that sect. 1182(f) does not allow the President to expressly

override particular provisions of the Ina. But plaintiffs have not identified any conflict between the statute and the Proclamation that would implicitly bar the President from addressing deficiencies in the Nation's vetting system.

To the contrary, the Proclamation supports Congress's individualized approach for determining admissibility. The Ina sets forth various inadmissibility grounds based on connections to terrorism and criminal history, but those provisions can only work when the consular officer has sufficient (and sufficiently reliable) information to make that determination. The Proclamation promotes the effectiveness of the vetting process by helping to ensure the availability of such information.

Plaintiffs suggest that the entry restrictions are unnecessary because consular officers can simply deny visas in individual cases when an alien fails to carry his burden of proving admissibility – for example, by failing to produce certified records regarding his criminal history. But that misses the point: A critical finding of the Proclamation is that the failure of certain countries to provide reliable information prevents the Government from accurately determining whether an alien is inadmissible or poses a threat.

Nor is there a conflict between the Proclamation and the Visa waiver program. The Program allows travel without a visa for short-term visitors from 38 countries that have entered into a "rigorous security partnership" with the United States. Eligibility for that partnership involves "broad and consequential assessments of the country's foreign security standards and operations". A foreign government must (among other things) undergo a comprehensive evaluation of its "counter-terrorism, law enforcement, immigration enforcement, passport security, and border management capabilities", often including "operational site inspections of airports, seaports, land borders, and passport production and issuance facilities". Congress's decision to authorize a benefit for "many of America's closest allies" did not implicitly foreclose the Executive from imposing tighter restrictions on nationals of certain high-risk countries. The Visa waiver program creates a special exemption for citizens of countries that maintain exemplary security standards and offer "reciprocal travel privileges" to United States citizens. But in establishing a select partnership covering less than 20% of the countries in the world, Congress did not address what requirements should govern the entry of nationals from the vast majority of countries that fall short of that gold standard – particularly those nations presenting heightened terrorism concerns. Nor did Congress attempt to determine – as the multi-agency review process did – whether those high-risk countries provide a minimum baseline of information to adequately vet their nationals. Once again, this is not a situation where "Congress has stepped into the space and solved the exact problem"...

In any event, no Congress that wanted to confer on the President only a residual authority to address emergency situations would ever use language of the sort in sect. 1182(f). Fairly read, the provision vests authority in the President to impose additional limitations on entry beyond the grounds for exclusion set forth in the Immigration and Nationality Act – including in response to circumstances that might affect the vetting system or other "interests of the United States"...

Presidents have repeatedly suspended entry not because the covered nation-

als themselves engaged in harmful acts but instead to retaliate for conduct by their governments that conflicted with U.S. foreign policy interests... And while some of these reprisals were directed at subsets of aliens from the countries at issue, others broadly suspended entry on the basis of nationality due to ongoing diplomatic disputes...

Plaintiffs' final statutory argument is that the President's entry suspension violates sect. 1152(a)(1)(A), which provides that "no person shall be discriminated against in the issuance of an immigrant visa because of the person's race, sex, nationality, place of birth, or place of residence". They contend that we should interpret the provision as prohibiting nationality-based discrimination throughout the *entire* immigration process, despite the reference in sect. 1152(a)(1)(A) to the act of visa issuance alone. Specifically, plaintiffs argue that sect. 1152(a)(1)(A) applies to the predicate question of a visa applicant's eligibility for admission and the subsequent question whether the holder of a visa may in fact enter the country. Any other conclusion, they say, would allow the President to circumvent the protections against discrimination enshrined in sect. 1152(a)(1)(A).

As an initial matter, this argument challenges only the validity of the entry restrictions on *immigrant* travel. Section 1152(a)(1)(A) is expressly limited to the issuance of "immigrant visas" while sect. 1182(f) allows the President to suspend entry of "immigrants or nonimmigrants". At a minimum, then, plaintiffs' reading would not affect any of the limitations on nonimmigrant travel in the Proclamation.

In any event, we reject plaintiffs' interpretation because it ignores the basic distinction between admissibility determinations and visa issuance that runs throughout the Ina. Section 1182 defines the pool of individuals who are admissible to the United States. Its restrictions come into play at two points in the process of gaining entry (or admission) into the United States. First, any alien who is inadmissible under sect. 1182 (based on, for example, health risks, criminal history, or foreign policy consequences) is screened out as "ineligible to receive a visa". 8 U.S.C. sect. 1201(g). Second, even if a consular officer issues a visa, entry into the United States is not guaranteed. As every visa application explains, a visa does not entitle an alien to enter the United States "if, upon arrival", an immigration officer determines that the applicant is "inadmissible under this chapter, or any other provision of law" – including sect. 1182(f), sect. 1201(h).

Sections 1182(f) and 1152(a)(1)(A) thus operate in different spheres: Section 1182 defines the universe of aliens who are admissible into the United States (and therefore eligible to receive a visa). Once sect. 1182 sets the boundaries of admissibility into the United States, sect. 1152(a)(1)(A) prohibits discrimination in the allocation of immigrant visas based on nationality and other traits. The distinction between admissibility – to which sect. 1152(a)(1)(A) does not apply – and visa issuance – to which it does – is apparent from the text of the provision, which specifies only that its protections apply to the "issuance" of "immigrant visas", without mentioning admissibility or entry. Had Congress instead intended in sect. 1152(a)(1)(A) to constrain the President's power to determine who may enter the country, it could easily have chosen language directed to that end. See, e.g., sect. 1182(a)(3)(C)(ii), (iii) (providing that certain aliens "*shall not*

be excludable or subject to restrictions or conditions on entry because of the alien's past, current, or expected beliefs, statements, or associations"). "The fact that Congress did not adopt a readily available and apparent alternative strongly supports" the conclusion that sect. 1152(a)(1)(A) does not limit the President's delegated authority under sect. 1182(f).

Common sense and historical practice confirm as much...

The Proclamation is squarely within the scope of Presidential authority under the Ina...

We now turn to plaintiffs' claim that the Proclamation was issued for the unconstitutional purpose of excluding Muslims...

The First Amendment provides, in part, that "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof". Our cases recognize that "the clearest command of the Establishment Clause is that one religious denomination cannot be officially preferred over another". Plaintiffs believe that the Proclamation violates this prohibition by singling out Muslims for disfavored treatment. The entry suspension, they contend, operates as a "religious gerrymander", in part because most of the countries covered by the Proclamation have Muslim-majority populations. And in their view, deviations from the information-sharing baseline criteria suggest that the results of the multi-agency review were "foreordained". Relying on Establishment Clause precedents concerning laws and policies applied domestically, plaintiffs allege that the primary purpose of the Proclamation was religious animus and that the President's stated concerns about vetting protocols and national security were but pretexts for discriminating against Muslims.

At the heart of plaintiffs' case is a series of statements by the President and his advisers casting doubt on the official objective of the Proclamation. For example, while a candidate on the campaign trail, the President published a "Statement on Preventing Muslim Immigration" that called for a "total and complete shut-down of Muslims entering the United States until our country's representatives can figure out what is going on". That statement remained on his campaign website until May 2017. Then-candidate Trump also stated that "Islam hates us" and asserted that the United States was "having problems with Muslims coming into the country". Shortly after being elected, when asked whether violence in Europe had affected his plans to "ban Muslim immigration", the President replied, "You know my plans. All along, I've been proven to be right".

One week after his inauguration, the President issued executive order 1. In a television interview, one of the President's campaign advisers explained that when the President "first announced it, he said, 'Muslim ban'...

Plaintiffs also note that after issuing executive order 2 to replace executive order 1, the President expressed regret that his prior order had been "watered down" and called for a "much tougher version" of his "Travel Ban". Shortly before the release of the Proclamation, he stated that the "travel ban should be far larger, tougher, and more specific", but "stupidly that would not be politically correct". More recently, on November 29, 2017, the President retweeted links to three anti-Muslim propaganda videos. In response to questions about those videos,

the President's deputy press secretary denied that the President thinks Muslims are a threat to the United States, explaining that "the President has been talking about these security issues for years now, from the campaign trail to the White House" and "has addressed these issues with the travel order that he issued earlier this year and the companion proclamation"...

The issue before us is not whether to denounce the statements. It is instead the significance of those statements in reviewing a Presidential directive, neutral on its face, addressing a matter within the core of executive responsibility. In doing so, we must consider not only the statements of a particular President, but also the authority of the Presidency itself...

The Proclamation, moreover, is facially neutral toward religion. Plaintiffs therefore ask the Court to probe the sincerity of the stated justifications for the policy by reference to extrinsic statements – many of which were made before the President took the oath of office. These various aspects of plaintiffs' challenge inform our standard of review...

For more than a century, this Court has recognized that the admission and exclusion of foreign nationals is a "fundamental sovereign attribute exercised by the Government's political departments largely immune from judicial control"...

Nonetheless, although foreign nationals seeking admission have no constitutional right to entry, this Court has engaged in a circumscribed judicial inquiry when the denial of a visa allegedly burdens the constitutional rights of a U.S. citizen...

Given the authority of the political branches over admission, we held that "when the Executive exercises this delegated power negatively on the basis of a facially legitimate and bona fide reason, the courts will neither look behind the exercise of that discretion, nor test it by balancing its justification" against the asserted constitutional interests of U.S. citizens...

The upshot of our cases in this context is clear: "Any rule of constitutional law that would inhibit the flexibility" of the President "to respond to changing world conditions should be adopted only with the greatest caution", and our inquiry into matters of entry and national security is highly constrained...

For our purposes today, we assume that we may look behind the face of the Proclamation to the extent of applying rational basis review. That standard of review considers whether the entry policy is plausibly related to the Government's stated objective to protect the country and improve vetting processes. As a result, we may consider plaintiffs' extrinsic evidence, but will uphold the policy so long as it can reasonably be understood to result from a justification independent of unconstitutional grounds...

Given the standard of review, it should come as no surprise that the Court hardly ever strikes down a policy as illegitimate under rational basis scrutiny. On the few occasions where we have done so, a common thread has been that the laws at issue lack any purpose other than a "bare desire to harm a politically unpopular group"...

The Proclamation does not fit this pattern. It cannot be said that it is impossible to "discern a relationship to legitimate state interests" or that the policy is "inexplicable by anything but animus". Indeed, the dissent can only attempt to argue

otherwise by refusing to apply anything resembling rational basis review. But because there is persuasive evidence that the entry suspension has a legitimate grounding in national security concerns, quite apart from any religious hostility, we must accept that independent justification.

The Proclamation is expressly premised on legitimate purposes: preventing entry of nationals who cannot be adequately vetted and inducing other nations to improve their practices. The text says nothing about religion. Plaintiffs and the dissent nonetheless emphasize that five of the seven nations currently included in the Proclamation have Muslim-majority populations. Yet that fact alone does not support an inference of religious hostility, given that the policy covers just 8% of the world's Muslim population and is limited to countries that were previously designated by Congress or prior administrations as posing national security risks...

The Proclamation, moreover, reflects the results of a worldwide review process undertaken by multiple Cabinet officials and their agencies. Plaintiffs seek to discredit the findings of the review, pointing to deviations from the review's baseline criteria resulting in the inclusion of Somalia and omission of Iraq. But as the Proclamation explains, in each case the determinations were justified by the distinct conditions in each country. Although Somalia generally satisfies the information-sharing component of the baseline criteria, it "stands apart in the degree to which it lacks command and control of its territory". Proclamation sect. 2(h)(i). As for Iraq, the Secretary of Homeland Security determined that entry restrictions were not warranted in light of the close cooperative relationship between the U.S. and Iraqi Governments and the country's key role in combating terrorism in the region. sect. 1(g). It is, in any event, difficult to see how exempting one of the largest predominantly Muslim countries in the region from coverage under the Proclamation can be cited as evidence of animus toward Muslims...

Three additional features of the entry policy support the Government's claim of a legitimate national security interest. First, since the President introduced entry restrictions in January 2017, three Muslim-majority countries – Iraq, Sudan, and Chad – have been removed from the list of covered countries. The Proclamation emphasizes that its "conditional restrictions" will remain in force only so long as necessary to "address" the identified "inadequacies and risks", Proclamation Preamble, and sect. 1(h), and establishes an ongoing process to engage covered nations and assess every 180 days whether the entry restrictions should be terminated, sect. 4(a), (b). In fact, in announcing the termination of restrictions on nationals of Chad, the President also described Libya's ongoing engagement with the State Department and the steps Libya is taking "to improve its practices".

Second, for those countries that remain subject to entry restrictions, the Proclamation includes significant exceptions for various categories of foreign nationals. The policy permits nationals from nearly every covered country to travel to the United States on a variety of nonimmigrant visas. See, e.g., sect. 2(b)–(c), (g), (h) (permitting student and exchange visitors from Iran, while restricting only business and tourist nonimmigrant entry for nationals of Libya and Yemen, and imposing no restrictions on nonimmigrant entry for Somali nationals). These carveouts for nonimmigrant visas are substantial: Over the last three fiscal years – before the

Proclamation was in effect – the majority of visas issued to nationals from the covered countries were nonimmigrant visas. The Proclamation also exempts permanent residents and individuals who have been granted asylum. sect. 3(b)(i), (vi). Third, the Proclamation creates a waiver program open to all covered foreign nationals seeking entry as immigrants or nonimmigrants. According to the Proclamation, consular officers are to consider in each admissibility determination whether the alien demonstrates that (1) denying entry would cause undue hardship; (2) entry would not pose a threat to public safety; and (3) entry would be in the interest of the United States. sect. 3(c)(i); see also sect. 3(c)(iv) (listing examples of when a waiver might be appropriate, such as if the foreign national seeks to reside with a close family member, obtain urgent medical care, or pursue significant business obligations). On its face, this program is similar to the humanitarian exceptions set forth in President Carter’s order during the Iran hostage crisis. Finally, the dissent invokes *Korematsu v. United States*. Whatever rhetorical advantage the dissent may see in doing so, *Korematsu* has nothing to do with this case. The forcible relocation of U.S. citizens to concentration camps, solely and explicitly on the basis of race, is objectively unlawful and outside the scope of Presidential authority. But it is wholly inapt to liken that morally repugnant order to a facially neutral policy denying certain foreign nationals the privilege of admission. The entry suspension is an act that is well within executive authority and could have been taken by any other President – the only question is evaluating the actions of this particular President in promulgating an otherwise valid Proclamation.

