Rivista di Diritti Comparati

Rivista Quadrimestrale

3/2023

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno VII – N. 3/2023

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma "Tor Vergata"
Alessandra Di Martino – Università degli studi di Roma "La Sapienza"
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università Commerciale "L. Bocconi" - Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto – Università degli studi di Roma "La Sapienza"
Raffaele Torino – Università Roma Tre

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant'Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss "Guido Carli"), Pasquale De Sena (Univ. Palermo), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss "Guido Carli"), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiares Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte costituzionale), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss "Guido Carli"), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Tilburg University) (Coordinatore), Nicola Cezzi (Università degli studi di Roma "La Sapienza"), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Giacomo Delledonne (Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Silvia Filippi (Università di Perugia), Alessandro Francescangeli (Università di Roma "Tor Vergata"), Alessia Fusco (Università di Torino), Giampiero Gioia (Università degli studi di Roma "La Sapienza"), Umberto Lattanzi (Università Commerciale "L. Bocconi" - Milano)

SOMMARIO

La Corte Suprema degli Stati Uniti: alcuni nodi recenti

ANDREA BURATTI, *La Corte Suprema e la "*disincorporation*" del diritto all'aborto*
[pp. 1-14]

LAURA FABIANO, *Originalismo e* Judicial Activism *nell'interpretazione del II emendamento alla Costituzione federale USA*
[pp. 15-35]

ALESSANDRO LAURO, *Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti? Dalla "*gay cake saga*" al caso* 303 Creative LLC v. Elenis *della Corte Suprema*
[pp. 36-55]

RACHELE BIZZARI, *Un codice etico per la Corte Suprema? Indipendenza e imparzialità dei* Justices *tra obblighi di trasparenza, ricusazione e* amici curiae
[pp. 56-134]

Saggi

ANTONIO RUGGERI, *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*
[pp. 135-162]

ROBERTO TONIATTI, *The Principle of Reflective Judiciary in Divided Societies: Challenges and Opportunities in the Western Balkans*
[pp. 136-206]

TERESA MARIA MOSCHETTA, *Il* locus standi *dei ricorrenti "non privilegiati" nella recente dialettica tra Tribunale e Corte di giustizia dell'Unione europea*
[pp. 207-238]

Note e commenti

FEDERICA FEDORCZYK, *Addressing AI-driven gender discrimination: the role of the forthcoming EU AI Act and Corporate Social Responsibility*
[pp. 239-278]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.dirittticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Francesco Saitto, Raffaele Torino
Coordinatore Editoriale: Serenella Quari
Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma
ISSN: 2532-6619

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La Corte Suprema e la "*disincorporation*" del diritto all'aborto*

Andrea Buratti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una contestualizzazione del caso *Dobbs* nel discorso giuridico negli Stati Uniti. – 3. Il punto di partenza: il diritto all'aborto secondo le sentenze *Roe* e *Casey*. – 4. Il problema del *due process traditionalism*. – 5. L'errore di *Dobbs*. – 6. Il discostamento dai canoni di *overruling*.

1. Premessa

Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, del 24 giugno 2022, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l'*overruling* delle sentenze *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)[1].

Come è noto, le sentenze *Roe* e *Casey* avevano ricondotto il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza alla protezione offerta dalla *due process clause* del 14° emendamento, individuando delle regole – esito di un bilanciamento con gli altri diritti e interessi potenzialmente confliggenti – ampiamente limitative del margine di discrezionalità dei legislatori statali. Privato ora dello *status* di diritto fondamentale, il diritto all'aborto perde la speciale protezione offerta dallo *strict scrutiny* delle corti federali e viene integralmente riassorbito nella competenza del legislatore statale, su cui grava il solo limite del più lasco *rationality test*, tradizionalmente deferente nei confronti della discrezionalità del legislatore.

La sentenza rappresenta il punto di arrivo di un acceso dibattito che ha coinvolto la dottrina giuridica e l'opinione pubblica americana nell'arco degli ultimi cinquant'anni, ma che si è intensificato nell'ultimo periodo, a seguito dell'emersione di temi eticamente sensibili come fulcro di una dialettica politica sempre più polarizzata. Al contempo, la sentenza – con la sua scelta di consegnare il trattamento giuridico dell'aborto alle valutazioni degli stati membri al di fuori di una cornice, seppur minima, di regolazione

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

[1] In questo scritto, per ragioni di spazio, ometto la consueta citazione del riferimento alla pubblicazione delle sentenze nelle raccolte ufficiali.

federale – apre una stagione di incertezza, caratterizzata da aspre controversie sull'interpretazione costituzionale e da iniziative politiche radicalmente diversificate da stato a stato[2]. L'esito sostanziale sarà quello di trasferire a livello statale la lotta politica sulla liceità dell'aborto, conducendo, tuttavia, a pericolose divaricazioni tra le discipline statali, foriere di incertezza e ambiguità.

