

# La nomina di Brett Kavanaugh alla Corte Suprema

di Paolo Cappelletto

03-09-2018

Il 27 giugno scorso è stata resa pubblica la lettera con cui una settimana prima il giudice Anthony Kennedy aveva comunicato a Donald Trump la decisione di ritirarsi dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, lasciando al Presidente l'onere di nominare un sostituto alla corte più alta d'America. Kennedy, giudice repubblicano nominato alla Corte Suprema vent'anni fa da Ronald Reagan, rappresentava infatti lo swing vote, l'ago della bilancia tra la parte progressista e la parte conservatrice della Corte, che contano ciascuna quattro giudici.

La figura di Kennedy è infatti stata cruciale in svolte storiche per la società americana, come *Planned Parenthood v. Casey*, che nel 1992 ha riaffermato il diritto all'aborto stabilito dalla storica sentenza *Roe v. Wade* (1973), e *Obergefell v. Hodges* del 2015, che ha legalizzato i matrimoni tra persone dello stesso sesso in tutti gli Stati Uniti. Un'altra storica sentenza da ricordare in cui Kennedy ha fatto valere invece il suo lato conservatore è stata *Citizens United v. FEC*, con la quale la Corte ha stabilito che porre limiti alla cifra di spese e donazioni elettorali per le corporations costituisce una violazione della libertà di espressione protetta dal primo emendamento. Ciò ha consentito alle grandi aziende e ai gruppi di potere di fare lobbying senza limiti nella politica statunitense. Il ritiro di Kennedy dalla Corte Suprema segue una serie di recenti sentenze in cui il giudice si è schierato con la parte conservatrice della Corte. Caso emblematico e scottante è stato nello scorso giugno quello del cosiddetto travel ban, in cui si stabilì la costituzionalità degli ordini esecutivi di Trump che bloccavano l'ingresso nel paese ai cittadini di alcuni stati, la maggior parte dei quali a maggioranza musulmana.

Con il ritiro di Anthony Kennedy dalla Corte, il Presidente Trump ha avuto la possibilità di nominare il suo secondo giudice alla Corte Suprema, un anno dopo aver scelto Neil Gorsuch, giudice federale di stampo conservatore che è stato poi confermato dal Senato ad aprile 2017, per il seggio lasciato vuoto da Antonin Scalia. È infatti una prerogativa del Presidente nominare i giudici della Corte Suprema, la cui approvazione spetta poi al Senato. L'uscita di scena di Kennedy è stata riconosciuta da pressoché tutti gli osservatori come ciò che potrebbe garantire una solida maggioranza conservatrice 5-4, che potrebbe durare per decenni. Tale prospettiva è stata accolta con grande timore dai settori progressisti[1]: la preoccupazione dei liberals è che una maggioranza conservatrice possa mettere a repentaglio diversi diritti riconosciuti dalla giurisprudenza di Kennedy, come l'aborto o il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In campagna elettorale Trump ha infatti più volte promesso che, se eletto, avrebbe nominato giudici pro-life, con lo scopo di rovesciare la storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973[2] sul diritto di aborto. La Corte Suprema e il seggio vuoto lasciato dalla morte del giudice conservatore Scalia hanno costituito uno dei fattori chiave nelle decisioni dei votanti nel 2016, secondo alcuni sondaggi. Infatti, gran parte degli evangelici, ossia quella consistente fetta di elettorato statunitense che abbraccia una versione conservatrice del Protestantismo, ha scelto di votare Trump proprio alla luce del fatto che il nuovo presidente avrebbe dovuto nominare almeno un giudice alla Corte Suprema, potendo dunque esercitare una grande influenza sull'indirizzo della Corte per i prossimi decenni. Per tale ragione, superando le reticenze su un candidato che con i suoi affari extraconiugali e le sue esternazioni sulle donne[3] destava grandi dubbi sulla sua moralità, l'81% dei cosiddetti white evangelicals ha scelto di sostenere Trump alle elezioni. Trump non li ha delusi. Infatti, lo scorso gennaio la nomina di Gorsuch, un repubblicano mainstream, è stata accolta con grande soddisfazione dal mondo conservatore, anche da quei conservatori che nell'elezione del 2016 si

---

erano rifiutati di votare per Trump, i cosiddetti "Never-Trump"[4]. Dal mondo evangelico si sono levate grida di giubilo: una delle sue voci più prominenti, il presidente della ERLC (Ethics and Religious Liberty Commission) Russell Moore, a lungo molto critico verso Trump, in un comunicato congiunto[5] con altri leader evangelici ha definito la nomina di Gorsuch "una scelta eccezionale" ed "esattamente il tipo di giudice di cui il nostro paese ha bisogno alla Corte Suprema".