The dissent’s reference to *Korematsu*, however, affords this Court the opportunity to make express what is already obvious: *Korematsu* was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and – to be clear – “has no place in law under the Constitution”.

Under these circumstances, the Government has set forth a sufficient national security justification to survive rational basis review. We express no view on the soundness of the policy. We simply hold today that plaintiffs have not demonstrated a likelihood of success on the merits of their constitutional claim...

4. *Trump v. J.G.G.*, 604 U.S. __ (2025)

Per curiam.

This matter concerns the detention and removal of Venezuelan nationals believed to be members of *Tren de Aragua* (TdA), an entity that the State Department has designated as a foreign terrorist organization. The President issued Proclamation No. 10903, invoking the Alien Enemies Act (AEA), Rev. Stat. 4067, 50 U.S.C. sect. 21, to detain and remove Venezuelan nationals “who are members of TdA”. Five detainees and a putative class sought injunctive and declaratory relief against the implementation of, and their removal under, the Proclamation. Initially, the detainees sought relief in habeas among other causes of action, but they dismissed their habeas claims. On March 15, 2025, the District Court for the

District of Columbia issued two temporary restraining orders (TROs) preventing any removal of the named plaintiffs and preventing removal under the AEA of a provisionally certified class consisting of “all noncitizens in U.S. custody who are subject to” the Proclamation.

The D.C. Circuit denied the Government’s emergency motion to stay the orders. The Government then applied to this Court, seeking vacatur of the orders. We construe these TROs as appealable injunctions. We grant the application and vacate the TROs. The detainees seek equitable relief against the implementation of the Proclamation and against their removal under the AEA. They challenge the Government’s interpretation of the Act and assert that they do not fall within the category of removable alien enemies. But we do not reach those arguments. Challenges to removal under the AEA, a statute which largely “precludes judicial review”, must be brought in habeas...

Regardless of whether the detainees formally request release from confinement, because their claims for relief “necessarily imply the invalidity” of their confinement and removal under the AEA, their claims fall within the “core” of the writ of habeas corpus and thus must be brought in habeas. And “immediate physical release is not the only remedy under the federal writ of habeas corpus”. For “core habeas petitions,” “jurisdiction lies in only one district: the district of confinement”.

The detainees are confined in Texas, so venue is improper in the District of Columbia. As a result, the Government is likely to succeed on the merits of this action. The detainees also sought equitable relief against summary removal. Although judicial review under the AEA is limited, we have held that an individual subject to detention and removal under that statute is entitled to “judicial review” as to “questions of interpretation and constitutionality” of the Act as well as whether he or she “is in fact an alien enemy fourteen years of age or older.” (Under the Proclamation, the term “alien enemy” is defined to include “all Venezuelan citizens 14 years of age or older who are members of TdA, are within the United States, and are not actually naturalized or lawful permanent residents of the United States”). The detainees’ rights against summary removal, however, are not currently in dispute.

The Government expressly agrees that “TdA members subject to removal under the Alien Enemies Act get judicial review”. “It is well established that the Fifth Amendment entitles aliens to due process of law” in the context of removal proceedings. So, the detainees are entitled to notice and opportunity to be heard “appropriate to the nature of the case.” More specifically, in this context, AEA detainees must receive notice after the date of this order that they are subject to removal under the Act. The notice must be afforded within a reasonable time and in such a manner as will allow them to actually seek habeas relief in the proper venue before such removal occurs. For all the rhetoric of the dissents, today’s order and per curiam confirm that the detainees subject to removal orders under the AEA are entitled to notice and an opportunity to challenge their removal. The only question is which court will resolve that challenge. For the reasons set forth, we hold that venue lies in the district of confinement. The

dissents would have the Court delay resolving that issue, requiring – given our decision today – that the process begin anew down the road. We see no benefit in such wasteful delay...

Capitolo dodicesimo

Declino e ascesa della pena di morte

1. La pena di morte e l'8. emendamento

Tra gli istituti maggiormente rappresentativi delle scelte di politica del diritto che caratterizzano gli Stati Uniti è assai frequente che si menzioni la pena di morte, o pena capitale: la pena in forza della quale il potere punitivo statale o federale può giungere a privare della vita l'individuo condannato per la commissione di fatti qualificati come reati particolarmente gravi¹.

La possibilità di applicare la pena di morte vige regolarmente nei territori d'Oltreoceano già nel 17. secolo, ossia nel periodo delle prime colonie inglesi, ed è tuttora contemplata dal diritto penale federale e da alcuni Stati federati. La scelta di conservare l'istituto viene però ampiamente contestata, anche dall'opinione pubblica e dalla dottrina interna, in quanto incompatibile con valori quali la dignità della persona e il rispetto della vita umana, che motivano l'abolizione in molte altre esperienze giuridiche occidentali². Se confrontata con queste ultime, la scelta statunitense appare dunque minoritaria, ma risulta altrettanto inconsueta se considerata alla luce del più ampio quadro internazionale. Lo confermano i dati che emergono da un rapporto sulla diffusione globale della pena di morte riferito all'anno 2024, che colloca gli Stati Uniti tra i 53 Paesi, dei 193 membri delle Nazioni Unite, in cui l'istituto

¹ D. Garland, *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Cambridge MA, 2010.

² Si veda, per l'America latina, la Convenzione americana sui diritti umani, 22 novembre 1969, art. 4; per l'area europea si veda invece il Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza, 3 maggio 2002.

risulta in vigore e viene applicato con regolarità. Secondo il rapporto, nell'anno preso in considerazione gli Stati Uniti sono l'unico Paese occidentale a eseguire regolarmente le condanne a morte, nonché il 7. Paese con il più alto numero di esecuzioni dichiarate³.

Le posizioni maggioritarie nel dibattito giuridico statunitense sul tema tendono però a mostrarsi autoreferenziali e impermeabili rispetto al confronto con altri ordinamenti, e anche rispetto al dialogo con le iniziative pattizie internazionali volte all'abolizione della pena di morte⁴. Come parametro esclusivo di legittimità si assume piuttosto la Costituzione federale, che però non contiene riferimenti espliciti sul punto all'infuori di quanto previsto dall'8. emendamento, fondamentale ma assai concisa disposizione che vincola l'esercizio dei poteri punitivi, introdotta con il *Bill of rights* nel 1791. Nello specifico, la disposizione afferma che non possono essere richieste cauzioni eccessive, né possono essere imposte sanzioni pecuniarie eccessive, né possono essere inflitte pene crudeli e inusuali (*cruel and unusual punishments*).

Che l'8. emendamento non introduca un rifiuto netto della pena di morte si deduce in considerazione di due aspetti essenziali. Il primo attiene al fatto che, nel periodo storico in cui esso viene adottato, la pena capitale è vigente in tutti i tredici Stati allora formati, e dunque non può dirsi che si tratta di una pena inusuale. Il secondo aspetto concerne la circostanza che i limiti indicati sono volti primariamente a prevenire gli abusi del potere pubblico, coerentemente con gli intenti che ispirano l'intero *Bill of rights*. Ciò fa sì che la valutazione della legittimità costituzionale delle sanzioni penali, e in particolare della loro crudeltà, sia condotta alla luce di criteri come la proporzionalità e la ragionevolezza, più che in virtù dei principi di umanizzazione della pena e di rieducazione del condannato.

In effetti, alla fine del 18. secolo si diffonde l'idea secondo cui la pena di morte debba essere considerata crudele qualora applicata a reati privi di particolare gravità. Questa è, ad esempio, la posizione condivisa da Thomas Jefferson, uno dei Padri fondatori, che pur non aderendo a un abolizionismo radicale elabora una delle più significative proposte riformatrici in materia di pena capitale. Profondamente influenzato dal pensiero dell'Illuminismo francese, Jefferson critica l'impiego esteso e

³ Amnesty International Global Report, *Death sentences and executions 2024, 2025*, in www.amnesty.org.

⁴ Cfr. Secondo Protocollo facoltativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici sull'abolizione della pena di morte, Risoluzione 44/128, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 15 dicembre 1989.

sproporzionato della pena di morte e, già nel 1779, propone una riforma nello Stato della Virginia volta a circoscriverne l'applicazione alle sole fattispecie più gravi di omicidio. La proposta viene tuttavia respinta, a conferma del fatto che, nel quadro culturale e giuridico dell'epoca, la pena capitale non è ancora percepita come una pena eccessiva o crudele, neppure quando applicata a reati diversi dall'omicidio⁵.

La concezione della pena di morte come pena non inusuale e non crudele, e dunque pienamente compatibile con l'8. emendamento, nel corso del tempo viene però intaccata sotto molteplici profili, attraverso una serie di importanti interventi normativi e giurisprudenziali.

In primo luogo, rileva l'abolizione della pena capitale da parte di un numero crescente di Stati federati per quanto di propria competenza, il che ne riduce progressivamente il carattere di pena radicata e abituale. La prima significativa abolizione avviene nel 1847 a opera del Michigan, che elimina la pena di morte per le fattispecie di omicidio previste dal diritto penale statale. Rimane formalmente vigente un'unica eccezione, mai utilizzata ed eliminata solo nel 1963, per le condotte che ledono in modo diretto e grave la sicurezza e la stabilità istituzionale dello Stato. Dopo il 1847, diversi altri Stati federati aboliscono del tutto la pena di morte nei propri ordinamenti: l'ultimo a compiere questo passo in tempi recenti è, nel 2021, proprio lo Stato della Virginia, il primo del sud e il 23. dell'intera Unione ad accogliere la scelta abolizionista⁶.

In secondo luogo, alcune limitazioni dell'operatività della pena di morte vengono imposte dalla Corte suprema, quando inizia a valutare la compatibilità tra le sanzioni e il divieto di pene crudeli e inusuali alla luce delle trasformazioni sociali e culturali. Più precisamente, a partire dagli anni Cinquanta, la Corte afferma di dover basare l'interpretazione dell'8. emendamento su canoni di decenza il cui contenuto è, inevitabilmente, in continua evoluzione (*evolving standards of decency*). Il concetto viene elaborato in una nota decisione in cui si afferma che la revoca della cittadinanza come pena per la commissione di un reato viola l'emendamento, poiché realizza una «distruzione totale dello status dell'individuo nella società organizzata» [*Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958)]. In quella occasione, l'8. emendamento viene qualificato

⁵ M. Dubber, 'An Extraordinarily Beautiful Document': Jefferson's Bill for Proportioning Crimes and Punishments and the Challenge of Republican Punishment, in Id. e L. Farmer (a cura di), *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford CA, p. 115 ss.

⁶ P. Passaglia, *L'abolizione della pena di morte nello Stato della Virginia: tassello del mosaico abolizionista o tessera di un domino?*, in *Diritticomparati.it*, 6 aprile 2021.

come una disposizione dinamica, il cui significato non è cristallizzato al momento della sua adozione, ma deve essere interpretato alla luce dei «canoni di decenza in evoluzione che segnano il progresso di una società in maturazione». L'approccio così delineato diviene centrale per le successive decisioni che vietano la pena di morte per determinate categorie di soggetti (par. 4) e per determinate categorie di reati. Con riferimento a quest'ultimo tema, nel 2008 viene introdotto il limite più rilevante, ossia la dichiarazione di incostituzionalità della pena di morte per reati contro la persona che, pur connotati da estrema gravità, non comportano la morte della vittima [*Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008) – Materiali 4]. Con un'opinione di maggioranza molto controversa, la Corte guarda nuovamente ai mutevoli canoni di decenza per sottolineare, da un lato, la rarità applicativa della pena capitale in casi non letali e, dall'altro, la necessaria proporzionalità delle pene come requisito di legittimità alla luce dell'8. emendamento. L'opinione lascia però espressamente impregiudicata l'ammissibilità della pena di morte per alcuni reati considerati qualitativamente distinti, come i reati gravi contro lo Stato, e con ciò conferma l'impostazione secondo cui la pena capitale può sopravvivere come soluzione pienamente valida, sebbene per casi astrattamente circoscritti⁷.

Alla luce delle iniziative statali e dei limiti elaborati in via giurisprudenziale cui si è brevemente fatto cenno, ad oggi la pena di morte è prevista negli Stati Uniti dal diritto federale per alcuni reati contro la persona ritenuti particolarmente gravi, come l'omicidio plurimo e l'omicidio di funzionari federali. Si applica inoltre agli atti di terrorismo che causino la morte di una o più persone, allo spionaggio in circostanze eccezionali e a talune ipotesi di crimini contro lo Stato federale o l'ordine costituzionale. Permangono, poi, ipotesi di astratta punibilità capitale nell'ambito del diritto penale militare, in particolare per reati commessi in tempo di guerra o strettamente connessi al contesto bellico. Se si guarda agli ordinamenti statali, sebbene vi siano ben 23 Stati, cui si aggiunge il Distretto di Columbia, in cui l'applicazione della pena di morte risulta ufficialmente abolita, si contano ancora 27 Stati nei quali essa è formalmente prevista, anche se in sei di questi la sua applicazione è sospesa mediante moratorie o risulta fortemente ridotta nella prassi.