Ponendosi al crocevia tra l'interpretazione costituzionale dei diritti fondamentali e i temi più scottanti del dibattito pubblico, il caso *Dobbs* consente dunque di fotografare e comprendere le tendenze più attuali del costituzionalismo statunitense. Inoltre, la sentenza pone degli interrogativi circa la profonda divaricazione che si determina tra la giurisprudenza americana e gli orientamenti che vanno consolidandosi in tema di aborto nella giurisprudenza di molte altre Corti supreme e costituzionali[3] – le quali, peraltro, prendono sovente spunto proprio dall'argomentazione elaborata a suo tempo, a partire da *Roe v. Wade*, dalla Corte statunitense, per suffragare un'interpretazione ampia del diritto alla *privacy*, inclusivo dell'autodeterminazione della donna rispetto alle scelte inerenti il proprio corpo, la sua intimità affettiva e, in ultima analisi, il proprio destino[4].

[2] R. Toniatti, *La sfida di* Dobbs *al* mainstream constitutionalism *e il ruolo degli stati membri: prove di resistenza di una poliarchia*, in *Riv. Biodiritto*, 1, 2023, p. 46 ss.; E. Falletti, *Una marcia indietro lunga cinquant'anni: la sentenza della Corte Suprema americana* Dobbs v. Jackson *in tema di aborto*, in *Genius*, 1, 2023, p. 16 ss. V. pure V. Barsotti, *Not only* Dobbs v. Jackson. *Abortion Laws and Private Enforcement*, in *DPCE online*, *special issue* 2023: *The American Presidency After Two Years of President Biden*, spec. p. 256 – dove viene anche discussa criticamente la peculiare legislazione texana che abilita il *private enforcement* del divieto di aborto, riportando in auge – se si vuole – un tipico metodo di *enforcement* del diritto della frontiera: la vigilanza dei privati, che nella storia della frontiera è sovente scaduta in giustizia privata e in linciaggi (A. Buratti, *La frontiera americana. Un'interpretazione costituzionale*, Verona 2016, spec. p. 66 ss.).

[3] A. Baraggia, *La sentenza* Dobbs v. Jackson*: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti*, in *Riv. Biodiritto*, 1, 2023, p. 64, parla di «eccezionalismo» americano nel trattamento di questa materia.

[4] Se ne può avere una rassegna aggiornata nel recente *Special Issue* della *Rivista di Biodiritto*, 1, 2023: *Gli* Abortion Rights *e il costituzionalismo contemporaneo*, cui *adde*, sulla recente giurisprudenza della Corte Suprema indiana, L. Dettori, *Il cammino verso la modernità della Corte Suprema indiana*, in corso di pubblicazione in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2023.

2. *Una contestualizzazione del caso* Dobbs *nel discorso giuridico negli Stati Uniti*

Nella prospettiva degli studi costituzionali, la sentenza *Dobbs* squaderna una mole impressionante di questioni, candidandosi a divenire un inevitabile punto di riferimento per la giurisprudenza e la scienza giuridica dei prossimi decenni.

Anzitutto sul terreno della protezione dei diritti fondamentali: ed infatti, per la prima volta nella storia della sua giurisprudenza, la Corte Suprema effettua un'operazione che potremmo definire di "*disincorporation*" di un diritto fondamentale. A ben vedere, qualcosa di simile era accaduto nel 1937, con *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. In quell'occasione, tuttavia, la Corte aveva deciso di depotenziare la *liberty of contract* nell'intento di massimizzare la protezione dei diritti dei lavoratori, nell'ambito di quella vasta transizione che avrebbe portato la Corte degli anni '30 a rivedere i canoni di interpretazione costituzionale consolidatisi durante la *Lochner Era*, non più coerenti con le esigenze profonde della società[5]. Qui invece la *disincorporation* del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza non determina un avanzamento apprezzabile di tutele, ma, al contrario, un mero sacrificio dei diritti delle donne e la correlativa espansione della discrezionalità del legislatore[6].

Inoltre, giacché il *reasoning* della Corte enfatizza la funzione vincolante della tradizione giuridica nazionale, la decisione ha intensificato lo scontro, già da anni sul tappeto, sul posto dell'originalismo nell'interpretazione costituzionale[7], e più precisamente su quel particolare metodo di interpretazione della *due process clause* del 14° emendamento che è stato efficacemente definito da Cass Sunstein *due process traditionalism*[8], e che, come avrò modo di spiegare, presenta in realtà caratteristiche solo in parte sovrapponibili alle tecniche originaliste[9].

[5] F. Saitto, *Dalla* Gilded Age *al* New Deal*: diritti e federalismo nella* Lochner Era, in *Diritto Pubblico*, 2, 2016, p. 669 ss.

[6] Lo fa osservare anche C. De Santis, *"Abortion is inherently different": la Corte Suprema USA sancisce l'overruling di* Roe *e* Casey, in *dirittocomparati blog* (12 luglio 2022).

[7] Nel dibattito italiano, si vedano i numerosi commenti pubblicati sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, aperti da C. Caruso. Nella letteratura americana, una contestualizzazione di *Dobbs* nel discorso originalista in R.E. Barnett – B.L. Solum, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in corso di pubblicazione in *Northwestern Univ. Law Rev.*, 2023.

