

# Una Corte fuorilegge

Leah Litman, *Lawless, How the Supreme Court Runs on Conservative Grievance, Fringe Theories, and Bad Vibes*, Atria/One Signal Publishers, New York, 2025, pp. 320.

## Parole chiave

Stati Uniti, Corte Suprema, Corruzione, Separazione dei poteri

Elisabetta Grande è professore ordinario di diritto comparato all'Università del Piemonte Orientale (elisabetta.grande@uniupo.it).

## 1. Una Corte ideologica

*Lawless*, il nuovo libro di Leah Litman, professoressa alla University of Michigan e nota al pubblico americano per la conduzione di un seguito podcast sulla Corte Suprema federale (per una storia della Corte Suprema americana, si veda Banner 2025), è un pugno nello stomaco per chiunque immagini il più alto e influente organo giurisdizionale statunitense come un imparziale interprete della legge, costituzionale o ordinaria che sia. Fin dal titolo, l'accusa nei confronti di quell'alta corte – il cui potere sulle vite, non solo degli americani, è immenso – è pesante: si tratta di un organo che agisce “fuorilegge”. Il libro racconta in dettaglio come la Corte Suprema federale statunitense – che a partire dal famoso caso *Marbury v. Madison* del 1803 si è auto attribuita

il penetrante potere di *judicial review*, ossia di controllo di costituzionalità delle leggi federali, statali e financo delle decisioni delle Corti degli Stati – dietro il tecnicismo giuridico delle teorie interpretative che adotta, nasconda in verità un programma ideologico e politico. L'autrice prova come teorie interpretative quali l'originalismo (per una ferma critica di quel metodo interpretativo, si veda altresì Chemerinsky 2022) – ossia la lettura della Costituzione alla luce dell'intenzione dei padri fondatori o, a seconda dei casi e dei giudici che la fanno propria, del sentimento collettivo al tempo dell'entrata in vigore del testo costituzionale o dei suoi emendamenti – o come la recentissima “dottrina delle questioni di grande rilievo” (*major question doctrine*) – che stabilisce che le corti non devono deferire alle interpretazioni delle agenzie amministrative in merito alle leggi quando si tratta di questioni di grande rilevanza economica o politica, a meno che il Congresso non abbia chiaramente autorizzato tale azione – siano in verità argomentazioni da azzecagarbugli, funzionali al raggiungimento degli obiettivi politici-ideologici che i giudici della Corte Suprema hanno in animo di perseguire (per una visione della Corte Suprema come corte politica, sia pur da un punto di vista molto diverso, si veda Posner 2010).

Così, nel 2022, la Corte Suprema, proprio nella lettura originalista della Costituzione, trova il fondamento giuridico per cancellare il diritto di autodeterminazione delle donne in relazione al proprio corpo, rovesciando i suoi precedenti. La Corte che decide *Dobbs* nel giugno di quell'anno è una Corte Suprema con una super maggioranza repubblicana grazie al caso, la morte cioè della giudice Ruth Bader Ginsburg, e alla scorrettezza istituzionale di chi – repubblicano – in Senato non aveva fatto nominare a Barack Obama il sostituto del giudice Antonin Scalia, perché troppo a ridosso delle nuove elezioni, ma aveva poi permesso a Donald Trump di nominare Amy Coney Barrett in un momento ancora più ravvicinato alle successive presidenziali. È quindi il momento giusto, ci spiega l'autrice, per la Corte di esercitare la propria discrezionalità nell'accettare o meno la giurisdizione sulla questione dell'aborto e la teoria originalista offre ai 6 giudici conservatori l'argomentazione giuridica utile al raggiungimento del proprio scopo politico

ideologico. Si tratta della messa in atto del programma elettorale con cui Trump si presenta e vince le elezioni del 2016 (ciò che gli permetterà, durante il suo primo mandato, di nominare ben tre giudici della Corte): “rovesciare un bel numero di decisioni dettate dall’attivismo – inclusa *Roe*” (p. 35). Sulla base di un ragionamento e di una teoria che Litman chiarisce bene come non portasse affatto a una tale obbligata conclusione, la super maggioranza repubblicana – assecondando i desideri trumpiani – ribalta quindi la pronuncia con cui nel 1973 quella stessa Corte, ma con una diversa composizione politica, aveva letto nel XIV emendamento della Costituzione federale la libertà delle donne di abortire, purché prima del momento in cui il feto fosse capace di vita autonoma (la così detta *viability*): *Roe v. Wade* per l’appunto.