Il quadro fin qui delineato evidenzia che la disciplina della pena di morte nell'ordinamento statunitense è il risultato di un'evoluzione

⁷ J.R. Broughton, *Kennedy and the Tail of Minos*, in *Louisiana Law Review*, 69, 2009, p. 593 ss.

complessa, segnata da interventi legislativi eterogenei e da un ruolo contenuto della giurisprudenza della Corte suprema. Per meglio comprendere i limiti incontrati da quella giurisprudenza, nei paragrafi che seguono si esamineranno singolarmente alcuni dei profili più rilevanti nel dibattito sulla pena capitale. Dapprima, si descriverà il problema dell'arbitrarietà della sua applicazione, che negli anni Settanta porta a sospenderne la validità e poi a rilegittimare le esecuzioni entro un quadro normativo parzialmente ridefinito. Successivamente, si approfondirà la questione dell'applicabilità della pena di morte ai minorenni, da cui emergono alcune importanti trasformazioni della riflessione statunitense sulla responsabilità penale. Quindi, si affronterà il tema della sindacabilità dei metodi di esecuzione in rapporto al divieto di pene crudeli e inusuali. Infine si sposterà l'attenzione sui poteri presidenziali in materia di pena capitale, per evidenziare come questi ultimi, soprattutto in tempi recenti, possano giocare un ruolo cruciale nell'inasprire l'indirizzo di politica criminale del Paese.

2. Gli anni Settanta e la moratoria di fatto

Prima di giungere a individuare le singole limitazioni poc'anzi indicate, negli anni Settanta la Corte suprema affronta e supera formalmente il problema dell'arbitrarietà nell'applicazione della pena di morte da un punto di vista generale.

Le due pronunce più importanti a questo proposito intervengono in un contesto in cui il ricorso alla pena di morte diviene oggetto di critica poiché diversi ordinamenti statali non prevedono requisiti sufficientemente determinati per comminare quella pena e, di conseguenza, lasciano alle giurie e ai giudici la possibilità di prendere decisioni ampiamente discrezionali. Ciò fa sì che molte condanne siano influenzate da fattori contingenti di carattere emotivo o culturale, e soprattutto da pregiudizi impliciti, spesso legati alla razza degli imputati e delle vittime⁸.

Alla luce dei numerosi episodi di applicazione sproporzionata e irragionevole della pena di morte, tra gli anni Cinquanta e Sessanta si mette in dubbio con sempre maggiore insistenza la sua compatibilità rispetto ai principi costituzionali, e in particolare rispetto al divieto di pene crudeli e inusuali sancito dall'8. emendamento. Un ruolo di rilievo viene

⁸ C.S. Steiker e J.M. Steiker, *The American Death Penalty and the (In)Visibility of Race*, in *University of Chicago Law Review*, 82, 2015, p. 243 ss.

rivestito anche in questo caso dalle organizzazioni per i diritti civili, oltre che dai movimenti specificamente abolizionisti, che sono in prima linea nel denunciare l'uso spregiudicato della pena capitale come strumento di oppressione razziale e sociale, specie negli Stati del sud dove è maggiormente evidente che quella pena opera come rimedio drastico per le situazioni di disagio economico e sociale che i poteri pubblici si rifiutano di gestire attraverso strumenti redistributivi (Capp. 3 e 4).

Nei primi anni Sessanta, i crescenti dubbi sulla costituzionalità della pena capitale dovuti alla sua applicazione arbitraria, alle disparità razziali e al rischio di errori giudiziari portano a un declino nel numero delle esecuzioni e poi a una più evidente sospensione di queste ultime⁹. Si apre dunque una moratoria di fatto sulla pena di morte, sulla quale la Corte suprema interviene con una pronuncia dirimente solo nel 1972, a proposito del caso *Furman v. Georgia* [408 U.S. 238 (1972)].

Il caso origina da tre istanze riunite, relative a imputati condannati a morte in base a legislazioni statali che consentono un'ampia discrezionalità alle giurie nella scelta della pena. Tra questi vi è la vicenda dell'afroamericano William Furman, condannato a morte nello Stato della Georgia per un omicidio commesso accidentalmente durante un tentativo di furto con scasso in un'abitazione. Secondo la sua versione dei fatti, una volta entrato nell'abitazione, Furman si spaventa all'arrivo del proprietario e ne cagiona la morte facendo partire accidentalmente un colpo dalla propria pistola mentre prova a fuggire. Proprio l'incoerenza tra il fatto accidentale e l'irrogazione della pena capitale contribuisce a rendere la condanna di Furman un emblema delle criticità del sistema di quel tempo: in assenza di limiti o requisiti vincolanti, si può optare per la pena di morte anche laddove manchi un comportamento deliberato e violento da parte del reo.

La vicenda della Georgia offre dunque alla Corte suprema un'importante occasione per esaminare la compatibilità della pena capitale, così come allora applicata, con l'8 emendamento. Ma la sentenza che ne deriva si limita a trovare un compromesso tra i consensi per la pena di morte ancora radicati nell'opinione pubblica statunitense, da un lato, e i problemi evidenti che si riscontrano nella prassi applicativa di quell'istituto, dall'altro. Nello specifico, non si dichiara che la pena capitale è di per sé incostituzionale, ma si criticano i meccanismi di comminazione vigenti, affermando che l'assenza di criteri razionali e

⁹ C.L. Black Jr., *The Crisis in Capital Punishment*, in *Maryland Law Review*, 31, 1971, p. 290 ss.

predeterminati per guidare la decisione nel caso concreto può portare a condanne a morte del tutto casuali e irragionevoli. Solo le condanne che presentano quelle caratteristiche – e non le condanne a morte generalmente intese – vengono dichiarate incompatibili con il divieto di pene crudeli e inusuali previsto dalla Costituzione. Inoltre, i cinque giudici che condividono queste conclusioni propongono ragionamenti separati in cinque diverse opinioni concorrenti, confermando la mancanza di una base argomentativa comune e sufficientemente solida.

Pur non affermando che la pena capitale è di per sé incostituzionale, la pronuncia in *Furman* non scioglie la moratoria di fatto sulla pena di morte, avendo anzi espressamente confermato che l'assetto vigente favorisce il rischio di condanne contrarie ai principi costituzionali.

La sospensione non viene però accolta come occasione di riflessione per ripensare l'ammissibilità della privazione della vita come strumento sanzionatorio. Diversi Stati si attivano piuttosto per riformulare le proprie legislazioni penali in modo tale da strutturare e orientare la discrezionalità del decisore, con l'obiettivo ultimo di superare le censure di arbitrarietà sollevate dalla Corte senza tuttavia mettere in discussione, sul piano sostanziale, la legittimità della pena capitale. Ad esempio, le riforme ridisegnano la struttura del momento decisionale e lo articolano in due fasi separate: prima l'accertamento della responsabilità penale, poi la determinazione della pena. Inoltre, introducono riferimenti utili a guidare la decisione nella seconda delle due fasi anzidette, attraverso cataloghi tassativi di circostanze aggravanti e attenuanti per modulare la scelta della pena. E infine corroborano le possibilità di proporre appello.

L'approccio così delineato viene seguito anche dallo Stato della Georgia, coinvolto nel caso *Furman*, che arriva in breve tempo a sottoporre la propria riforma al vaglio della Corte suprema nel caso *Gregg v. Georgia* [428 U.S. 153 (1976) – Materiali 2].

Il caso trae origine dalla condanna a morte di Troy Gregg per un duplice omicidio commesso nel corso di una rapina, ma ha come oggetto implicito la legittimità costituzionale della nuova disciplina statale in materia di pena capitale, adottata per rispondere ai rilievi formulati in *Furman*. La Corte suprema, dunque, è chiamata a stabilire se le riforme introdotte siano o meno idonee a superare il rischio di arbitrarietà e imprevedibilità nell'irrogazione della pena capitale che è stato oggetto di censura solo quattro anni addietro.

Con una decisione articolata, la Corte rileva che la riforma riduce in misura sufficiente il pericolo di applicazioni arbitrarie, e lascia intendere

che l'introduzione di regole procedurali basti di per sé a superare le distorsioni sistemiche rilevate nel periodo precedente. Inoltre, la decisione tiene conto espressamente del diffuso consenso nei confronti della pena di morte, emerso soprattutto dalla sollecitudine dimostrata dagli Stati che scelgono di riformare il processo penale e preservare la praticabilità di quella pena anziché cogliere l'occasione per un ripensamento radicale della sua compatibilità con il dettato costituzionale. L'opinione della maggioranza osserva proprio che «l'indicazione più marcata dell'approvazione da parte della società della pena di morte per omicidio è la risposta legislativa alla sentenza *Furman*», e dunque alla luce di quella approvazione e delle modifiche formali riconferma la legittimità della pena capitale.

Rimangono invece marginali – e lo sono tuttora – le posizioni dei giudici dissenzienti che sottolineano come l'arbitrarietà precedentemente denunciata in *Furman* non possa essere eliminata attraverso meccanismi formali, poiché essa risiede nella natura stessa della pena capitale e nella sua inevitabile applicazione selettiva. Altrimenti detto, si evidenzia che la riforma dei profili procedurali non risolve le profonde disuguaglianze che caratterizzano il sistema della pena di morte, tutt'al più le maschera.

L'impatto diseguale della pena di morte viene confermato anche da numerosi studi empirici successivi, come il celebre studio di David Baldus (*Baldus study*) che analizza le riforme intervenute dopo *Furman* e ne mette in luce l'inidoneità a eliminare le disparità sostanziali nell'irrogazione della pena capitale¹⁰. Ma quando la Corte suprema viene chiamata a pronunciarsi sulla rilevanza costituzionale di quelle evidenze, nel 1987, aggira il problema negando che esse siano sufficienti a dimostrare una violazione costituzionale nel singolo caso concreto, e in buona sostanza accetta e legittima l'operatività iniqua del sistema della pena di morte [*McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987)].

3. L'applicabilità ai minorenni

Superata la fase di stallo degli anni Settanta, le riflessioni più critiche sulla pena di morte sembrano spostare la propria attenzione dalle questioni strutturali ai problemi più collaterali, nel tentativo di screditare singolarmente almeno alcuni dei numerosi spazi di opera-

¹⁰ Cfr. D.C. Baldus, C. Pulaski e G. Woodworth, *Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 74, 1983, p. 661 ss.

tività della pena. A tal proposito, è opportuno dedicare un approfondimento specifico alla giurisprudenza che riguarda uno dei profili della pena capitale rimasti a lungo assai problematici, ossia la sua applicabilità a chi commette reati in giovane età.

La prima sentenza rilevante sul punto viene pronunciata dopo solo un anno dalla decisione che aggira il problema dell'impatto diseguale della pena di morte, *McCleskey v. Kemp*. Va sottolineato che il contesto non è favorevole, tanto più che negli anni Ottanta si rafforzano le retoriche che invocano l'obbedienza rigida alla legge e all'ordine. Queste indicano anche la necessità di un controllo più severo sui giovani, rappresentandoli come soggetti devianti o potenzialmente pericolosi piuttosto che come persone vulnerabili e meritevoli di specifiche tutele¹¹.

La sentenza, *Thompson v. Oklahoma* [487 U.S. 815 (1988)], assume però un significato particolare proprio perché il clima di forte pressione punitiva non scoraggia le istanze volte a ottenere limitazioni della pena capitale, anche se solo marginali e simbolicamente meno controverse. In effetti, la Corte suprema giunge a introdurre una soglia minima di sedici anni per l'applicazione della pena capitale facendo leva su argomentazioni tradizionali e condivisibili, quali la ridotta capacità di discernimento del minore e l'assenza di un consenso legislativo sufficientemente ampio nei singoli Stati. Oltre a questi rilievi più convenzionali, la decisione fa poi ricorso a un argomento controverso nel dibattito giuridico statunitense, poiché richiama espressamente le tendenze condivise negli ordinamenti stranieri, raramente considerate dalla giurisprudenza ma talvolta – come in questo caso – menzionate quali argomenti accessori per accelerare le trasformazioni più progressiste. Nello specifico, si evidenzia che la pena di morte non viene applicata ai minorenni nelle altre nazioni di matrice anglosassone, né nelle principali nazioni dell'Europa occidentale, né, in ultimo, nell'Unione Sovietica.

L'apertura dimostrata in *Thompson* subisce però una battuta d'arresto immediata, dovuta anche ai mutamenti avvenuti nella composizione della Corte, che riconsolidano una maggioranza di orientamento conservatore. Dapprima, nella sentenza *Penry v. Lynaugh* [492 U.S. 302 (1989)], la Corte nega che l'8. emendamento imponga un divieto categorico di applicazione della pena di morte nei confronti delle persone

¹¹ Cfr. J. Schept, T. Wall e A. Brisban, *Building, Staffing, and Insulating: An Architecture of Criminological Complicity in the School-to-Prison Pipeline*, in *Social Justice*, 41, 2014, p. 96 ss.

con disabilità intellettiva, limitandosi a richiedere che quella condizione possa essere presa in considerazione come fattore attenuante in sede di determinazione della pena. E poi, nella sentenza *Stanford v. Kentucky* [492 U.S. 361 (1989)], la Corte esclude l'esistenza di un consenso sufficiente, nella tradizione statunitense e nella più recente legislazione dei singoli Stati, per innalzare la soglia minima per l'applicazione della pena di morte da sedici a diciotto anni.