[8] C. Sunstein, *Due Process Traditionalism*, in *Michigan Law Rev.*, 2008, p. 1543 ss.

[9] Lo nota, opportunamente, V. Barsotti, *Not only* Dobbs v. Jackson, cit., p. 251.

Ulteriore questione evocata da *Dobbs* è quella del corretto uso dell'*overruling* da parte della Corte Suprema: se è vero che la sentenza dichiara di volersi attenere al rispetto dei canoni che vincolano l'*overruling* – prospettati, da ultimo, in *Janus v. AFSCME* (2018) – è altresì vero che, in realtà, l'*opinion* di maggioranza si svincola da quei canoni tramite abili ma evidenti artifici retorici.

Tutto ciò conduce alla questione di politica costituzionale circa il rapporto tra diritto e politica nella definizione delle grandi questioni etiche che implicano il rispetto di diritti fondamentali e il loro bilanciamento con altri interessi e valori – tema che è al centro del dibattito costituzionalistico statunitense quantomeno a partire dalla stagione della *Civil Rights Revolution*[10]. Ed infatti, rispetto alla tradizionale configurazione della Corte Suprema come istanza contromaggioritaria, e rispetto alla concezione dei diritti fondamentali quali *precommittments* che precludono la deliberazione democratica su questioni di principio, *Dobbs* prospetta, invece, una concezione deferente della giurisdizione rispetto al decisore politico, ed enfatizza il ruolo della legislazione sulle decisioni fondamentali della vita collettiva[11].

3. Il punto di partenza: il diritto all'aborto secondo le sentenze Roe *e* Casey

La sentenza *Dobbs* si inserisce con ruvidità in una dialettica aperta da decenni all'interno della Corte e nella dottrina circa l'interpretazione della *due process clause* del 14° emendamento, modificando in modo determinante il metodo di interpretazione e applicazione del *substantive due process* che da oltre un secolo guida il processo di emersione dei diritti fondamentali e la loro protezione omogenea a livello federale.

Oggetto della decisione è la legge dello stato del Mississippi che stabiliva che «*except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality,*

[10] Un'ampia ricostruzione di questo dibattito in C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1, 2008.

[11] «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». *Dobbs*, *slip opinion*, p. 79.

Sulla valutazione complessiva della Corte Roberts rispetto ai diritti fondamentali, v. ora il ricchissimo A. Ridolfi, *«Roe and Casey are overruled. Riflessioni sulla sentenza* Dobbs *e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costtiuzionale statunitense*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2023, spec. par. 3 e 4.

a person shall not intentionally or knowingly perform . . . or induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks».

La legge del Mississippi si poneva, dunque, in evidente contraddizione con la regola di bilanciamento individuata, da ultimo, nella sentenza *Casey*, nel chiaro intento – condiviso da altri legislativi statali nell'ambito di una strategia orchestrata dal partito repubblicano – di sfidare i precedenti della Corte Suprema e indurre la Corte a modificarli[12].

Per comprendere appieno la vicenda occorre ricostruire succintamente i contenuti delle decisioni oggetto di *overruling*. *Roe* e *Casey* avevano effettuato tre operazioni concatenate ma logicamente distinte: in primo luogo, esse avevano affermato la fondamentalità del diritto all'aborto, riconducendolo dapprima, in *Roe*, all'ambito della *privacy*, a sua volta oggetto della protezione del *substative due process* in quanto rinvenuta nelle *penumbras* del *Bill of Rights* (*Griswold v. Connecticut*, 1965), quindi, con *Casey*, alla nozione di *liberty*, autonomamente interpretata in base alla sua menzione nella *due process clause* del 14° emendamento[13]. In secondo luogo, le due sentenze avevano affermato l'impossibilità di proteggere tale diritto in modo assoluto, in ragione dell'incombente presenza di diritti dei terzi e di interessi della collettività, con particolare riferimento al diritto alla vita del concepito, che matura ad un certo stadio di sviluppo del feto (*fetal viability*). Conseguentemente, le sentenze avevano individuato dei criteri di bilanciamento tra diritti e interessi coinvolti e delle regole pratiche di accomodamento, utilizzando dapprima lo schema dei trimestri quale linea guida stringente per la legislazione statale (*Roe*), e sostituendolo, poi, con una più aggiornata identificazione della *fetal viability* allo scopo di vietare l'imposizione di *undue burdens* da parte della legislazione statale prima di quella soglia[14].

[12] A. Di Martino, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, p. 44 ss. Ma v. anche i post di L. Pelucchini pubblicati nel blog di diritticomparati.

[13] Su *Roe*, più dettagliatemente, A. Baraggia, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino 2018.

[14] A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso* overruling *di* Roe v. Wade, in *La Rivista Gruppo di Pis*a, 3, 2022, spec. p. 26, fa correttamente osservare come l'elaborazione del concetto di *undue burden* abbia rappresentato un alleggerimento dello *strict scrutiny* applicato di base a tutela dei diritti fondamentali. Non direi però che questo, di per sé, avesse implicato la perdita dello *status* di diritto fondamentale del diritto all'aborto: in realtà nella giurisprudenza statunitense esistono diversi diritti qualificati come fondamentali – e pertanto protetti in modo omogeneo a livello federale – che soggiacciono a tecniche di bilanciamento specifiche.