Per smascherare l’applicazione fortemente politica delle norme da parte di una Corte Suprema che suole invece presentarsi in una veste puramente tecnica, Litman esamina a fondo i profondi legami che intercorrono fra i giudici conservatori della Corte e la *Federalist Society*. Un ente, quest’ultimo, senza scopo di lucro, fondato nei primi anni Ottanta del secolo scorso da studenti e professori delle Università di élite Harvard e Yale, i cui fondi derivano in maniera diretta o indiretta (soprattutto grazie al suo storico presidente Leonard Leo) da individui e gruppi di pressione e interesse, spesso facenti capo a grandi *corporation* – come la rete di donatori costruita dalla famiglia dei multi-miliardari della petrolchimica Koch – che appoggiano cause conservatrici politicamente orientate, fra cui per esempio l’eliminazione dei diritti acquisiti nel tempo dalle minoranze, donne e neri in particolare. Si tratta di un’organizzazione che promuove un’interpretazione originalista della Costituzione e che a partire dal secondo Bush – dopo le delusioni provocate da chi, come David Souter, Anthony Kennedy o Sandra O’Connor, aveva tradito la causa conservatrice votando nel 1992 (in *Planet Parenthood v. Casey*) a favore del mantenimento in capo alle donne del diritto di abortire – aveva serrato le fila del coordinamento con i presidenti repubblicani, al fine di individuare coloro che avrebbero potuto essere nominati quali giudici dell’alta Corte, fino a diventare con il primo Trump il punto di riferimento obbligato di quella delicata scelta.

## 2. Una Corte che non si limita a cancellare il diritto di aborto

I frutti del connubio fra danaro, poteri forti, posizioni conservatrici e precisa individuazione dei candidati alla più alta e influente Corte del Paese non dovevano farsi troppo attendere e le conseguenze vanno molto al di là della cancellazione del diritto all'autodeterminazione delle donne sul proprio corpo. A seguito della nomina di John Roberts (come *Chief justice*) e di Samuel Alito da parte del secondo Bush vengono meno, per cominciare, parte delle tutele contro le discriminazioni elettorali dei neri americani, che – dopo le dure lotte per la conquista dei loro diritti – il sistema aveva finalmente apprestato con il *Voting Rights Act* del 1965 (poi sempre riconfermato e financo rafforzato dal Congresso). Per evitare che gli Stati del sud mettessero in pratica nuove vie volte a escludere i neri dalla possibilità di votare – quali in precedenza erano stati ad esempio i *literacy tests* –, la sezione 5 di quella legge imponeva un controllo preventivo da parte dell'ordinamento federale di ogni loro nuova normativa elettorale.

Nel 2013, con il caso *Shelby County v. Holder*, una risicata maggioranza – tutta di nomina repubblicana – dichiara infatti ormai superata, e perciò incostituzionale, quella sezione, giacché avrebbe irragionevolmente punito 9 Stati del sud per il loro passato, così discriminandoli. Questa volta, nota Litman, la teoria originalista viene scartata dal menù delle opzioni interpretative, poiché avrebbe portato al risultato opposto a quello che politicamente si voleva ottenere. Nel 2019, poi, la Corte Suprema si arricchisce di due nuovi giudici di nomina repubblicana di provata fede ideologica – Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh – e con la decisione *Rucho v. Common Cause* si dichiara incompetente a decidere sulla rideterminazione da parte dei legislatori statali dei perimetri dei collegi elettorali, ottenuta adottando criteri intenzionalmente studiati per avvantaggiare un partito piuttosto che un altro. Si tratta del così detto *gerrymandering* partigiano che, concentrando in un solo distretto tutti gli elettori che si pensa voteranno per il partito che si vuole svantaggiare (*packing*), oppure sparpagliandoli su vari distretti in cui la maggioranza si esprimerà presumibilmente per il partito opposto