Il mutamento di indirizzo che si manifesta successivamente, negli anni Duemila, e che conduce a riconsiderare i precedenti del 1989, è il risultato di una convergenza di fattori normativi, scientifici e culturali che incidono profondamente sull'interpretazione dell'8. emendamento. In primo luogo, la Corte registra alcune importanti trasformazioni nel consenso nazionale, tenendo conto non più solo dei dati formali delle legislazioni statali, ma anche della prassi applicativa e della crescente rarità delle esecuzioni nei confronti di determinate categorie di individui¹². In secondo luogo, assumono un peso decisivo le acquisizioni delle scienze psicologiche e neuroscientifiche, che mettono in luce, tanto nei soggetti con disabilità intellettiva quanto nei minori, una strutturale riduzione della capacità di autodeterminazione, di valutazione delle conseguenze e di controllo degli impulsi, con ricadute dirette sull'efficacia delle tradizionali giustificazioni della pena capitale, in particolare la deterrenza e la retribuzione¹³. A ciò si aggiunge una rinnovata apertura della Corte al diritto internazionale e comparato, da utilizzare come richiamo persuasivo per criticare l'isolamento dell'ordinamento statunitense rispetto ai canoni condivisi nelle altre esperienze democratiche.

Sono questi i più rilevanti impulsi che portano, in prima battuta, alla sentenza *Atkins v. Virginia* [536 U.S. 304 (2002)], in cui la Corte suprema vieta l'applicazione della pena di morte verso le persone con disabilità intellettive e consolida il principio secondo cui la ridotta capacità di discernimento da parte del reo rende sproporzionata e irragionevole l'applicazione della misura punitiva più grave.

L'8. emendamento torna così a essere interpretato come limite sostanziale al potere punitivo, idoneo a fondare divieti categorici e non soltanto garanzie procedurali. Questo approdo prepara il terreno per

¹² V.L. Streib, *Moratorium on the Death Penalty for Juveniles*, in *Law and Contemporary Problems*, 61, 1998, p. 55 ss.

¹³ J. Fagan e V. West, *The Decline of the Juvenile Death Penalty: Scientific Evidence of Evolving Norms*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95, 2005, p. 427 ss.

la sentenza *Roper v. Simmons* [543 U.S. 551 (2005) – Materiali 3], che supera espressamente *Stanford* e sancisce l'incostituzionalità della pena di morte per i reati commessi da individui di età inferiore ai diciotto anni.

In *Roper*, la Corte valorizza l'imaturità, la maggiore influenzabilità e la non compiuta formazione del carattere come elementi strutturali che incidono sulla capacità dei più giovani di controllare le proprie azioni e comprenderne le conseguenze. Dinanzi a questi elementi, l'opinione di maggioranza ritiene sproporzionata l'applicazione della pena di morte e così facendo indebolisce ulteriormente le tradizionali giustificazioni retributive della pena capitale. Inoltre, anche in questo caso la Corte rielabora il criterio del consenso nazionale, combinando l'analisi delle legislazioni statali con la valutazione della prassi applicativa e della rarità delle esecuzioni, nonché con un esplicito richiamo al diritto internazionale e comparato quale ulteriore supporto alle conclusioni raggiunte.

L'approccio effettivamente innovativo viene però criticato dai giudici conservatori in dissenso, che obiettano verso la creazione di divieti categorici e verso i limiti apposti alla discrezionalità delle corti.

E proprio i rilievi mossi da questi giudici vengono ripresi in tempi più recenti dalla Corte suprema per confermare l'ammissibilità costituzionale di un'altra sanzione estrema, ossia l'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale (*life without parole*) quale risposta punitiva per reati commessi in età giovanile. Il dibattito sulla costituzionalità delle sanzioni applicabili ai minorenni risulta infatti attestato su questo specifico tema, in considerazione del fatto che la misura menzionata, pur priva dell'irreversibilità biologica della pena di morte, condivide con essa la negazione di qualsiasi prospettiva di risocializzazione e dunque contrasta con l'assunto, centrale in *Roper*, secondo cui la personalità del minore è vulnerabile e aperta al mutamento. Ma nonostante i numerosi casi sottoposti invocando le analogie con la pena di morte, la Corte suprema è ferma nel dichiarare che l'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale è pienamente applicabile ai minorenni, e inoltre interpreta restrittivamente le tutele da rispettare ai fini della comminazione di quella misura detentiva [*Jones v. Mississippi*, 593 U.S. 98 (2021)]¹⁴.

¹⁴ D.M. Shapiro e M. Gonnerman, *To the States: Reflections on Jones v. Mississippi*, in *Harvard Law Review Forum*, 135, 2021, p. 67 ss.

4. La sindacabilità dei metodi

Un ulteriore terreno di scontro nel dibattito sulla pena di morte è rappresentato dalle modalità concrete attraverso cui essa è attuata.

La storia dei metodi di esecuzione della pena di morte negli Stati Uniti riflette il tentativo costante di conciliare l'esercizio del potere punitivo con l'esigenza di ridurre le sofferenze del condannato, percepite come incompatibili con l'8. emendamento. Alla impiccagione, metodo tradizionale applicato nell'esperienza inglese e a lungo dominante, subentra alla fine del 19. secolo la sedia elettrica, introdotta con l'intento dichiarato di offrire una forma di esecuzione più rapida, ma presto oggetto di critiche per la persistenza di malfunzionamenti e di un elevato rischio di provocare un dolore prolungato. Dagli inizi del 20. secolo, a quel metodo si affianca la camera a gas, presentata anch'essa come alternativa meno cruenta, ma rivelatasi in realtà fonte di sofferenze particolarmente intense e visibili.

È invece a partire dagli anni Settanta, dopo la ripresa delle esecuzioni, che si diffonde progressivamente l'uso dell'iniezione letale, ossia la somministrazione combinata per via endovenosa di sedativi, agenti paralizzanti e farmaci cardiottossici. Concepita come soluzione medicalizzata e tecnicamente controllabile capace di minimizzare l'aspetto violento dell'esecuzione, anche quella tecnica solleva crescenti controversie legate alla scelta dei protocolli farmacologici e al rischio di dolore non rilevabile.

La Corte suprema, dal canto proprio, impone requisiti assai stringenti per valutare la costituzionalità dei metodi di esecuzione, al fine di bilanciare il divieto di utilizzare pene crudeli con l'esigenza di non trasformare il giudizio costituzionale sulla dolorosità dei metodi in uno strumento dilatorio, che nasconde critiche generalizzate sulla pena capitale. A partire da *Baze v. Rees* [553 U.S. 35 (2008)] la Corte afferma che un metodo di esecuzione viola l'8. emendamento solo se comporta un rischio sostanziale di dolore grave e se esistono alternative attuabili e prontamente disponibili in grado di ridurre in modo significativo quel rischio.

La decisione si colloca in un contesto storico segnato dalle crescenti difficoltà degli Stati federati nell'approvvigionamento dei farmaci tradizionalmente impiegati per l'iniezione letale, soprattutto a causa delle scelte commerciali delle case farmaceutiche e delle restrizioni internazionali sull'esportazione di sostanze destinate alle esecuzioni. Nello specifico, durante gli anni Duemila numerose case farmaceutiche interrompono la produzione o la distribuzione di barbiturici destinati alle esecuzioni, sia per ragioni etiche, legate all'incompatibilità tra la

pena di morte e la responsabilità d'impresa, sia per evitare danni reputazionali o boicottaggi nei mercati. A ciò si aggiungono anche alcune regole introdotte dall'Unione europea per limitare l'esportazione di sostanze utilizzabili per la pena capitale, che trasformano l'approvvigionamento dei farmaci in un terreno di frizione tra spinte abolizioniste e convinzioni conservatrici¹⁵. Di fronte a queste pressioni, gli Stati Uniti reagiscono adottando soluzioni emergenziali, spesso facendo ricorso a farmaci sperimentali o non testati per l'uso esecutivo, con protocolli opachi sottratti al controllo pubblico.

È dunque evidente che, mentre le imprese farmaceutiche e la comunità internazionale rifiutano di cooperare alla realizzazione della pena capitale, a partire dal caso *Baze* la Corte suprema interviene a supporto di quella pena neutralizzando le implicazioni politiche e morali delle pressioni, trattandole come un problema contingente e consentendo agli Stati di supplire alle proprie difficoltà materiali anche a costo di aumentare il rischio di sofferenze gravi. Ne deriva una forma di normalizzazione, in cui l'impossibilità di reperire mezzi adeguati conduce a un abbassamento della soglia di tutela costituzionale del condannato.

L'approccio adottato dalla Corte viene confermato nel caso *Glossip v. Gross* [576 U.S. 863 (2015) – Materiali 5], originato dalla scelta dell'Oklahoma di adottare un nuovo protocollo basato sull'uso di un diverso sedativo iniziale, in sostituzione dei barbiturici precedentemente utilizzati. I ricorrenti, tra cui Richard Glossip, contestano però che tale sostanza non sia in grado di garantire un livello adeguato di incoscienza, esponendo il condannato al rischio di provare un dolore intenso durante le fasi successive dell'esecuzione.

La Corte, tuttavia, respinge i rilievi poiché ritiene insufficienti le prove offerte circa l'esistenza di un rischio sostanziale di sofferenza grave, e inoltre sottolinea che l'8. emendamento non impone agli Stati di adottare il metodo meno doloroso possibile, ma vieta soltanto pratiche che comportino un aggravamento superfluo della sofferenza. Di conseguenza, l'opinione di maggioranza pone a carico del condannato l'onere di dimostrare non solo la superabilità dei rischi connessi al protocollo utilizzato, ma anche il fatto che quei rischi sono superflui e ingiustificati, e rafforza così il proprio atteggiamento deferente nei

¹⁵ Regolamento (CE) n. 1236/2005 del 27 giugno 2005, relativo al commercio di determinate merci che potrebbero essere utilizzate per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, e ss. mm.

confronti delle scelte operate dagli Stati. In altri termini, nel contesto di una crisi strutturale dei metodi di esecuzione, la sentenza finisce per trasferire sul condannato il peso delle carenze tecniche e materiali del sistema, e al contempo restringe ulteriormente lo spazio del controllo costituzionale sui metodi della pena di morte¹⁶.

L'approccio inaugurato in *Baze* e irrigidito in *Glossip* viene esteso nel caso *Bucklew v. Precythe* [587 U.S. 119 (2019)], in cui la Corte suprema è chiamata a pronunciarsi sul ricorso fondato su una specifica condizione medica del condannato, che rischia di rendere particolarmente dolorosa l'esecuzione se effettuata con l'iniezione di farmaci.

Dinnanzi alla richiesta di accedere a un metodo alternativo, che rispetto al protocollo previsto ridurrebbe significativamente il rischio di provare dolore, la maggioranza adotta una posizione di chiusura, poiché afferma che l'onere di dimostrare l'esistenza di alternative concrete e disponibili vige anche nelle impugnazioni fondate su una specifica condizione del condannato. Si osserva infatti che non basta evidenziare il rischio serio di sofferenza grave, ma bisogna anche fornire dimostrazioni comparative specifiche tra i metodi criticati e le alternative proposte.

L'onere indicato è però particolarmente gravoso in un contesto segnato da opacità amministrativa e crescente segretezza sui protocolli e sulla provenienza dei farmaci. E anche se l'opinione considera espressamente il problema dell'opacità delle procedure, non ne trae la necessità di un rafforzamento delle garanzie per il ricorrente¹⁷.

La decisione conferma dunque la posizione rigida della Corte suprema nel contesto della crisi dei protocolli esecutivi: invece di suggerire cautela, si ignora la strutturale asimmetria informativa a danno del condannato e si rende ulteriormente difficile contestare le esecuzioni incerte e sperimentali. E del resto, l'opinione di maggioranza osserva che il dettato costituzionale non garantisce l'assenza del dolore nell'esecuzione della pena di morte.

Alla luce delle critiche mosse alle modalità dell'esecuzione, alcuni ordinamenti statali stanno reintroducendo metodi più diretti seppur particolarmente cruenti, come il plotone di esecuzione, giustificandoli in chiave di maggiore rapidità e minore incertezza. Si registrano più

¹⁶ M.T. Maerowitz, *Glossip v. Gross: The Insurmountable Burden of Proof in Eight Amendment Method-of-Execution Claims*, in *Arizona State Law Journal*, 49, 2017, p. 279 ss.

¹⁷ Cfr. M.D. Fan, *The Supply-Side Attack on Lethal Injection and the Rise of Execution Secrecy*, in *Boston University Law Review*, 95, 2015, p. 427 ss.

recentemente anche sperimentazioni basate su inalazioni di gas diversi da quelli tradizionali, nel tentativo di superare le difficoltà di approvvigionamento dei farmaci per l'iniezione letale. Nel loro complesso, questi passaggi mostrano come l'evoluzione dei metodi non sia lineare né univocamente umanizzante, ma segnata da una continua tensione tra esigenze pratiche e considerazioni giuridiche, che vede le prime prevalere nettamente sulle seconde¹⁸.

6. Il ruolo del Presidente degli Stati Uniti e le prospettive attuali

Al quadro finora ricostruito occorre aggiungere, in ultimo, una riflessione circa i poteri del Presidente degli Stati Uniti, che nella materia della pena di morte non solo assumono una forte valenza simbolica, ma determinano anche conseguenze pratiche non trascurabili. Si tratta naturalmente di poteri applicabili alle vicende rilevanti per il diritto penale federale, ma facoltà analoghe sono attribuite ai Governatori dei singoli Stati in relazione al diritto penale statale.

In primo luogo, l'incisività dell'azione presidenziale si manifesta attraverso l'esercizio di tutte le prerogative che derivano dalla titolarità del potere esecutivo e del compito di curare la fedele esecuzione delle leggi (*vesting clause* e *take care clause*, art. 2 Cost.). Sul piano operativo, ne consegue che il Presidente può delineare l'indirizzo politico-amministrativo che il Dipartimento di giustizia deve seguire, e in questo contesto può altresì definire le priorità nell'esecuzione delle sentenze capitali federali.