Ora, posta di fronte alla legge del Mississippi che individuava nella quindicesima settimana di gestazione il termine oltre il quale la donna non avrebbe più potuto esercitare il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, la Corte Suprema avrebbe potuto stabilire l'*overruling* dei criteri di bilanciamento e delle regole pratiche prospettate, da ultimo, da *Casey*, individuando una nuova regola di bilanciamento, più precisa e più coerente con gli avanzamenti della tecnica medica. Nel fare questo, la Corte avrebbe potuto altresì ampliare il margine di discrezionalità dei legislatori statali, per esempio riqualificando la nozione di "*undue burden*", senza tuttavia far mancare un nucleo di protezione omogenea al diritto all'aborto. Che i precedenti avessero individuato regole di bilanciamento poco accurate (*Roe*) e poco chiare per corti e legislatori (*Casey*) è un dato su cui si è registrata da sempre una notevole convergenza dottrinale[15]: una nuova regola pratica, potenzialmente più aperta alla discrezionalità dei legislatori statali, sarebbe stata dunque accolta con maggiore benevolenza, ed avrebbe lasciato aperta la ricerca di un punto di mediazione ottimale.

Va in questa direzione la *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts, in un'analisi che, muovendo dal dovere di *self-restraint* della Corte, illustra la percorribilità di una mera revisione dei criteri di bilanciamento, attraverso l'abbandono della *viability* quale soglia prima della quale non sussisterebbe interesse alla limitazione dell'aborto[16].

Ed invece, nonostante la confusione che l'*opinion* di maggioranza fa nel motivare il proprio *overruling* – giacché appunto confonde le premesse teoriche e le regole pratiche individuate nei due casi –, la Corte decide di estendere il proprio *overruling* al «*central holding*» dei due precedenti, revocando dunque la protezione del 14° emendamento al diritto all'aborto.

4. *Il problema del* due process traditionalism

La decisione di declassare il diritto all'aborto si basa su una strategia argomentativa tipica degli orientamenti conservatori in tema di *incorporation*

[15] Anche se non sono mancati i commenti a sostegno delle soluzioni prospettate da quelle sentenze, specie alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili al momento in cui furono adottate. V. A. Ridolfi, *Una rilettura di Roe v. Wade*: *judicial activism o sentenza ragionevole?*. in *Nomos,* 2, 2023, e bibl. ivi cit.

[16] «Here, there is a clear path to deciding this case correctly without overruling Roe all the way down to the studs: recognize that the viability line must be discarded, as the majority rightly does, and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all». *Dobbs*, *Roberts concurring*, p. 7.

dei diritti fondamentali: secondo la Corte, l'*incorporation* dei diritti, che implica una consistente riduzione delle prerogative politiche degli stati membri, deve essere operata in base ad un metodo testuale (mediante la *selective incorporation* dei diritti codificati nel *Bill of Rights* federale), corroborato da un'analisi storica, che richiede che il diritto incorporato sia *deeply rooted in nation's history and tradition*, e *belonging to the ordered scheme of national liberties*.

Si legge, infatti, nell'*opinion* di maggioranza: «*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" Washington v. Glucksberg (1997). The right to abortion does not fall within this category*»[17].

Si tratta di un *test* che la Corte Suprema ha elaborato sin dalle prime sentenze in tema di *incorporation* dei diritti fondamentali, e che ha trovato una sua definitiva sistemazione nella sentenza *Palko v. Connecticut* (1937). Più di recente, questa metodologia è stata applicata rigorosamente in casi come *Washington v. Glucksberg* (1997), dove è servita per escludere la qualità di diritto fondamentale del diritto al suicidio assistito, o *McDonald v. Chicago* (2010), dove ha invece consentito l'*incorporation* del discusso *right to bear arms* del 2° emendamento.

Come detto in premessa, Cass Sunstein ha proposto di definire questo specifico metodo di applicazione del *substative due process* con la formula del *due process traditionalism*, per enfatizzare il rilievo dirimente del *test* storico che prelude alla *incorporation* di un diritto nella *due process clause* e alla sua conseguente elevazione al rango di diritto fondamentale. In questa versione del *substative due process*, possono pretendere di essere incorporati solo i diritti espressamente codificati nel *Bill of Rights* federale e quei diritti, pur non codificati, che superano il *test* della tradizione storica.

Secondo l'*opinion* di maggioranza in *Dobbs*, «historical inquiries of this nature are essential whenever we are asked to recognize a new component of the "liberty" protected by the Due Process Clause because the term "liberty" alone provides little guidance. "Liberty" is a capacious term»[18]. Il diritto all'aborto, invece, non è codificato nel *Bill of Rights* federale, né vi è evidenza di un suo radicamento nella storia nazionale. *Roe* e *Casey*, fondando tale diritto su *privacy* e *liberty* avevano fatto uso di metodologie di *incorporation*

[17] *Dobbs*, *slip opinion*, p. 5
[18] *Dobbs*, *slip opinion*, p. 13.

erronee, giacché tali nozioni sono troppo generiche e prive di concretezza: il loro uso quale fondamento di diritti innominati finisce per estendere, di fatto, la discrezionalità creativa della Corte a detrimento della libertà politica del popolo e dei suoi rappresentanti.