(*cracking*), altera il risultato elettorale a favore del partito di maggioranza del momento. Nonostante appaia come un'ovvia ingannevole mappatura dei collegi, capace di produrre effetti democraticamente perversi, con una maggioranza di 5 a 4 in *Rucho* la Corte Suprema federale dichiara la propria incompetenza a giudicare della legittimità di una tal pratica in quanto implicante non una questione giuridica, bensì una faccenda puramente politica (*political question*).

Né l'ovvia discriminazione razziale, pur vietata dalla sezione 2 del *Voting Rights Act*, che ne discende – giacché di norma il voto democratico è anche nero (o latino) – comporta per la maggioranza repubblicana della Corte Suprema l'illegittimità di un *gerrymandering* che sia motivato da ragioni politiche e non razziali. “Quando le preferenze razziali e partigiane sono intimamente connesse (...) se il 100% degli elettori neri votasse per esempio per candidati democratici, è ovvio che qualsiasi mappatura che abbia come scopo un certo obiettivo partigiano (...) comporterebbe inevitabilmente l'esclusione di un esagerato numero di elettori neri” scrive Samuel Alito in *Alexander v. South Carolina State Conference of NAACP* (602 U.S. 144, 2024, pp. 1221, 1241), giustificando paradossalmente così la legittimità costituzionale di un *gerrymandering* razziale effettuato dalla South Carolina. D'altronde, tutto oggi – e la recente decisione in emergenza di dicembre della SCOTUS (*Abbott v. League of United Latin American Citizens*), che ha salvaguardato il *gerrymandering* razziale texano, pare confermarlo – prelude a un prossimo completamento dell'opera. Apprestandosi, infatti, a decidere direttamente della costituzionalità della stessa sezione 2 del *Voting Rights Act*, sulla scorta di un'immaginaria realtà statunitense scevra da razzismo, l'attuale Corte Suprema potrebbe allora cancellare definitivamente le conquiste del secolo scorso dei neri americani.

Il mondo dei giudici della Corte Suprema – sostiene Litman – è quello ideologico delle astrazioni intellettuali, avulso dalla realtà che lo circonda, cosicché le decisioni hanno impatti devastanti sulle persone in carne e ossa. Ciò accade quando le donne in gravidanza muoiono perché dopo *Dobbs* le limitazioni poste da alcune leggi statali alle interruzioni di gravidanza sono tali che esse vi possono ricorrere soltanto

quando è in gioco la loro stessa vita e i medici arrivano troppo tardi. Oppure quando, per via di un *gerrymandering* razziale, i neri o i latini perdono rappresentanza democratica e il risultato della libertà concessa agli Stati del sud di modificare a piacimento le regole elettorali consiste nella chiusura di più di mille seggi elettorali proprio nelle circoscrizioni in cui abitano le minoranze etniche.

Si tratta di quel vuoto pneumatico rispetto alla realtà circostante che invece è celebrato da chi, come Amy Coney Barrett, nell'intervista concessa al New York Times<sup>1</sup> (per pubblicizzare il suo nuovo libro dal significativo titolo *Listening to the Law*) (Barrett, 2025), intende in tal modo dimostrare la propria neutralità politica nell'interpretazione della Costituzione statunitense.

### 3. Una Corte prezzolata

L'approfondita indagine di Litman sui rapporti fra denaro, reclutamento dei *Justices* e decisioni della Corte Suprema si sofferma poi sulla fondamentale questione delle sicure pressioni del potere economico sui giudici di quell'alta Corte che ne derivano. Se essi certamente hanno storicamente sempre interpretato la Costituzione – e più in generale le norme giuridiche – dandone una lettura in sintonia con gli interessi dei poteri forti, oggi ciò accade in maniera spinta e palese, con tutto ciò che ne consegue in termini di fortissime disequaglianze e di pericoli per le libertà della stragrande maggioranza della popolazione.