Un importante esempio dell'esercizio di quelle prerogative si coglie tra gli anni Sessanta e Settanta, sotto le Amministrazioni di John F. Kennedy e soprattutto di Lyndon B. Johnson. Su indirizzo della Presidenza, in quegli anni il Dipartimento di Giustizia sospende di fatto la calendarizzazione delle esecuzioni delle condanne federali alla pena di morte, tenendo conto anche delle crescenti frizioni tra le modalità di comminazione di quella pena e il dettato costituzionale (par. 2). L'ultima esecuzione federale avviene nel 1963 e per quasi quarant'anni non ne seguono altre, a testimonianza della consapevole scelta di non attivare l'apparato punitivo federale.

¹⁸ K.M. Boynton, *The Surprising Cause of Increasingly Horrific Executions: Death Penalty Abolitionists*, in *Minnesota Journal of Law & Inequality*, 2025, in lawandinequality.org.

Nei primi anni Duemila si registra una ripresa temporanea sotto l'Amministrazione di George W. Bush, con tre esecuzioni per reati di terrorismo, criminalità organizzata transnazionale e omicidio aggravato. Segue poi un'altra lunga pausa, che dura fino al primo mandato di Donald Trump. Nel 2019, sotto la guida dell'Attorney General nominato da Trump, il Dipartimento di Giustizia dichiara infatti di riattivare le esecuzioni delle condanne a morte federali e dà avvio a un'intensa ripresa di queste, soprattutto negli ultimi mesi del mandato¹⁹.

Lo scenario cambia di nuovo nel 2021, quando l'Amministrazione Biden introduce espressamente una moratoria sulle esecuzioni federali, sospendendone l'attuazione in attesa di una revisione delle politiche del Dipartimento di Giustizia, in un'ottica dichiaratamente prudentiale e sistemica²⁰.

Ma nel 2025, con il ritorno alla Presidenza di Donald Trump, l'indirizzo muta nuovamente in senso opposto. Con un *executive order* adottato nelle prime settimane del nuovo mandato, il Presidente revoca l'assetto precedente e riafferma il sostegno alla pena di morte quale «strumento essenziale per la deterrenza e la punizione» troppo spesso ostacolato da politici e giudici [Materiali 1]²¹. Nel provvedimento si sollecita il Dipartimento di Giustizia a ripristinare l'effettività delle sentenze capitali e a rimuovere gli ostacoli amministrativi legati alla precedente sospensione delle esecuzioni. Inoltre, si menziona la necessità di superare i vincoli posti dalla giurisprudenza della Corte suprema in materia di pena di morte. Potrebbe dunque diffondersi una lettura restrittiva delle statuizioni che escludono la pena di morte per chi ha meno di 18 anni al momento della commissione del reato (*Roper v. Simmons*), per le persone con disabilità intellettiva (*Atkins v. Virginia*), nonché per i reati contro la persona diversi dall'omicidio [*Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008) – Materiali 4]. E nel lungo periodo le esenzioni previste per le categorie appena menzionate potrebbero diventare oggetto di una critica più estesa e radicale.

L'*executive order* del 2025 riafferma così la discrezionalità dell'esecutivo nella definizione delle priorità di politica del diritto, e nello

¹⁹ Office for Public Affairs, *Federal Government to Resume Capital Punishment After Nearly Two Decade Lapse*, 25 luglio 2019.

²⁰ Office for Public Affairs, *Attorney General Merrick B. Garland Imposes a Moratorium on Federal Executions; Orders Review of Policies and Procedures*, 1 luglio 2021.

²¹ Executive order n. 14164 – Restoring the Death Penalty and Protecting Public Safety (20 gennaio 2025).

specifico rivela appieno la scelta di utilizzare la pena di morte per mostrare la forza dell'autorità punitiva dinanzi ai fenomeni percepiti come minacce per l'ordine costituito.

In secondo luogo, oltre all'esercizio del potere esecutivo e del potere-dovere di curare la fedele esecuzione delle leggi, il Presidente può intervenire sull'applicazione della pena di morte esercitando il potere di clemenza, i cui contenuti sono definiti dalla clausola costituzionale sul perdono (*pardon clause*) di cui all'art. 2 della Costituzione. Nello specifico, la clausola attribuisce al Presidente la possibilità di sospendere l'esecuzione delle pene (*reprieve*) e concedere perdoni (*pardon*), provvedimenti questi ultimi che estinguono la responsabilità penale e dunque fanno venir meno la necessità della risposta punitiva, spesso anche prima che intervenga una condanna. Nella categoria dei perdoni rientrano ormai pacificamente anche le commutazioni: provvedimenti che riducono o modificano la pena, ammessi dalla prassi e dalla giurisprudenza come forme di perdono parziale.

I poteri così delineati non sono però del tutto liberi e discrezionali. Possono essere esercitati solo verso i reati previsti dal diritto federale, e dunque non si estendono ai reati di competenza dei singoli Stati. Né si applicano al peculiare caso dell'*impeachment*, ossia la messa in stato d'accusa del Presidente stesso, del Vicepresidente e degli alti funzionari dell'Amministrazione federale per gravi violazioni della Costituzione o analoghi abusi di potere. Inoltre, si ritiene generalmente che la clemenza debba esercitarsi senza invadere eccessivamente le prerogative degli altri poteri costituzionali (in virtù del principio di separazione dei poteri) e non possa tradursi in uno strumento di auto-esenzione dalla responsabilità (in virtù del principio *nemo iudex in causa sua*). Nonostante questi limiti, l'adozione dei provvedimenti di clemenza è tutt'altro che marginale nell'esperienza statunitense, e opera talvolta anche nei confronti delle condanne alla pena di morte. È utile dunque descriverne brevemente le caratteristiche e gli utilizzi.

La sospensione è uno strumento poco visibile, meramente dilatorio e spesso funzionale, ove necessario, a un riesame della vicenda prima di concedere il perdono in forma integrale o parziale.

Il perdono, inteso nella sua estensione piena, produce invece un effetto estintivo completo della responsabilità penale. Proprio per questa ragione è difficile che venga concesso a seguito di una condanna a morte: sarebbe radicalmente invasivo rispetto all'esito del giudizio e contrasterebbe con il principio della separazione dei poteri. Opera

piuttosto come strumento di opportunità politica e istituzionale. E infatti risulta frequentemente utilizzato in via preventiva o generalizzata, in contesti eccezionali, come strumento di pacificazione politica o di chiusura di conflitti istituzionali. Interviene ad esempio a favore di Richard Nixon nel 1974, in via preventiva e per opera del suo vice e successore alla Presidenza, Gerald Ford, in relazione alle accuse di corruzione connesse allo scandalo Watergate. E un episodio similmente controverso si registra nel 1992, quando George H.W. Bush concede il perdono integrale ai funzionari coinvolti nello scandalo Iran-Contra, relativo alla vendita segreta di armi all'Iran e al dirottamento dei proventi verso i ribelli Contras in Nicaragua²².

La commutazione, infine, consiste in una conversione della pena realizzata senza cancellare la condanna, e dunque se ne registra un uso più frequente nei casi relativi alla pena di morte. Si adotta generalmente per ragioni di ponderazione e pacificazione, al fine attenuare pene ritenute eccessive o sproporzionate alla luce di mutamenti nella legge, nella prassi o nell'opinione pubblica. Talvolta, la commutazione risponde anche a ragioni umanitarie, ad esempio per casi di età avanzata, gravi condizioni di salute o buona condotta carceraria. Ne viene fatto un uso esteso da Barack Obama soprattutto nella fase finale del suo mandato, sebbene il numero complessivo dei provvedimenti adottati venga ritenuto assai inferiore a quanto atteso alla luce delle posizioni inizialmente espresse dal Presidente²³. Un uso politicamente significativo della commutazione, soprattutto in materia di pena di morte e di pene detentive sproporzionate si registra invece durante la Presidenza di Joe Biden. In particolare, nel 2024 Biden sceglie di commutare la maggior parte delle condanne capitali federali in ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, segnando una netta discontinuità rispetto ai suoi predecessori. Più in generale, le commutazioni di Biden si inseriscono in una politica di riduzione degli effetti più rigidi del sistema penale federale, come conferma anche la moratoria cui si è fatto cenno poc'anzi.

Ma negli ultimi mesi della Presidenza Biden emerge un uso ulteriormente controverso del perdono. Da quell'uso si coglie una forte torsione personalistica e conflittuale, che caratterizza l'esercizio del potere di clemenza negli ultimi tempi e che lo allontana dalle predette

²² Cfr. da ultimo J. Toobin, *The Pardon: The Politics of Presidential Mercy*, New York NY, 2025.

²³ M.C. Love, *Obama's Clemency Legacy: An Assessment*, in *Federal Sentencing Reporter*, 29, 2017, p. 271 ss.

funzioni di ponderazione e pacificazione invocate anche negli interventi di commutazione della pena di morte. Tra le vicende più dibattute si annovera il perdono concesso al figlio Hunter Biden, coinvolto in procedimenti penali federali per violazioni fiscali e false dichiarazioni: un atto di forte esposizione personale e istituzionale. E ulteriori critiche riguardano i provvedimenti di perdono a favore delle persone legate alla sua Amministrazione. Queste misure, adottate soprattutto a seguito della rielezione di Donald Trump nel timore di iniziative di rappresaglia da parte della Amministrazione in via di insediamento, assumono infatti la veste di strumenti di protezione nel contesto dello scontro politico, riorientando la concezione della clemenza verso finalità diverse da quelle prettamente istituzionali.

La torsione indicata viene del resto confermata anche durante i mandati di Donald Trump. Nel corso del primo mandato, e dunque in un momento precedente rispetto alle vicende della Presidenza Biden, il potere di clemenza risulta utilizzato in modo autoreferenziale, a favore di persone vicine al Presidente e talvolta anche eludendo le tradizionali procedure istruttorie del Dipartimento di Giustizia. In questo contesto, pertanto, il ricorso alla clemenza appare già riconducibile alle logiche dell'interesse personale²⁴.

Ma è soprattutto durante il secondo mandato di Donald Trump, e in particolare a seguito dell'ampia immunità riconosciuta all'esercizio dei poteri presidenziali dalla Corte suprema nel 2024 [*Trump v. United States*, 603 U.S. 593 (2024)], che si estende l'uso indiscriminato e problematico del potere di clemenza. A partire dal 2025 quel potere viene utilizzato spesso in relazione a vicende che coinvolgono direttamente il Presidente, come i fatti connessi all'assalto al Campidoglio del 6 gennaio 2021, o a favore di donatori facoltosi che finanziano le sue iniziative²⁵.

Alla luce di questi episodi, risulta dunque che le iniziative presidenziali legate alla politica criminale negli Stati Uniti si orientino sempre meno verso il perseguimento di interessi generali e sempre più verso la realizzazione di obiettivi personalistici, con modalità coercitive simbolicamente violente e selettivamente negoziabili.

²⁴ Cfr. M. Osler, *The Trump Clemencies: Celebrities, Chaos, and Lost Opportunity*, in *William&Mary Bill of Rights Journal*, 31, 2022, p. 487 ss.

²⁵ J. Kohler, *How Trump Has Exploited Pardons and Clemency to Reward Allies and Supporters*, in *ProPublica*, 12 novembre 2025, in www.propublica.org.

Materiali

1. Executive order n. 14164 – Restoring the Death Penalty and Protecting Public Safety (20 gennaio 2025)

By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, it is hereby ordered:

Sect. 1. Purpose.

Capital punishment is an essential tool for deterring and punishing those who would commit the most heinous crimes and acts of lethal violence against American citizens. Before, during, and after the founding of the United States, our cities, States, and country have continuously relied upon capital punishment as the ultimate deterrent and only proper punishment for the vilest crimes. Our Founders knew well that only capital punishment can bring justice and restore order in response to such evil. For this and other reasons, capital punishment continues to enjoy broad popular support.

Yet for too long, politicians and judges who oppose capital punishment have defied and subverted the laws of our country. At every turn, they seek to thwart the execution of lawfully imposed capital sentences and choose to enforce their personal beliefs rather than the law. When President Biden took office in 2021, he allowed his Department of Justice to issue a moratorium on Federal executions, in defiance of his duty to faithfully execute the laws of the United States that provide for capital punishment. And on December 23, 2024, President Biden commuted the sentences of 37 of the 40 most vile and sadistic rapists, child molesters, and murderers on Federal death row: remorseless criminals who brutalized young children, strangled and drowned their victims, and hunted strangers for sport. He commuted their sentences even though the laws of our Nation have always protected victims by applying capital punishment to barbaric acts like theirs. Judges who oppose capital punishment have likewise disregarded the law by falsely claiming that capital punishment is unconstitutional, even though the Constitution explicitly acknowledges the legality of capital punishment.

These efforts to subvert and undermine capital punishment defy the laws of our nation, make a mockery of justice, and insult the victims of these horrible crimes. The Government's most solemn responsibility is to protect its citizens from abhorrent acts, and my Administration will not tolerate efforts to stymie and eviscerate the laws that authorize capital punishment against those who commit horrible acts of violence against American citizens.

Sect. 2. Policy.

It is the policy of the United States to ensure that the laws that authorize capital punishment are respected and faithfully implemented, and to counteract the politicians and judges who subvert the law by obstructing and preventing the

execution of capital sentences.

Sect. 3. Federal Capital Punishment.

(a) The Attorney General shall pursue the death penalty for all crimes of a severity demanding its use.

(b) In addition to pursuing the death penalty where possible, the Attorney General shall, where consistent with applicable law, pursue Federal jurisdiction and seek the death penalty regardless of other factors for every federal capital crime involving:

(i) The murder of a law-enforcement officer; or

(ii) A capital crime committed by an alien illegally present in this country...

(d) The Attorney General shall take all appropriate action to modify the Justice Manual based on the policy and purpose set forth in this Executive Order.