Come si vede, pur enfatizzando il rilievo della storia ai fini dell'interpretazione costituzionale, il *due process traditionalism* si differenzia significativamente dalle tecniche originaliste, anzitutto perché assume la validità del *substative due process* – tecnica, questa, elaborata dalla Corte Suprema agli albori della *Lochner Era* e frutto di una costruzione interpretativa del tutto scorporata, e perfino contraddittoria rispetto al testo e alle intenzioni del 14° emendamento, che come è ampiamente dimostrato assegnava alla *due process clause* una funzione di mera garanzia procedimentale dei diritti, riservando, piuttosto, alla *privileges and immunities clause* la funzione di consentire la penetrazione nella Costituzione federale di diritti soggettivi radicati nella tradizione e nella coscienza del popolo americano[19]. Si può anzi ben dire che il *substantive due process* rappresenti il più clamoroso scostamento tra testo costituzionale e prassi applicativa, e non a caso esso è sistematicamente oggetto di critiche da parte di quei giudici più rigorosamente fedeli ai canoni originalisti. Se ne può avere contezza anche in *Dobbs*, attraverso la *concurring opinion* del giudice Thomas, che da anni combatte una propria battaglia personale contro questo metodo di interpretazione costituzionale, ritenuto troppo creativo[20].

L'analisi del caso *Dobbs* attraverso la lente del confronto tra teorie originaliste e *living constitution* rischia, pertanto, di non cogliere appieno le implicazioni del problema che stiamo qui analizzando – che non coinvolge tanto il ruolo del testo e delle intenzioni dei padri fondatori sull'interpretazione costituzionale, quanto piuttosto il rapporto tra radicamento tradizionale e nuove aspirazioni di libertà ed emancipazione nella definizione dei diritti fondamentali.

---

[19] R.E. Barnett – E.D. Bernick, *The Original Meaning of the Fourteenth Amendment: Its Letter and Spirit, Harvard University Press*, Cambridge and London 2021.

[20] Analisi con cui sembra invece concordare, in Italia, G. Caporali, Dobbs v. Jackson*: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *federalismi.it*, 64, 2022, spec. p. 61 ss. A questi commenti sfugge che l'interpretazione sostanzialista della *due process clause* si è resa necessaria per correggere la scelta, del tutto anti-originalista, della Corte, di ignorare il portato normativo della *privileges and immunities clause* del 14° emendamento, il cui significato di clausola di sintesi di un corpo di diritti inerenti l'autodeterminazione individuale era pienamente presente agli autori del 14° emendamento, in coerenza con la storia secolare di quel principio giuridico (A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della* due process clause *nella Costituzione americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020, spec. p. 17).

5. L'errore di Dobbs

Nello schiacciare i metodi di *incorporation* sul solo metodo del *due process traditionalism*, la sentenza volutamente dimentica la varietà dei metodi interpretativi della *due process clause* che hanno preso forma sin dalla fine dell'Ottocento, e svaluta elementi testuali della Costituzione federale che invece pretendono efficacia.

È allora opportuno chiarire che, nella giurisprudenza della Corte, i diritti fondamentali incorporati nella *due process clause* sono stati individuati tanto attraverso la tecnica della *selective incorporation* dei diritti codificati nel *Bill of Rights* federale e radicati nella tradizione storica, quanto attraverso il ricorso a tecniche interpretative più libere dai riferimento testuali e storici, come quelle basate sulla interpretazione evolutiva del concetto di *liberty* protetto dalla *due process clause* o tramite l'enucleazione del diritto alla *privacy*, individuato nelle *penumbras* del *Bill of Rights* e interpretato come estrinsecazione del valore dell'autodeterminazione individuale: l'applicazione autonoma di *liberty* quale nozione inclusiva di un nucleo di diritti, appartenenti alla tradizione di *Common law* o alle prassi delle nazioni civili, ha dato continuità ad un filone interpretativo connesso alla concezione giusnaturalistica, fondativa del costituzionalismo americano[21].

Questa metodologia interpretativa della *due process clause* nasce addirittura prima della definizione della *selective incorporation*, almeno a partire da *Allgeyer v. Louisiana* (1897), e si consolida durante la *Lochner Era*: la stessa sentenza *Lochner v. New York* fonda il diritto alla libertà contrattuale sulla *liberty*; più tardi saranno *Meyer v. Nebraska* (1923) e *Pierce v. Society of Sisters* (1925) a confermare questa metodologia. In *Herbert v. Louisiana* si legge che il 14° emendamento protegge quei «fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions». Un metodo di *incorporation* che possiamo definire *liberty based*, che ha trovato applicazione anche dopo che in *Palko* la Corte aveva sistematizzato i canoni del *test* storico come fondamento dell'*incorporation*. Basti pensare a sentenze come *Griswold v. Connecticut* (1965), *Loving v. Virginia* (1967), *Lawrence v. Texas* (2003), *Obergefell v. Hodges* (2015), oltre che, ovviamente, alle più volte menzionate *Roe* e *Casey*. Sono, come è a tutti evidente, pietre miliari della giurisprudenza della Corte Suprema in tema di diritti civili – tutte fondate su letture sostanzialistiche e non vincolate al canone tradizionalista della *due*

[21] A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 19 ss.

process clause. In *Lawrence* leggiamo: «*History and tradition are the starting point but not in all cases the ending point of the substantive due process inquiry*». Una linea rafforzata in *Obergefell*: «*When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal structure, a claim to liberty must be addressed*».