Quella che si può definire come una – forse inevitabile – “corruzione ambientale”, determinata dal contesto sociale ed economico in cui i giudici dell'alta Corte si sono sempre formati, provenendo essi in generale dal mondo dei ricchi e dei privilegiati, dà per esempio senz'altro ragione di decisioni come *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, con la quale nel 1895 essi avevano ostacolato l'applicazione di una tassazione progressiva sui redditi, che solo grazie all'approvazione nel 1913 del

---

1 <https://www.nytimes.com/video/opinion/100000010436073/amy-coney-barrett-doesnt-need-you-to-like-her.html>

XVI emendamento della Costituzione era poi potuta entrare in vigore. A partire dal 1903 (durante la così detta era *Lochner*), il favore verso l'élite economica del Paese si era poi notoriamente espresso nell'opposizione a qualsiasi legislazione sociale che tutelasse i lavoratori, anche bambini, perché ritenuta contraria alla libertà economica dei datori di lavoro, secondo un'interpretazione del XIV emendamento che solo la minaccia di un *Court packing plan* – ossia di un aumento del numero dei giudici – da parte di F. D. Roosevelt aveva potuto ribaltare. Ancora, è la Corte Warren – tanto progressista nel campo di diritti civili, quanto conservatrice in quello dei diritti economici – ad aprire la strada allo smantellamento dei (pochi) diritti dei lavoratori. Così se il diritto di *free speech* è stato interpretato nel senso che i datori potessero imporre ai lavoratori di uno stabilimento, che tentasse di sindacalizzarsi, di partecipare a riunioni (chiamate *captive audience meetings*) in cui poteva addirittura essere minacciata la chiusura della fabbrica, per decisione di quella Corte lo stesso diritto non è invece spettato ai membri dei sindacati a cui è stato perfino negata la possibilità di entrare nel parcheggio dello stabilimento per comunicare con i lavoratori (*NLBR v. Babcock and Wilcox*, 1956).

Si potrebbe continuare a lungo nell'elenco delle decisioni di una Corte Suprema che si è sempre schierata dalla parte del capitale. Ciò che qui interessa sottolineare è, però, come Litman illumini la novità odierna dei legami particolarmente perversi fra le *corporation* – lasciate libere da una maggioranza repubblicana della Corte Suprema di inondare di danaro organizzazioni direttamente o indirettamente finanziatrici delle campagne elettorali – e i soldi che da quelle stesse *corporation* giungono alla *Federalist Society*, cui i repubblicani hanno appaltato la scelta dei candidati alla Corte Suprema. Lo smaccato favore nei confronti delle grandi imprese, che da *Citizen United (C.U. v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310, 2010) in poi possono contribuire con fondi illimitati alle campagne elettorali – giacché il loro diritto di parola, dice una Corte che ribalta i propri precedenti, si esprime attraverso la possibilità di spendere quanti soldi vogliono a sostegno dei propri candidati politici –, col tempo, e grazie ai nuovi membri della Corte individuati dalla *Federalist Society*, si spinge anche oltre.