(e) The Attorney General shall evaluate the places of imprisonment and conditions of confinement for each of the 37 murderers whose Federal death sentences were commuted by President Biden, and the Attorney General shall take all lawful and appropriate action to ensure that these offenders are imprisoned in conditions consistent with the monstrosity of their crimes and the threats they pose. The Attorney General shall further evaluate whether these offenders can be charged with State capital crimes and shall recommend appropriate action to state and local authorities.

Sect. 4. Preserving Capital Punishment in the States.

(a) The Attorney General shall take all necessary and lawful action to ensure that each state that allows capital punishment has a sufficient supply of drugs needed to carry out lethal injection...

Sect. 5. Seeking The Overruling of Supreme Court Precedents That Hinder Capital Punishment.

The Attorney General shall take all appropriate action to seek the overruling of Supreme Court precedents that limit the authority of State and Federal governments to impose capital punishment...

2. **Gregg v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)**

Judgment of the Court, and opinion of Mr. Justice Stewart, Mr. Justice Powell, And Mr. Justice Stevens, announced by Mr. Justice Stewart.

The issue in this case is whether the imposition of the sentence of death for the crime of murder under the law of Georgia violates the Eighth and Fourteenth Amendments.

The petitioner, Troy Gregg, was charged with committing armed robbery and murder. In accordance with Georgia procedure in capital cases, the trial was in two stages, a guilt stage and a sentencing stage. The evidence at the guilt trial established that on November 21, 1973, the petitioner and a traveling companion, Floyd Allen, while hitchhiking north in Florida were picked up by Fred Simmons

and Bob Moore. Their car broke down, but they continued north after Simmons purchased another vehicle with some of the cash he was carrying. While still in Florida, they picked up another hitchhiker, Dennis Weaver, who rode with them to Atlanta, where he was let out about 11pm. A short time later the four men interrupted their journey for a rest stop along the highway. The next morning the bodies of Simmons and Moore were discovered in a ditch nearby...

The jury found the petitioner guilty of two counts of armed robbery and two counts of murder.

At the penalty stage, which took place before the same jury, neither the prosecutor nor the petitioner's lawyer offered any additional evidence. Both counsel, however, made lengthy arguments dealing generally with the propriety of capital punishment under the circumstances and with the weight of the evidence of guilt. The trial judge instructed the jury that it could recommend either a death sentence or a life prison sentence on each count. The judge further charged the jury that in determining what sentence was appropriate the jury was free to consider the facts and circumstances, if any, presented by the parties in mitigation or aggravation.

Finally, the judge instructed the jury that it "would not be authorized to consider imposing the penalty of death" unless it first found beyond a reasonable doubt one of these aggravating circumstances: "One – That the offense of murder was committed while the offender was engaged in the commission of two other capital felonies, to-wit the armed robbery... Two – That the offender committed the offense of murder for the purpose of receiving money and the automobile described in the indictment. Three – The offense of murder was outrageously and wantonly vile, horrible and inhuman, in that they involved the depravity of the mind of the defendant".

Finding the first and second of these circumstances, the jury returned verdicts of death on each count...

We granted the petitioner's application for a writ of certiorari...

We address initially the basic contention that the punishment of death for the crime of murder is, under all circumstances, "cruel and unusual" in violation of the Eighth and Fourteenth Amendments of the Constitution...

The Court on a number of occasions has both assumed and asserted the constitutionality of capital punishment... But until *Furman v. Georgia*, the Court never confronted squarely the fundamental claim that the punishment of death always, regardless of the enormity of the offense or the procedure followed in imposing the sentence, is cruel and unusual punishment in violation of the Constitution. Although this issue was presented and addressed in *Furman*, it was not resolved by the Court. Four Justices would have held that capital punishment is not unconstitutional *per se*; two Justices would have reached the opposite conclusion; and three Justices, while agreeing that the statutes then before the Court were invalid as applied, left open the question whether such punishment may ever be imposed. We now hold that the punishment of death does not invariably violate the Constitution...

We now consider specifically whether the sentence of death for the crime of murder is a *per se* violation of the Eighth and Fourteenth Amendments to the Constitution. We note first that history and precedent strongly support a nega-

tive answer to this question...

The petitioners in the capital cases before the Court today renew the "standards of decency" argument, but developments during the four years since *Furman* have undercut substantially the assumptions upon which their argument rested. Despite the continuing debate, dating back to the 19th century, over the morality and utility of capital punishment, it is now evident that a large proportion of American society continues to regard it as an appropriate and necessary criminal sanction. The most marked indication of society's endorsement of the death penalty for murder is the legislative response to *Furman*. The legislatures of at least 35 States have enacted new statutes that provide for the death penalty for at least some crimes that result in the death of another person...

We hold that the death penalty is not a form of punishment that may never be imposed, regardless of the circumstances of the offense, regardless of the character of the offender, and regardless of the procedure followed in reaching the decision to impose it...

We now turn to consideration of the constitutionality of Georgia's capital-sentencing procedures. In the wake of *Furman*, Georgia amended its capital punishment statute, but chose not to narrow the scope of its murder provisions...

Georgia did act, however, to narrow the class of murderers subject to capital punishment by specifying 10 statutory aggravating circumstances, one of which must be found by the jury to exist beyond a reasonable doubt before a death sentence can ever be imposed. In addition, the jury is authorized to consider any other appropriate aggravating or mitigating circumstances...

These procedures require the jury to consider the circumstances of the crime and the criminal before it recommends sentence. No longer can a Georgia jury do as *Furman*'s jury did: reach a finding of the defendant's guilt and then, without guidance or direction, decide whether he should live or die... In addition, the jury's attention is focused on the characteristics of the person who committed the crime... As a result, while some jury discretion still exists, "the discretion to be exercised is controlled by clear and objective standards so as to produce non-discriminatory application".

As an important additional safeguard against arbitrariness and caprice, the Georgia statutory scheme provides for automatic appeal of all death sentences to the State's Supreme Court...

For the reasons expressed in this opinion, we hold that the statutory system under which Gregg was sentenced to death does not violate the Constitution. Accordingly, the judgment of the Georgia Supreme Court is affirmed...

3. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)

Justice Kennedy delivered the opinion of the Court.

This case requires us to address, for the second time in a decade and a half, whether it is permissible under the Eighth and Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States to execute a juvenile offender who was older

than 15 but younger than 18 when he committed a capital crime. In *Stanford v. Kentucky*, a divided Court rejected the proposition that the Constitution bars capital punishment for juvenile offenders in this age group. We reconsider the question.

At the age of 17, when he was still a junior in high school, Christopher Simmons, the respondent here, committed murder...

The State charged Simmons with burglary, kidnaping, stealing, and murder in the first degree... The jury having returned a verdict of murder, the trial proceeded to the penalty phase.

The State sought the death penalty. As aggravating factors, the State submitted that the murder was committed for the purpose of receiving money; was committed for the purpose of avoiding, interfering with, or preventing lawful arrest of the defendant; and involved depravity of mind and was outrageously and wantonly vile, horrible, and inhuman...

The jury recommended the death penalty after finding the State had proved each of the three aggravating factors submitted to it...

After these proceedings in Simmons' case had run their course, this Court held that the Eighth and Fourteenth Amendments prohibit the execution of a mentally retarded person. Simmons filed a new petition for state postconviction relief, arguing that the reasoning of *Atkins* established that the Constitution prohibits the execution of a juvenile who was under 18 when the crime was committed.

The Missouri Supreme Court agreed...

We granted certiorari, and now affirm...

The prohibition against "cruel and unusual punishments", like other expansive language in the Constitution, must be interpreted according to its text, by considering history, tradition, and precedent, and with due regard for its purpose and function in the constitutional design. To implement this framework we have established the propriety and affirmed the necessity of referring to "the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society" to determine which punishments are so disproportionate as to be cruel and unusual...

Just as the *Atkins* Court reconsidered the issue decided in *Penry*, we now reconsider the issue decided in *Stanford*.

The beginning point is a review of objective indicia of consensus, as expressed in particular by the enactments of legislatures that have addressed the question...

We then must determine, in the exercise of our own independent judgment, whether the death penalty is a disproportionate punishment for juveniles.

The evidence of national consensus against the death penalty for juveniles is similar, and in some respects parallel, to the evidence *Atkins* held sufficient to demonstrate a national consensus against the death penalty for the mentally retarded... In the present case, too, even in the 20 States without a formal prohibition on executing juveniles, the practice is infrequent...

A majority of States have rejected the imposition of the death penalty on juvenile offenders under 18, and we now hold this is required by the Eighth Amendment...

Three general differences between juveniles under 18 and adults demonstrate that juvenile offenders cannot with reliability be classified among the worst of-

fenders. First, as any parent knows and as the scientific and sociological studies respondent and his *amici* cite tend to confirm, "a lack of maturity and an under-developed sense of responsibility are found in youth more often than in adults and are more understandable among the young. These qualities often result in impetuous and ill-considered actions and decisions"...

The second area of difference is that juveniles are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure...

The third broad difference is that the character of a juvenile is not as well formed as that of an adult... Their own vulnerability and comparative lack of control over their immediate surroundings mean juveniles have a greater claim than adults to be forgiven for failing to escape negative influences in their whole environment...

Once the diminished culpability of juveniles is recognized, it is evident that the penological justifications for the death penalty apply to them with lesser force than to adults...

Drawing the line at 18 years of age is subject, of course, to the objections always raised against categorical rules. The qualities that distinguish juveniles from adults do not disappear when an individual turns 18... For the reasons we have discussed, however, a line must be drawn.

The plurality opinion in *Thompson* drew the line at 16... The logic of *Thompson* extends to those who are under 18. The age of 18 is the point where society draws the line for many purposes between childhood and adulthood. It is, we conclude, the age at which the line for death eligibility ought to rest...

Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty...

As respondent and a number of *amici* emphasize, Article 37 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which every country in the world has ratified save for the United States and Somalia, contains an express prohibition on capital punishment for crimes committed by juveniles under 18...

Respondent and his *amici* have submitted, and petitioner does not contest, that only seven countries other than the United States have executed juvenile offenders since 1990: Iran, Pakistan, Saudi Arabia, Yemen, Nigeria, the Democratic Republic of Congo, and China. Since then each of these countries has either abolished capital punishment for juveniles or made public disavowal of the practice. In sum, it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty...

The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions...

It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom...

The Eighth and Fourteenth Amendments forbid imposition of the death penalty on offenders who were under the age of 18 when their crimes were committed.

The judgment of the Missouri Supreme Court setting aside the sentence of death imposed upon Christopher Simmons is affirmed...

4. Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008)

Justice Kennedy delivered the opinion of the Court.

The National Government and, beyond it, the separate States are bound by the proscriptive mandates of the Eighth Amendment to the Constitution of the United States, and all persons within those respective jurisdictions may invoke its protection. Patrick Kennedy, the petitioner here, seeks to set aside his death sentence under the Eighth Amendment...

After a jury trial petitioner was convicted and sentenced to death under a state statute authorizing capital punishment for the rape of a child under 12 years of age. This case presents the question whether the Constitution bars respondent from imposing the death penalty for the rape of a child where the crime did not result, and was not intended to result, in death of the victim. We hold the Eighth Amendment prohibits the death penalty for this offense. The Louisiana statute is unconstitutional.

Petitioner's crime was one that cannot be recounted in these pages in a way sufficient to capture in full the hurt and horror inflicted on his victim or to convey the revulsion society, and the jury that represents it, sought to express by sentencing petitioner to death...

The Eighth Amendment, applicable to the States through the Fourteenth Amendment, provides that "excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted"...

The Amendment "draws its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society"...

Evolving standards of decency must embrace and express respect for the dignity of the person, and the punishment of criminals must conform to that rule...

Based both on consensus and our own independent judgment, our holding is that a death sentence for one who raped but did not kill a child, and who did not intend to assist another in killing the child, is unconstitutional under the Eighth and Fourteenth Amendments...

Thirty-seven jurisdictions – 36 States plus the Federal Government – have the death penalty. As mentioned above, only six of those jurisdictions authorize the death penalty for rape of a child. Though our review of national consensus is not confined to tallying the number of States with applicable death penalty legislation, it is of significance that, in 45 jurisdictions, petitioner could not be executed for child rape of any kind...

We turn, then, to the resolution of the question before us, which is informed by our precedents and our own understanding of the Constitution and the rights it secures...

Our concern here is limited to crimes against individual persons. We do not address, for example, crimes defining and punishing treason, espionage, terrorism, and drug kingpin activity, which are offenses against the State. As it relates to

crimes against individuals, though, the death penalty should not be expanded to instances where the victim's life was not taken...

Evolving standards of decency are difficult to reconcile with a regime that seeks to expand the death penalty to an area where standards to confine its use are indefinite and obscure.

Our decision is consistent with the justifications offered for the death penalty. *Gregg* instructs that capital punishment is excessive when it is grossly out of proportion to the crime or it does not fulfill the two distinct social purposes served by the death penalty: retribution and deterrence of capital crimes...

Here it cannot be said with any certainty that the death penalty for child rape serves no deterrent or retributive function... This argument does not overcome other objections, however.

The incongruity between the crime of child rape and the harshness of the death penalty poses risks of overpunishment and counsels against a constitutional ruling that the death penalty can be expanded to include this offense...

With respect to deterrence, if the death penalty adds to the risk of nonreporting, that, too, diminishes the penalty's objectives... As a result, punishment by death may not result in more deterrence or more effective enforcement...

Each of these propositions, standing alone, might not establish the unconstitutionality of the death penalty for the crime of child rape. Taken in sum, however, they ... lead us to conclude, in our independent judgment, that the death penalty is not a proportional punishment for the rape of a child...