L'opinione della maggioranza in *Dobbs*, secondo cui la Corte è sempre stata «*reluctant*» nel fondare nuovi diritti sulla nozione di *liberty*, è, in una parola, falsa[22]. I precedenti evocati dalla Corte per fondare l'*incorporation* sul *test* storico – su tutti *Washington v. Glucksberg* e *McDonald v. Chicago* – sono sapientemente selezionati per dimostrare questa tesi: ma l'attenzione del lettore va richiamata sulla circostanza che, negli stessi anni in cui la Corte adottava quelle pronunce qui elevate a canone vincolante, essa adottava altre metodologie di *incorporation*, fondate sulla *liberty* e sul combinato disposto di *liberty* e *equal protection*[23].

La verità è che nella storia del *substantive due process* i due metodi interpretativi, differenti nelle premesse filosofiche ma convergenti negli esiti, si sono sempre alternati, in una dialettica certamente aspra nel confronto tra le opinioni, ma in fin dei conti valorizzante per l'arricchimento del catalogo dei diritti – in un ordinamento costituzionale nel quale, d'altronde, la dinamica del testo è ormai sclerotizzata dall'impercorribilità di fatto del processo emendativo.

Il rigetto di una metodologia interpretativa fondata da oltre un secolo e vitale nell'applicazione di una delle più decisive previsioni costituzionali lascia dunque perplessi: un'inversione di rotta così brusca avrebbe imposto una motivazione adeguata, anche rispetto al destino dei diritti che fin qui hanno trovato protezione tramite queste tecniche di *incorporation*. Ed invece il lettore viene guidato in una narrazione mistificatoria della giurisprudenza consolidata in materia di *substantive due process*, alla quale, peraltro, non fa da sfondo una posizione culturale e filosofica convincente, ma una superficiale lettura della nozione di *liberty*, che viene, in sostanza, ridotta a un simulacro. La circostanza che una parola enfaticamente codificata nel testo della Costituzione venga qui sostanzialmente scartata perché di difficile definizione dovrebbe suscitare stupore proprio da parte di quei giudici che da sempre valorizzano, talora in modo feticistico, il testo normativo: per

[22] D. Cole, *"Egregiously Wrong": The Supreme Court's Unprecedented Turn*, in *The New York Review*, 2022; E.D. Bernick, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Cato Supreme Court Review,* 2021-2022, p. 264; A. Sperti, *Il diritto all'aborto*, cit., 3, 2022, p. 29-30, che parla, condivisibilmente, di «uso strumentale dei precedenti».

[23] Per tutti, L. Tribe, *The "Fundamental Right" that Dare not Speaks in its name*, in *Harvard Law Rev.*, 2004, spec. p. 1898.

quanto impegnativa possa essere l'interpretazione del concetto di *liberty*, la Corte Suprema è chiamata a questo compito, conferendogli un significato giuridicamente definito e congruente con la tradizione giurisprudenziale radicatasi da oltre un secolo.

Si dovrebbe, semmai, prendere atto che la discrezionalità interpretativa è una condizione inevitabile nel terreno dei diritti fondamentali. La svolta rappresentata dalla *civil rights revolution* nella protezione dei diritti fondamentali e dell'uguaglianza è avvenuta anche grazie alla definitiva integrazione di metodi di argomentazione giuridica attenti alla materialità degli interessi coinvolti nella decisione, in sintonia, pertanto, con gli approcci sociologici e realisti di critica del concettualismo giuridico fino ad allora prevalente[24]. D'altro canto, la scelta di ricorrere alla tradizione storica come fonte di legittimazione dei diritti non codificati non evita problemi di soggettivismo interpretativo, giacché, come ha lucidamente dimostrato il *dissent* del giudice Stevens in *McDonald v. Chicago*, «*history is not an objective science, and … its use can therefore point in any direction the judges favor*».