Dopo aver ottenuto dalla Corte Suprema tutti i diritti delle persone fisiche – di proprietà, di parola e financo quello di esprimere liberamente la propria fede religiosa – le *corporation* stanno oggi reclamando, e ottenendo, dalla Corte il diritto di non subire alcun limite al loro operare. È questo il senso delle recentissime decisioni che inventano la teoria della *major question doctrine* per togliere alle agenzie amministrative federali, deputate dai tempi di Roosevelt a regolamentare le attività delle imprese, una tale possibilità. Per i repubblicani, e quindi per la *Federalist Society*, si tratta della vera partita in gioco fin dai tempi di Lewis Powell e del suo famoso *memorandum*: smantellare il *deep State*, le agenzie amministrative e il loro potere di controllo sulle grandi *corporation*. “La sinistra ha pensato che ci saremmo occupati solo di *Roe v. Wade*”, dice nel 2024 senza mezzi termini il senatore repubblicano Mitch McConnell, celebrando la decisione con cui la Corte Suprema invalida le regolamentazioni dell’agenzia per la protezione dell’ambiente (EPA) volte a stabilire i limiti di inquinamento di alcune industrie (New York Times, July 3, 2024<sup>2</sup>). A partire dal nuovo mandato Trump, il progetto della Heritage Foundation – e dei multimiliardari a capo delle diverse *corporation* che vi stanno dietro – si sta definitivamente realizzando con la sostanziale eliminazione delle agenzie amministrative federali. Attraverso il loro de-finanziamento e il licenziamento dei relativi impiegati, in forza del principio che si vorrebbe costituzionale della *unitary executive theory* – per cui tutto l’esecutivo dovrebbe essere di nomina del presidente e a lui fedele – Trump le sta mettendo fuori gioco con il beneplacito, per ora solo a livello interlocutorio, della Corte Suprema.

I rischi dell’eliminazione di qualunque freno all’attività delle *corporation* sono sotto gli occhi di tutti e sono così riassunti dalla senatrice democratica Elizabeth Warren: “Quando sono fatte bene, regole forti e giuste proteggono la libertà di ogni americano. Quanto libero saresti se alle aziende fosse permesso di mentirti e ingannarti per farti investire tutti i tuoi risparmi nelle loro azioni? O se nessuno si lavasse le mani prima di preparare il tuo hamburger? O se le aziende potessero

---

2 New York Times, July 3, 2024, <https://www.nytimes.com/2024/07/03/us/politics/trump-supreme-court-conservative-push.html>

spacciare piccole pillole bianche per antibiotici?” (Business Insider, June 6, 2018<sup>3</sup>). Si tratta di rischi altissimi, che ovviamente toccano ogni campo della vita degli umani. Rischi che, tuttavia, la Corte Suprema statunitense sembra pronta oggi a far loro correre, perché ormai definitivamente asservita ai poteri forti.

#### 4. Una Corte al capolinea

Il re è dunque nudo! Con il suo libro, Litman mette infatti la pietra tombale su ogni speranza di trovare una via di uscita a quella che è stata chiamata la *counter majoritarian difficulty* (Bickel 1962), che coincide con il vizio di origine di una Corte Suprema – e in generale di un giudiziario federale – di nomina politica (il presidente con il consenso del Senato), o addirittura di una parte politica che può anche essere minoritaria. Ciò accade quando il Senato (per regola costituzionale composto da due senatori per ogni Stato, laddove il voto dell’elettore del Wyoming, i cui abitanti sono meno di 600.000, pesa circa 68 volte di più del voto dell’elettore della California, con i suoi circa 40 milioni di abitanti) si trova ad avere una maggioranza partitica che non coincide con la maggioranza del voto popolare e – per la ripercussione del deficit democratico nell’elezione del Senato sul collegio elettorale che nomina il presidente – anche quest’ultimo è di minoranza, o addirittura è stato eletto nonostante abbia ricevuto meno voti dell’avversario. È ciò che è successo durante il primo mandato Trump, quando egli aveva ottenuto quasi 3 milioni di voti popolari in meno rispetto a Hillary Clinton e il partito repubblicano in maggioranza in Senato rappresentava meno di metà del Paese, laddove quei due organi avevano poi nominato e confermato – a stretta maggioranza partitica – ben tre giudici in Corte Suprema.