### La filosofia giudiziaria di Brett Kavanaugh

Reazioni di gioia da parte del mondo conservatore hanno accompagnato la notizia del ritiro di Kennedy, opposte invece a quelle del mondo progressista che inondava il web di tweet preoccupati, in cui si arrivava persino a paragonare la futura America a quella della serie tv *The Handmaid's Tale*, governata da un tetro regimo teocratico oppressivo nei confronti delle donne[6]. Nelle settimane successive, dalla lista di giudici da lui considerati per l'incarico, Trump aveva ristretto la cerchia dei papabili candidati a quattro giudici dalle solide credenziali conservatrici. Il 9 luglio l'annuncio in diretta nazionale del tycoon ha confermato i rumours che vedevano in Brett Kavanaugh, giudice nominato da George W. Bush alle corti federali quindici anni fa, la figura prescelta dalla Casa Bianca. Il profilo del probabile futuro giudice della suprema Corte d'America è quello di un repubblicano d'establishment, con una decennale esperienza nelle corti federali. Originario di Washington, cattolico e laureato in legge a Yale, Kavanaugh ha inoltre svolto in questi anni attività di docenza presso l'Harvard Law School.

Già nel primo discorso subito dopo la nomina di Trump[7], Kavanaugh aveva illustrato la sua filosofia giudiziaria, secondo la quale il compito della Corte Suprema non è fare le leggi, ma interpretarle. Ha affermato dunque di interpretare la Costituzione così come originariamente concepita dai Padri fondatori: il "testualismo", dottrina cara ai conservatori, avrebbe tra i propri scopi evitare che il ramo giudiziario possa sfociare nel legislativo e che i giudici divengano una sorta di attivisti politici o legislatori che producono leggi, usurpando il parlamento e i singoli stati delle loro prerogative. Le sentenze *Roe v. Wade* e *Obergefell v. Hodges* sarebbero un esempio lampante: secondo la narrativa testualista, tramite queste decisioni il ramo legislativo avrebbe privato i singoli stati della possibilità di decidere democraticamente di questioni spinose e controverse come quelle etiche.

Negli ultimi decenni l'originalismo - altro nome con cui ci si riferisce al testualismo - ha avuto tra i suoi più strenui difensori Antonin Scalia, giudice della Corte Suprema nominato da Reagan e scomparso nel 2016. Per decenni uno dei giudici più rigorosi nell'applicare lo spirito originalista nella sua giurisprudenza, Scalia rappresenta il modello di giudice ideale alla Corte Suprema per i conservatori. Nei suoi decenni alla Corte, Scalia è stato guidato dal principio secondo cui il compito del giudice non è dare un giudizio morale sulle leggi, ma verificare se la loro ratio sia presente nel testo costituzionale.

Leggere nella Costituzione ragioni e argomenti che, secondo Scalia, essa originariamente non fornisce comporterebbe nei fatti il rischio di consegnare alla Corte Suprema la facoltà di riscrivere la carta costituzionale a proprio piacimento. Secondo i conservatori, questo è ciò che è avvenuto per esempio quando la Corte ha riconosciuto come garantito dalla Costituzione il diritto all'aborto in quanto incluso nel diritto alla privacy. Per i progressisti si è trattato di una grande vittoria per i diritti civili, mentre i conservatori hanno visto nella sentenza *Roe v. Wade* un caso di attivismo giudiziario, in cui la Corte ha legiferato al posto dei parlamenti dei singoli stati: per Scalia la Costituzione non dice nulla riguardo all'aborto e, di conseguenza, ogni decisione riguardo a tale questione dev'essere lasciata ai processi democratici dei singoli stati[8].

Ciò che un buon originalista dovrebbe fare sarebbe praticare il cosiddetto *judicial restraint*, ossia separare le proprie opinioni personali sul contenuto delle leggi che si devono giudicare dalla

considerazione di ciò che il testo della Costituzione dice effettivamente su tali leggi. Un esempio è la controversia sulla costituzionalità delle leggi che proibivano il vilipendio alla bandiera degli Stati Uniti: per quanto moralmente deprecabile si possa giudicare questo atto, non c'è niente nella Costituzione che vieti tale forma di protesta. Al contrario, quest'azione è protetta dal primo emendamento che garantisce la libertà di espressione[9]. Secondo Scalia, l'azione della Corte Suprema dovrebbe essere dunque meramente formale e avere il solo scopo di verificare l'accordo delle leggi con lo spirito originario della Costituzione, non di dare di esse un giudizio etico. Scalia è stato per decenni l'esempio di questo modo di concepire la Costituzione e, non a caso, Brett Kavanaugh gli ha recentemente reso omaggio, definendolo un modello per la sua giurisprudenza[10].

La dottrina opposta al testualismo (o originalismo) è quella della "Costituzione Vivente", per cui si considera la Costituzione non come un testo da interpretare così com'era stato originariamente inteso, ma che va concepito come un organismo vivo che ha bisogno di confrontarsi con la società contemporanea, per poter rispondere ai suoi cambiamenti e alle nuove sfide che essa presenta.