In most cases justice is not better served by terminating the life of the perpetrator rather than confining him and preserving the possibility that he and the system will find ways to allow him to understand the enormity of his offense. Difficulties in administering the penalty to ensure against its arbitrary and capricious application require adherence to a rule reserving its use, at this stage of evolving standards and in cases of crimes against individuals, for crimes that take the life of the victim...

5. *Glossip v. Gross*, 576 U.S. 863 (2015)

Justice Alito delivered the opinion of the Court.

Prisoners sentenced to death in the State of Oklahoma filed an action in federal court, contending that the method of execution now used by the State violates the Eighth Amendment because it creates an unacceptable risk of severe pain. They argue that midazolam, the first drug employed in the State's current three-drug protocol, fails to render a person insensate to pain. After holding an evidentiary hearing, the District Court denied four prisoners' application for a preliminary injunction, finding that they had failed to prove that midazolam is ineffective. The Court of Appeals for the Tenth Circuit affirmed and accepted the District Court's finding of fact regarding midazolam's efficacy.

For two independent reasons, we also affirm...

Our decisions in this area have been animated in part by the recognition that

because it is settled that capital punishment is constitutional, "it necessarily follows that there must be a constitutional means of carrying it out". And because some risk of pain is inherent in any method of execution, we have held that the Constitution does not require the avoidance of all risk of pain. After all, while most humans wish to die a painless death, many do not have that good fortune. Holding that the Eighth Amendment demands the elimination of essentially all risk of pain would effectively outlaw the death penalty altogether...

Our first ground for affirmance is based on petitioners' failure to satisfy their burden of establishing that any risk of harm was substantial when compared to a known and available alternative method of execution. In their amended complaint, petitioners proffered that the State could use sodium thiopental as part of a single-drug protocol. They have since suggested that it might also be constitutional for Oklahoma to use pentobarbital. But the District Court found that both sodium thiopental and pentobarbital are now unavailable to Oklahoma's Department of Corrections... Petitioners do not seriously contest this factual finding, and they have not identified any available drug or drugs that could be used in place of those that Oklahoma is now unable to obtain. Nor have they shown a risk of pain so great that other acceptable, available methods must be used. Instead, they argue that they need not identify a known and available method of execution that presents less risk. But this argument is inconsistent with the controlling opinion in *Baze*...

If States cannot return to any of the "more primitive" methods used in the past and if no drug that meets with the principal dissent's approval is available for use in carrying out a death sentence, the logical conclusion is clear. But we have time and again reaffirmed that capital punishment is not *per se* unconstitutional... We decline to effectively overrule these decisions...

We also affirm for a second reason: The District Court did not commit clear error when it found that midazolam is highly likely to render a person unable to feel pain during an execution...

First, we review the District Court's factual findings under the deferential "clear error" standard. This standard does not entitle us to overturn a finding "simply because we are convinced that we would have decided the case differently"...

Second, petitioners bear the burden of persuasion on this issue ... the evidence they presented to the District Court establishes that the use of midazolam is sure or very likely to result in needless suffering.

Third, numerous courts have concluded that the use of midazolam as the first drug in a three-drug protocol is likely to render an inmate insensate to pain that might result from administration of the paralytic agent and potassium chloride...

Fourth, challenges to lethal injection protocols test the boundaries of the authority and competency of federal courts. Although we must invalidate a lethal injection protocol if it violates the Eighth Amendment, federal courts should not "embroil themselves in ongoing scientific controversies beyond their expertise". Accordingly, an inmate challenging a protocol bears the burden to show, based on evidence presented to the court, that there is a substantial risk of severe pain...

Appendice

Constitution of the United States*

We, the People of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, ensure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

Art. 1

Sect. 1. All legislative powers, herein granted, shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Sect. 2. The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second year by all the people of the several States, and the Electors in each State shall have the qualifications requisite for Electors of the most numerous branch of the State Legislature.

No person shall be a Representative who shall not have attained to the age of twentyfive years, and been seven years a citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an inhabitant of that State in which he shall be chosen.

Representatives and direct taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to the respective numbers, which shall be determined by adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other persons.

* Testo pubblicato dalla Biblioteca del Congresso in www.loc.gov.

The actual enumeration shall be made within three years after the first meeting of the Congress of the United States, and within every subsequent term of ten years, in such manner as they shall by law direct. The number of Representatives shall not exceed one for every thirty thousand, but each State shall have at least one Representative; and until such enumeration shall be made, the State of New-Hampshire shall be entitled to choose three, Massachusetts eight, Rhode-Island and Providence Plantation one, Connecticut five, New-York six, New-Jersey four, Pennsylvania eight, Delaware one, Maryland six, Virginia ten, North-Carolina five, South-Carolina five, and Georgia three. When vacancies happen in the Representation from any State, the Executive authority thereof shall issue writs of election to fill such vacancies. The House of Representatives shall choose their Speaker and other officers, and shall have the sole power of impeachment.

Sect. 3. The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the Legislature thereof, for six years; and each Senator shall have one vote.

Immediately after they shall be assembled in consequence of the first election, they shall be divided as equally as may be into three classes. The seats of the Senators of the first class shall be vacated at the expiration of the second year, of the second class at the expiration of the fourth year, and of the third class at the expiration of the sixth year; so that one third may be chosen every second year; and if vacancies happen, by resignation or otherwise, during the recess of the Legislature of any State, the Executive thereof may make temporary appointments until the next meeting of the Legislature, which shall then fill such vacancies.

No person shall be a Senator who shall not have attained to the age of thirty years, and been nine years a citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an inhabitant of that State for which he shall be chosen.

The Vice-President of the United States shall be President of the Senate, but shall have no vote, unless they be equally divided. The Senate shall choose their other officers, and also a President pro tempore, in the absence of the Vice-President, or when he shall exercise the office of President of the United States.

The Senate shall have the sole power to try all impeachments. When sitting for that purpose, they shall be on oath or affirmation. When the President of the United State is tried, the Chief Justice shall presi-

de; and no person shall be convicted without the concurrence of two thirds of the members present.

Judgment, in cases of impeachment, shall not extend further than to removal from office, and disqualification to hold and enjoy any office of honor, trust or profit, under the United States; but the party convicted shall nevertheless be liable and subject to indictment, trial, judgment and punishment, according to law.

Sect. 4. The times, places and manner, of holding elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time, by law, make or alter such regulations, except as to the place of choosing Senators.

The Congress shall assemble at least once in every year, and such meeting shall be on the first Monday in December, unless they shall by law appoint a different day.

Sect. 5. Each House shall be the judge of the elections, returns and qualification, of its own members, and a majority of each shall constitute a quorum to do business; but a smaller number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the attendance of absent members, in such manner, and under such penalties, as each House may provide.

Each House may determine the rules of its proceedings, punish its members for disorderly behavior, and, with the concurrence of two thirds, expel a member.

Each House shall keep a journal of its proceedings, and from time to time publish the same, excepting such parts as may in their judgment require secrecy; and the yeas and nays of the members of either House on any question shall, at the desire of one fifth of those present, be entered on the journal.

Neither House, during the session of Congress, shall, without the consent of the other, adjourn for more than three days, nor to any other place than that in which the two Houses shall be sitting.

Sect. 6. The Senators and Representatives shall receive a compensation for their services, to be ascertained by law, and paid out of the treasury of the United States. They shall in all cases, except treason, felony and breach of peace, be privileged from arrest during their attendance at the session of their respective Houses, and in going to and returning

from the same; and for any speech or debate in either House, they shall not be questioned in any other place.

No Senator or Representative shall, during the time for which he was elected, be appointed to any civil office under the authority of the United States, which shall have been created, or the emoluments whereof shall have been encreased, during such time; and no person holding any officer under the United States shall be a member of either House, during his continuance in office.

Sect. 7. All bills for raising revenue shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with amendments, as on other bills.

Every bill which shall have passed the House of Representatives and the Senates shall, before it become a law, be presented to the President of the United States; if he approve; he shall sign it; but if not, he shall return it, with his objections, to that House in which it shall have originated, who shall enter the objections at large on their journal, and proceed to reconsider it. If after such reconsideration two thirds of that House shall agree to pass the bill, it shall be sent, together with the objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two thirds of that House, it shall become a law. But in all such cases the votes of both Houses shall be determined by yeas and nays, and the names of the persons voting for and against the bill shall be entered on the journal of each House respectively. If any bill shall not be returned by the President within ten days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the same shall be a law in like manner as if he had signed it, unless the Congress by their adjournment prevent its return, in which case it shall not be a law.

Every order, resolution or vote, to which the concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of adjournment) shall be presented to the President of the United States; and before the same shall take effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be re-passed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the rules and limitations prescribed in the case of a bill.

Sect. 8. The Congress shall have power: To lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common de-

fence and general welfare of the United States; but all duties; imposts and excises, shall be uniform throughout the United States;

To borrow money on the credit of the United States;

To regulate commerce with foreign nations, and among the several States, and with the Indian tribes; To establish an uniform rule of naturalization, and uniform laws on the subject of bankruptcies, throughout the United States;

To coin money, regulate the value thereof, and of foreign coin, and fix the standard of weights and measures;

To provide for the punishment of counterfeiting the securities and current coin of the United States;

To establish post-offices and post-roads;

To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries; To constitute tribunals inferior to the Supreme Court;

To define and punish piracies and felonies committed on the high seas and offences against the law of nations;

To declare war, grant letters of marque and reprisal, and make rules concerning captures on land and water;

To raise and support armies, but no appropriation of money to that use shall be for a longer term than two years;

To provide and maintain a navy;

To make rules for the government and regulation of the land and naval forces;

To provide for calling forth the militia to execute the laws of the Union, suppress insurrections, and repel invasions;

To provide for organizing, arming and disciplining the militia, and for governing such part of them as may be employed in the service of the United States, reserving to the States respectively the appointment of the officers, and the authority of training the militia according to the discipline prescribed by Congress;

To exercise exclusive legislation, in all cases whatsoever, over such district (not exceeding ten miles square) as may, by cession of particular States, and the acceptance of Congress, become the seat of the government of the United States, and to exercise like authority over all places purchased by the consent of the Legislature of the State in which the same shall be, for the erection of forts, magazines, arsenals, dock-yards, and other needful buildings; – and,

To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof.

Sect. 9. The migration or importation of such persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the year one thousand eight hundred and eight; but a tax or duty may be imposed on such importation, not exceeding ten dollars for each person.

The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.

No bill of attainder, or ex post facto law, shall be passed.

No capitation or other direct tax shall be laid, unless in proportion to the census or enumeration herein before directed to be taken.

No tax or duty shall be laid on articles exported from any State. No preference shall be given by any regulation of commerce or revenue to the ports of one State over those of another: Nor shall vessels bound to or from one State, be obliged to enter, clear, or pay duties, in another.

No money shall be drawn from the treasury, but in consequence of appropriations made by law; and a regular statement and account of the receipts and expenditures of all public money shall be published from time to time.

No title of nobility shall be granted by the United States: And no person holding any office of profit or trust under them shall, without the consent of the Congress, accept of any present, emolument, office or title, or any kind whatever from any King, Prince, or foreign State.

Sect. 10. No State shall enter into any treaty, alliance or confederation; grant letters of marque and reprisal; coin money; emit bills of credit; make any thing but gold and silver coin a tender in payment of debts; pass any bill of attainder, ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts, or grant any title of nobility. No State shall, without the consent of Congress, lay any imposts or duties on imports or exports, except what may be absolutely necessary for executing its inspection laws; and the new produce of all duties and imposts, laid by any State, on imports or exports, shall be for the use of the treasury of the United States; and all such laws shall be subject to the revision and control of the Congress. No State shall, without the consent of Con-

gress, lay any duty of tonnage, keep troops or ships of war in time of peace, enter into any agreement or compact with another State, or with a foreign power, or engage in war, unless actually invaded, or in such imminent danger as will not admit of delay.

Art. 2

Sect. 1. The executive power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his office during the term of four years, and, together with the Vice-President, chosen for the same term, be elected as follows.

Each State shall appoint, in such manner as the Legislature thereof may direct, a number of Electors, equal to the whole number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress; but no Senator or Representative, or person holding an office of trust or profit under the United States, shall be appointed an Elector.

The Electors shall meet in their respective States, and vote by ballot for two persons, of whom one at least shall not be an inhabitant of the same state with themselves. And they shall make a list of all the persons voted for, and of the number of votes for each; which list they shall sign and certify, and transmit sealed to the seat of the government of the United States, directed to the President of the Senate. The President of the Senate shall, in the presence of the Senate and House of Representatives, open all the certificates, and the votes shall then be counted. The person having the greatest number of votes shall be the President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed; and if there be more than one who have such majority, and have an equal number of votes, then the House of Representatives shall immediately choose by ballot one of them for President; and if no person have a majority, then from the five highest on the list the said House shall in like manner choose a President. But in choosing the President the votes shall be taken by States, the representation from each State having one vote; a quorum for this purpose shall consist of a member or members from two thirds of the States, and a majority of all the States shall be necessary to a choice. In every case, after the choice of the President, the person having the greatest number of votes of the Electors, shall be the Vice-President. But if there should remain two or more who have equal votes, the Senate shall choose from them by ballot the Vice-President.

The Congress may determine the time of choosing the Electors, and the day on which they shall give their votes; which day shall be the same throughout the United States.

No person, except a natural born citizen, or a citizen of the United States at the time of the adoption of this Constitution, shall be eligible to the office of President; neither shall any person be eligible to that office, who shall not have attained to the age of thirty-five years, and been fourteen years a resident within the United States.

In case of the removal of the President from office, or of his death, resignation, or inability to discharge the powers and duties of the said office, the same shall devolve on the Vice-President; and the Congress may by law provide for the case of removal, death, resignation, or inability, both of the President and Vice-President, declaring what officer shall then act as President, and such officer shall act accordingly, until the disability be removed, or a President shall be elected.