Come possono essere imparziali – e addirittura decidere della costituzionalità di leggi emanate da chi è stato eletto in via diretta dalla maggioranza dei cittadini – 9 giudici nominati in via indiretta da una parte

---

3 <https://www.businessinsider.com/elizabet-warren-says-deregulation-boots-profits-at-consumers-expense-2018-6>

politica? La soluzione al dilemma della *counter majoritarian difficulty* non poteva che essere individuata nella legittimazione tecnica e non politica di quei 9 (originariamente 6) *Justices*. È la loro caratteristica di tecnici del diritto, il cui patrimonio sapienziale permette di scoprire il vero significato delle leggi e del testo costituzionale, a dare loro l'investitura necessaria a interpretare le leggi federali e a dichiarare invalide le leggi dei Parlamenti, tanto federale che statali, perché in contrasto con la *Supreme Law of the Land*. Come depositari della volontà del popolo costituente – è questo il principio che giustifica la loro autorità – essi interpretano il testo dei padri fondatori, dando voce alla maggioranza qualificata degli americani che l'hanno ratificato, operando così come mero tramite delle loro intenzioni.

Solo attraverso un'immagine di assoluta neutralità politica della Corte è, insomma, possibile superare la “difficoltà anti maggioritaria” su cui Alexander Bickel si interrogava e per raggiungerla nel tempo sono state adottate alcune precise strategie (sul punto, in maggior dettaglio, si veda Grande 2022). Non soltanto i senatori hanno sempre cercato di confermare a larghissima maggioranza i giudici prescelti dal presidente, per modo che essi non apparissero nominati per il loro credo politico, quanto piuttosto per la loro autorevolezza come tecnici. Anche il non allineamento dei *Justices* alle posizioni politiche del presidente che li aveva nominati ha giocato nel senso di fornire loro un'immagine di tecnici del diritto. Il pensiero corre evidentemente a Earl Warren e alla sua interpretazione della Costituzione, così progressista e lontana dalle idee di Eisenhower, che pur lo aveva nominato in quanto conservatore e governatore repubblicano. Lo stesso vale però, anche se in tono minore, per quasi tutti i giudici della Corte, la cui linea interpretativa del diritto – fino al momento della presa di controllo della *Federalist Society* sulla scelta dei candidati su cui Litman si sofferma a lungo – si è sempre almeno parzialmente discostata da quella del presidente che li aveva nominati e della relativa parte politica. L'unanimità o quasi delle loro decisioni, insieme al rispetto dei precedenti e ad argomentazioni tecniche dettagliate e convincenti laddove questi ultimi fossero rovesciati, hanno infine contribuito fin dalle origini alla creazione di un'immagine di neutralità tecnica dei giudici della Corte Suprema.

Nulla di tutto ciò è più vero oggi: non la nomina a super maggioranza, che per almeno 5 degli attuali *Justices* è stata invece caratterizzata da una polarizzazione partitica del tutto inedita, e neppure decisioni unanimi o non allineate politicamente o ancora attente a non rovesciare i propri precedenti se non motivando adeguatamente. Al contrario, le pronunce emergenziali non argomentate del così detto *shadow docket* hanno da ultimo inondato le corti federali inferiori, determinandone lo sconforto e la confusione (Vladeck 2024). Senza spada né borsa, la Suprema Corte non ha però che la propria legittimazione tecnica e quando questa viene meno, come con il suo libro Leah Litman ha saputo magistralmente dimostrare stia oggi accadendo, la sua sopravvivenza è in serio pericolo (Greenhouse 2022).

#### Riferimenti bibliografici

- Barrett, A. C.  
2025, *Listening to the Law. Reflections on the Court and Constitution*, Sentinel.
- Banner, S.  
2025, *The Most Powerful Court in the World. A History of the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Oxford.
- Bickel, A.  
1962, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, London.
- Chemerinsky, E.  
2022, *Worse Than Nothing. The Dangerous Fallacy of Originalism*, Yale University Press, New Haven, London.
- Grande, E.  
2022, *La Corte Suprema alla prova della politica*, in *La fine del secolo americano?*, MicroMega, n. 1, 176.
- Greenhouse, L.  
2022, *Justice on the Brink. A Requiem for the Supreme Court*, Random House Trade Paperbacks, New York.
- Posner, R.  
2010, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Vladeck, St.  
2014, *The Shadow Docket. How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, Basic Books, New York.