Rifugiarsi dietro la foglia di fico delle opinioni di giuristi del Medio Evo per nascondere un principio di libertà codificato nella Costituzione e vitale nella prassi giurisprudenziale è dunque fuorviante: si cela a fatica un'opzione culturale reazionaria, orientata alla radicalizzazione delle fratture sociali e al rifiuto del pluralismo dell'interpretazione costituzionale. Commentando il caso *Dobbs*, Reva Siegel ha dimostrato la manipolazione selettiva con cui la Corte ha rappresentato la storia del diritto all'aborto nella tradizione anglo-americana, ed ha ammonito sulla necessità di contestualizzare i riferimenti normativi evitando insulsi cataloghi di atti risalenti[25]: occorre avere una concezione davvero povera della scienza storica, e un'idea molto ossificata del concetto di tradizione, per credere che

[24] Sull'impatto del realismo giuridico sulla giurisprudenza americana, oltre a G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, si veda anche il recentissimo P. Brunet, *Le realisme jurdique americain comme critique du droit*, in A. Basset (dir.), *Les approches critiques du droit - un aperçu*, Paris 2023. Sul rilievo delle "storie" nella giurisprudenza della Corte Suprema sul 14° emendamento, v. A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli 2018, p. 210-240.

[25] R. Siegel, *Dobbs, the Politics of Constitutional Memory, and the Future of Reproductive Justice*, in *balkinization*, 22 gennaio 2023. L. Tribe (*Deconstructing Dobbs*, in *The New York Rev. of Books*, 2022) ha sagacemente fatto notare: «It is thus unsurprising, but no less horrifying, to see the Alito opinion cite as precedent, without evident embarrassment, Sir Matthew Hale, a seventeenth-century English jurist who not only insisted that a "husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife" but believed in burning women as witches».

un elenco di atti normativi reperiti negli archivi possa soddisfare l'esigenza di un'autorità oggettiva che convalidi la decisione di un caso pratico[26].

5. Il discostamento dai canoni di overruling

Ponendosi in aperto contrasto con un filone giurisprudenziale consolidato in tema di *substantive due process*, e selezionando i precedenti in modo arbitrario, la sentenza *Dobbs* è dunque sbagliata e mistificatoria: se è vero che l'*unworkability* della regola pratica della *viability* individuata da *Roe* e *Casey* lasciava spazio per un suo *overruling* nella direzione di un diverso criterio di bilanciamento, è altrettanto vero che l'*overruling* della *incorporation* del diritto all'aborto non è giustificabile alla luce del principio dello *stare decisis*.

Come stabilito in *Janus* – che peraltro già di per sé ha implicato un anomalo temperamento del rigore dello *stare decisis* – nel motivare un *overruling* la Corte Suprema deve dimostrare la sussistenza di almeno uno dei seguenti limiti del precedente: (i) *quality* (l'erroneità del *reasoning*), (ii) *unworkability* (l'inadeguatezza del precedente rispetto alla sua implementazione da parte delle altre corti), (iii) *inconsistency* (la sua incongruenza con un filone giurisprudenziale dominante), (iv) *developments of facts* (l'anacronismo del precedente rispetto alla realtà sociale e giuridica). Inoltre, in ogni caso, l'*overruling* deve trovare un limite nella *reliance* (intesa come legittimo affidamento della società nella certezza del diritto)[27].

Nessuno di questi canoni è adeguatamente applicabile ai fini dell'*overruling* di *Roe v. Wade*. Come detto, alcuni di essi si applicano alle regole pratiche stabilite da *Roe* e rimodulate da *Casey* – in particolare *unworkability* e *developments of facts*; ma nessuno di essi può essere applicata alla dichiarazione

[26] Una convincente critica all'uso della storia come fonte oggettiva di autorità giuridica, W. Partlett, *Historiography and Constitutional Adjudication*, in *Modern Law Rev.*, 3, 2023, p. 629 ss.

Il problema è peraltro esplicitato in modo ancor più grave nella contemporanea sentenza *New York State Rifle & Pistol Ass. v. Bruen* (2022), che ha modellato un nuovo *test* di bilanciamento ai fini dello scrutinio delle misure limitative del *right to bear arms*, interamente fondato sulla valorizzazione della storia legislativa: una critica accurata a questo approccio in A. Fiorentino, *Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4, 2022.

[27] Su questi temi, in prospettiva generale, v. F. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di* common law, Torino 2020 e A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e regola del precedente*, in *DPCE online*, *special issue* 2021: *I sistemi normativi post-Westfaliani*, spec. p. 114 ss.

di principio enunciata da *Roe* e *Casey*, per cui il diritto all'aborto è un diritto fondamentale incorporato nel 14° emendamento. Quanto la Corte dichiara, nell'intento di dimostrare la validità del suo *overruling*, che «Roe was egregiously wrong from the start»[28], lo fa ignorando che, al contrario, l'*incorporation* del diritto all'aborto stabilita da *Roe* è avvenuta in coerenza con un consolidato filone giurisprudenziale in tema di *substantive due process*.

E sebbene sia inquietante riconoscerlo, l'*opinion* firmata da Alito è *egregiously wrong* non solo rispetto al *concurring* di Roberts, che si muoveva più saggiamente nella direzione di una revisione della regola pratica di bilanciamento di *Casey*, ma perfino rispetto al violento *concurring* di Thomas. Per quanto si sforzi di stabilire una linea differenziale tra i casi attinenti alla *privacy* e alla dignità, dal già citato *Lawrence* a *Obergefell*, e il caso del diritto all'aborto, l'*opinion* di maggioranza non fuga i dubbi circa la precarietà di tutti i diritti la cui protezione è stata riconosciuta tramite tecniche libere di *incorporation*[29]. Se è l'erroneo metodo della *incorporation* ad aver determinato l'*overruling* di *Roe* e *Casey*, sono oggi a rischio diversi altri diritti fondamentali che hanno dato forma e voce a quella *pursuit of happiness* che i *Founding Fathers* auspicavano per i loro figli.