The President shall, at stated times, receive for his services a compensation, which shall neither be increased nor diminished during the period for which he shall have been elected, and he shall not receive within that period any other emolument from the United States, or any of them.

Before he enter on the execution of his office, he shall take the following oath or affirmation: "I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the office of President of the United States; and will, to the best of my ability, preserve, protect and defend, the Constitution of the United States".

Sect. 2. The President shall be Commander in Chief of the army and navy of the United States, and of the militia of the several states, when called into the actual service of the United States; he may require the opinion, in writing, of the principal officer in each of the executive departments, upon any subject relating to the duties of their respective offices, and he shall have power to grant reprieves and pardons for offences against the United States, except in cases of impeachment.

He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate shall appoint Ambassadors, other public Ministers, and Consuls, Judges of the Supreme Court, and all other offices of the United States, whose appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by law. But the Congress may by law vest

the appointment of such inferior officers as they think proper in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments. The President shall have power to fill up all vacancies that may happen during the recess of the Senate, by granting commissions, which shall expire at the end of their next session.

Sect. 3. He shall from time to time give to the Congress information of the state of the Union, and recommend to their consideration such measures as he shall judge necessary and expedient; he may, on extraordinary occasions, convene both Houses, or either of them, and in case of disagreement between them, with respect to the time of adjournment, he may adjourn them to such time as he shall think proper; he shall receive Ambassadors and other public Ministers; he shall take care that the laws be faithfully executed, and shall commission all the officers of the United States.

Sect. 4. The President, Vice-President, and all civil officers of the United States, shall be removed from office, on impeachment for and conviction of treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors.

Art. 3

Sect. 1. The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such Inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and Inferior Courts, shall hold their offices during good behaviour; and shall, at stated times, receive for their services a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.

Sect. 2. The judicial power shall extend to all cases in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority; to all cases affecting Ambassadors, other public Ministers, and Consuls; to all cases of admiralty and maritime jurisdiction; to controversies to which the United States shall be a party; to controversies between two or more States, between a State and citizen of another State, between citizens of different States, between citizens of the same State claiming lands under grants of different States, and between a State, or the citizens thereof, and foreign States, citizens or subjects.

In all cases affecting Ambassadors, other public Ministers and consuls, and those in which a State shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, with such exceptions and under such regulations as the Congress shall make. The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury; and such trial shall be held in the State where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the trial shall be at such place or places as the Congress may by law have directed.

Sect. 3. Treason, against the United States, shall consist only in levying war against them, or in adhering to their enemies, giving them aid and comfort. No person shall be convicted of treason, unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court. The Congress shall have power to declare the punishment of treason, but no attainder of treason shall work corruption of blood, or forfeiture, except during the life of the person attainted.

Art. 4

Sect. 1. Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records and judicial proceedings, of every other State. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records and proceedings, shall be proved, and the effect thereof.

Sect. 2. The citizens of each State shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states.

A person, charged in any State with treason, felony, or other crime, who shall flee from justice, and be found in another State, shall, on demand of the executive authority of the State from which he fled, be delivered up, to be removed to the State having jurisdiction of the crime. No person, held to service or labour in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labour; but shall be delivered up, on claim of the party to whom such service or labour may be due.

Sect. 3. New States may be admitted by the Congress into this Union; but no new State shall be formed to be erected within the jurisdiction of any other State; nor any State be formed by the junction of two or more States, or parts of States, without the consent of the Legislatures of the States concerned, as well as of the Congress.

The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations, respecting the territory or other property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed, as to prejudice any claims of the United States, or of any particular State.

Sect. 4. The United States shall guarantee, to every State in this Union, a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and, on application of the Legislature, or of the Executive, (when the Legislature cannot be convened) against domestic violence.

Art. 5

The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution; or, on the application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention, for proposing amendments; which, in either case, shall be valid, to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislature of three fourths of the several States, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress: Provided, that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses, in the ninth section of the first article; and that no State, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.

Art. 6

All debts contracted, and engagements entered into, before the adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation.

This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme

law of the land; and the Judges in every State, shall be bound thereby; any thing in the constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.

The Senators and Representatives before mentioned, and the members of the several State Legislatures, and all executive and judicial officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by oath or affirmation to support this Constitution; but no religious test shall ever be required as a qualification to any office, or public trust, under the United States.

Art. 7

The ratification of the Conventions of Nine States shall be sufficient for the establishment of this constitution, between the States so ratifying the same.

Amendments to the Constitution of the United States

Amendment 1st

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press: or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Amendment 2nd

A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

Amendment 3rd

No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Amendment 4th

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Amendment 5th

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any Criminal Case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Amendment 6th

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining Witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Amendment 7th

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

Amendment 8th

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Amendment 9th

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

Amendment 10th

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.

Amendment 11th

The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.

Amendment 12th

The Electors shall meet in their respective states and vote by ballot for President and Vice-President, one of whom, at least, shall not be an inhabitant of the same state with themselves; they shall name in their ballots the person voted for as President, and in distinct ballots the person voted for as Vice-President, and they shall make distinct lists of all persons voted for as President, and of all persons voted for as Vice-President, and of the number of votes for each, which lists they shall sign and certify, and transmit sealed to the seat of the government of the United States, directed to the President of the Senate; the President of the Senate shall, in the presence of the Senate and House of Representatives, open all the certificates and the votes shall then be counted; The person having the greatest number of votes for President, shall be the President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed; and if no person have such majority, then from the persons having the highest numbers

not exceeding three on the list of those voted for as President, the House of Representatives shall choose immediately, by ballot, the President. But in choosing the President, the votes shall be taken by states, the representation from each state having one vote; a quorum for this purpose shall consist of a member or members from two-thirds of the states, and a majority of all the states shall be necessary to a choice. And if the House of Representatives shall not choose a President whenever the right of choice shall devolve upon them, before the fourth day of March next following, then the Vice-President shall act as President, as in the case of the death or other constitutional disability of the President. The person having the greatest number of votes as Vice-President, shall be the Vice-President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed, and if no person have a majority, then from the two highest numbers on the list, the Senate shall choose the Vice-President; a quorum for the purpose shall consist of two-thirds of the whole number of Senators, and a majority of the whole number shall be necessary to a choice. But no person constitutionally ineligible to the office of President shall be eligible to that of Vice-President of the United States.

Amendment 13th

Sect. 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

Sect. 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment 14th

Sect. 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Sect. 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Sect. 3. No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Sect. 4. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Sect. 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

Amendment 15th

Sect. 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.

Sect. 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment 17th

The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration.

Amendment 18th

Sect. 1. After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited.

Sect. 2. The Congress and the several States shall have concurrent power to enforce this article by appropriate legislation.

Sect. 3. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

Amendment 19th

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment 20th

Sect. 1. The terms of the President and the Vice President shall end at noon on the 20th day of January, and the terms of Senators and Representatives at noon on the 3rd day of January, of the years in which such terms would have ended if this article had not been ratified; and the terms of their successors shall then begin.

Sect. 2. The Congress shall assemble at least once in every year, and such meeting shall begin at noon on the 3rd day of January, unless they shall by law appoint a different day.

Sect. 3. If, at the time fixed for the beginning of the term of the President, the President elect shall have died, the Vice President elect shall become President. If a President shall not have been chosen before the time fixed for the beginning of his term, or if the President elect shall have failed to qualify, then the Vice President elect shall act as President until a President shall have qualified; and the Congress may by law provide for the case wherein neither a President elect nor a Vice President elect shall have qualified, declaring who shall then act as President, or the manner in which one who is to act shall be selected, and such person shall act accordingly until a President or Vice President shall have qualified.

Sect. 4. The Congress may by law provide for the case of the death of any of the persons from whom the House of Representatives may choose a President whenever the right of choice shall have devolved upon them, and for the case of the death of any of the persons from whom the Senate may choose a Vice President whenever the right of choice shall have devolved upon them.

Sect. 5. Sections 1 and 2 shall take effect on the 15th day of October following the ratification of this article.

Sect. 6. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission.

Amendment 21st

Sect. 1. The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed.

Sect. 2. The transportation or importation into any State, Territory, or possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited.

Sect. 3. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by conventions in the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

Amendment 22nd

Sect. 1. No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once. But this Article shall not apply to any person holding the office of President when this Article was proposed by the Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this Article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term.

Sect. 2. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission to the States by the Congress.

Amendment 23rd

Sect. 1. The District constituting the seat of Government of the United States shall appoint in such manner as Congress may direct:

A number of electors of President and Vice President equal to the whole number of Senators and Representatives in Congress to which the District would be entitled if it were a State, but in no event more than

the least populous State; they shall be in addition to those appointed by the States, but they shall be considered, for the purposes of the election of President and Vice President, to be electors appointed by a State; and they shall meet in the District and perform such duties as provided by the twelfth article of amendment.

Sect. 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment 24th

Sect. 1. The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay poll tax or other tax.

Sect. 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment 25th

Sect. 1. In case of the removal of the President from office or of his death or resignation, the Vice President shall become President.

Sect. 2. Whenever there is a vacancy in the office of the Vice President, the President shall nominate a Vice President who shall take office upon confirmation by a majority vote of both Houses of Congress.

Sect. 3. Whenever the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that he is unable to discharge the powers and duties of his office, and until he transmits to them a written declaration to the contrary, such powers and duties shall be discharged by the Vice President as Acting President.

Sect. 4. Whenever the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive departments or of such other body as Con-

gress may by law provide, transmit to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall immediately assume the powers and duties of the office as Acting President.

Thereafter, when the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that no inability exists, he shall resume the powers and duties of his office unless the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive department or of such other body as Congress may by law provide, transmit within four days to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office. Thereupon Congress shall decide the issue, assembling within forty-eight hours for that purpose if not in session. If the Congress, within twenty-one days after receipt of the latter written declaration, or, if Congress is not in session, within twenty-one days after Congress is required to assemble, determines by two-thirds vote of both Houses that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall continue to discharge the same as Acting President; otherwise, the President shall resume the powers and duties of his office.

Amendment 26th

Sect. 1. The right of citizens of the United States, who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age.

Sect. 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment 27th

No law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened.

CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

Presidente

AUGUSTO ROCA DE AMICIS

Membri

MARCELLO ARCA

ORAZIO CARPENZANO

MARIANNA FERRARA

CRISTINA LIMATOLA

ENRICO ROGORA

FRANCESCO SAITTO

COMITATO SCIENTIFICO
COLLANA SCIENZE GIURIDICHE

Membri

LUISA AVITABILE

MARCELLO CLARICH

CLAUDIO CONSOLO

ENRICO DEL PRATO

ANDREA DI PORTO

LAURA MOSCATI

GIULIANA SCOGNAMIGLIO

Opera sottoposta a peer review. Il Consiglio scientifico-editoriale, anche attraverso i comitati scientifici di serie, assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori ignoti agli autori e ai curatori. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: www.editricesapienza.it

This work has been subjected to a peer review. The Scientific-editorial Board, also through the scientific committees of series, ensures a transparent and independent evaluation of the works by subjecting them anonymously to two reviewers, unknown to the authors and editors. For further details please visit the website: www.editricesapienza.it

COLLANA SCIENZE GIURIDICHE

Per informazioni sui volumi precedenti della collana, consultare il sito:
www.editricesapienza.it | *For information on the previous volumes included
in the series, please visit the following website: www.editricesapienza.it*

5. L'evasione fiscale
Ricerca su natura giuridica e dimensione quantitativa
a cura di Pietro Boria
6. La tutela giurisdizionale delle *chances* illegittimamente perdute
Sara Barone
7. Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali
nel Regno Unito
Corti e Parlamento tra common law e Human Rights Act
Federico Nania
8. How We Defeated Shell. Milieudéfensie et al. c. Royal Dutch Shell
Uno sguardo dietro le quinte
trad. it. a cura e saggio introduttivo di Lorenzo Serafinelli
9. Esperienze giuridiche in dialogo
Il ruolo della comparazione
a cura di Michele Graziadei e Alessandro Somma
10. Diritti fondamentali e conflitto sociale
Un dialogo tra le discipline
a cura di Alessandro Somma
11. Crisi d'impresa, circolazione dei complessi aziendali e rapporti di
lavoro
Luisa Rocchi
12. Mercato istituzioni e regole
*a cura di Gaetano Azzariti, Silvia Bagni, Michele Carducci e Alessandro
Somma*
13. 1942-2022 Gli ottanta anni del Codice della navigazione
Passato, presente e futuro
Atti dei convegni di Roma, 21 aprile | Cagliari, 9 giugno | Trieste, 16
settembre
*a cura di Alfredo Antonini, Giovanni Calvelli, Massimo Deiana,
Massimiliano Piras, Alessandro Zampone*
14. Il diritto degli Stati Uniti
Attraverso le decisioni della Corte suprema
Alessandro Somma, Lorenzo Serafinelli, Paola Valerio

Il volume illustra alcune fondamentali linee di sviluppo dell'esperienza giuridica statunitense, concentrandosi in particolare sulla giurisprudenza della Corte suprema e avvalendosi di una selezione ragionata di casi giurisprudenziali e materiali normativi. Il lavoro intende tracciare un itinerario di lettura scandito in sezioni tematiche, che permetta di cogliere le principali evoluzioni dell'esperienza indagata nel suo complesso.

Alessandro Somma è Professore ordinario di Diritto privato comparato nella Sapienza Università di Roma.

Lorenzo Serafinelli è Assegnista di ricerca in Diritto privato comparato nella Sapienza Università di Roma.

Paola Valerio è *DynamInt Visiting Scholar* in Diritto privato comparato nella Humboldt-Universität zu Berlin.

ISBN 978-88-9377-444-4



9 788893 774444