### Una Corte Suprema a maggioranza conservatrice

Non appena la nomina è stata resa pubblica, i giornalisti americani si sono affrettati a scandagliare i pareri giudiziari espressi da Kavanaugh, per poterne delineare gli orientamenti e per comprendere come il suo operato potrebbe influenzare la Corte. I conservatori hanno gioito per un giudice considerato facilmente confermabile dal Senato. Infatti, l'unico scoglio per la maggioranza repubblicana, ovvero le due senatrici pro-choice del GOP, Susan Collins e Lisa Murkowski, notoriamente contrarie a un giudice apertamente critico verso *Roe v. Wade*, hanno fatto intendere che voteranno a favore della nomina[11]. I Democratici sono rimasti molto scettici di fronte alla nomina di Trump: la leader della minoranza democratica alla Camera, Nancy Pelosi, ha definito la nomina di Kavanaugh un "assalto ai diritti fondamentali delle donne e a un'assistenza sanitaria di qualità e ad un prezzo ragionevole"[12], riferendosi all'Obamacare, che Kavanaugh ha concepito in un suo scritto alla stregua di una tassa. Ciò che tuttavia ha destato grande attenzione negli osservatori è la concezione che il nuovo giudice ha dei poteri e delle prerogative presidenziali. In un articolo per una rivista di legge del 2009, Kavanaugh ha sostenuto che processare un presidente in carica metterebbe a repentaglio la stabilità del potere esecutivo e dunque il Presidente dovrebbe essere reso immune da indagini giudiziarie. Non c'è bisogno di essere maliziosi per pensare che Trump abbia preso in considerazione anche quest'aspetto nella sua nomina, nel momento in cui la commissione speciale presieduta dal repubblicano Mueller sta investigando sui legami tra la campagna di Trump e la Russia prima delle elezioni del 2016: infatti, le notizie di queste settimane stanno ventilando infatti la possibilità che il Presidente possa ricevere un mandato di comparizione. Le audizioni di conferma per Kavanaugh saranno calendarizzate dopo l'estate e, a detta del leader repubblicano al Senato Mitch McConnell, avverranno prima delle elezioni di medio-termine, in cui si rinnoverà parte dei seggi del Congresso. Le urne di novembre potrebbero infatti dare origine a una maggioranza democratica, che metterebbe i bastoni tra le ruote a Kavanaugh. Per evitare tale esito, i Repubblicani tenteranno in ogni modo di approvare al più presto la nomina del nuovo giudice. Se sarà questo il caso, la Corte Suprema sarà composta da una maggioranza conservatrice di 5 giudici su 9 e potrà dunque esprimersi su questioni cruciali della vita politica americana: l'affirmative action, ossia il sistema per cui certe università hanno tra i propri criteri di ammissione anche l'appartenenza razziale, al fine di favorire le minoranze, l'aborto, il gerrymandering, ossia la pratica di ridisegnare distretti elettorali per favorire uno dei due partiti e, ultima ma non meno importante, la possibilità di un intervento della Corte nel caso di un conflitto tra il Presidente e la commissione indipendente di Mueller che sta indagando sull'interferenza della Russia nelle elezioni del 2016 e sui

---

rapporti tra la campagna di Trump con ufficiali russi. Qualora Trump si rifiutasse di presentarsi a testimoniare riguardo ai rapporti con la Russia o decidesse di auto-concedersi la grazia, la Corte Suprema dovrebbe probabilmente esprimersi sulla costituzionalità di queste azioni e i due giudici nominati da Trump avrebbero, com'è prevedibile, tutti gli occhi puntati su di loro.

Il prossimo sarà un autunno caldo per la politica americana, che prospetta non solo le audizioni di conferma e il relativo voto sul probabile futuro Justice Brett Kavanaugh previsto entro l'inizio di ottobre, ma anche le elezioni di medio termine, che hanno la possibilità di scalfire la maggioranza repubblicana che ha finora contraddistinto l'anno e mezzo dell'amministrazione Trump. Ad ogni modo, se il giudice nominato dalla Casa Bianca verrà approvato dal Senato, la Corte Suprema conoscerà una svolta verso un'interpretazione più conservatrice delle leggi e della Costituzione, che potrebbe durare per decenni. Se questo sarà il caso, ciò non farà altro che rendere ancora più acuta la polarizzazione politica tra conservatori e progressisti. Il rischio che si prospetta è che la Corte Suprema, massima espressione del ramo giudiziario del sistema statunitense, possa essere oggetto di una politicizzazione che andrebbe a minare il suo indispensabile carattere *super partes*. Non resta dunque che attendere le prossime settimane.

[1] <https://www.newyorker.com/magazine/kennedys-legacy>

[2] <https://www.youtube.com/>

[3] <https://www.youtube.com/>

[4] <https://www.nytimes.com/>

[5] <https://erlc.com/resource-library/press-releases/russell-moore>

[6] <https://mashable.com/2018/06/27/kennedy-supreme-court-handmaids-tale/>

[7] <https://www.youtube.com/>

[8] <https://www.youtube.com/>

[9] <https://www.youtube.com/>

[12] <https://www.cbsnews.com/>