[28] *Dobbs*, *slip opinion*, p. 6-7,

[29] V. Barsotti, *Not only* Dobbs v. Jackson, cit., p. 253. V. pure A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di* Dobbs. *Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2023, p. 583 ss.

***

ABSTRACT: The article discusses the reasoning of the U.S. Supreme Court in the Dobbs case, which denied the right to abortion protection under the due process clause of the 14th amendment. After having presented the two leading cases Roe and Casey, the article introduces the different methods of fundamental rights' incorporation, as experimented in the long-standing case law of the Supreme Court, with the aim to demonstrate that the reasoning in Dobbs is poor and inconsistent with the tenets that govern overruling in Supreme Court's case-law. The dominance of due process traditionalism is contested, based on the wrong interpretation of the role of history and tradition in fundamental rights adjudication.

KEYWORDS: Dobbs – diritto all'aborto – Corte suprema – 14esimo emendamento – due process traditionalism

***

Andrea Buratti – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Roma Tor Vergata (buratti@juris.uniroma2.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Originalismo e *Judicial Activism* nell'interpretazione del II emendamento alla Costituzione federale USA*

Laura Fabiano

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza sul II emendamento alla Costituzione statunitense, il federalismo e l'attuale fase di polarizzazione politica e sociale del Paese. – 2. I *Federalism Checks* della Costituzione federale statunitense e la trasformazione concettuale del *Bill of Rights* attraverso l'*incorporation*. – 3. Le diverse interpretazioni originaliste del II emendamento alla Costituzione federale: dalla decisione *United States v. Miller* alla sentenza *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*. – 4. Le aporie del caso *Bruen* e l'attivismo giudiziario originalista.

1. *La giurisprudenza sul II emendamento alla Costituzione statunitense, il federalismo e l'attuale fase di polarizzazione politica e sociale del Paese*

Nel contesto esperienziale degli Stati uniti d'America, caratterizzato da una matrice culturale liberale e da un'evoluzione storica democratica[1], lo sviluppo della forma di Stato si è realizzato di pari passo al *federalizing process*[2] in un percorso che sembra tuttora in progressiva trasformazione.

Difatti, anche la più recente giurisprudenza della Corte suprema federale, orientata alla progressiva disarticolazione di parte dell'apparato delle garanzie federali offerte ai diritti fondamentali (enucleato dalla giurisprudenza del medesimo giudice costituzionale nei decenni passati)[3], si è segnalata in quanto, a volte, collegata ad

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Sul tema cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998; Vol. II, *La Costituzione democratica*, Torino, 2000. Si rinvia inoltre, doverosamente, a B. Ackerman, *We The People*, Cambridge,1993. Sulla matrice liberale dell'esperienza statunitense si rinvia a E.S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Ithaca, 1955. Cfr. anche M.P. Zuckert, *Thomas Jefferson on Nature and Natural Rights*, in R.A. Licht (ed.), *The Framers and Fundamental Rights*, Washington, 1992, p. 139 ss. Sull'influenza del repubblicanesimo nel pensiero politico americano cfr., G.S. Wood, *The Creation of The American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, 1969; B. Bailyn, *The ideological origins of The American Revolution*, Cambridge, 1967.

[2] Sul tema, limitandosi alla dottrina italiana, si rinvia esemplificativamente a C. Bologna, *Stato federale e "National interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010. Cfr. anche A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni ed interpretazioni della Due Process clause americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020.

[3] Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, ai casi *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022); *Vega v. Tekoh* 597 U.S. (2022), *Students for Fair Admissions, Inc. v. University*

un'altrettanta decisa visione "restrittiva" del federalismo intesa a valorizzare il potenziale politico discrezionale statale[4] .

Nell'ambito di tale *trend*, la giurisprudenza degli ultimi quindici anni sul II emendamento alla Costituzione statunitense, inerente il diritto "*to keep and bear arms*" (di cui il caso *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*[5] rappresenta il più attuale approdo) si pone in termini latamente eccentrici in quanto per alcuni versi (in relazione alla sua matrice interpretativa originalista ed avversa all'interpretazione evolutiva) sembra iscriversi pienamente nel solco tracciato dalla recente giurisprudenza citata e, nondimeno, per altri aspetti (principalmente il suo effetto depauperante nei poteri attribuiti agli Stati dalla Costituzione), essa può essere considerata in parziale controtendenza rispetto alle dette inclinazioni esegetiche della suprema Corte federale.

La giurisprudenza inerente le garanzie offerte al "diritto a detenere armi e circolare armati" risulta altresì interessante da analizzare in quanto sembra riproporre un paradosso esegetico che spesso si rintraccia nel contesto statunitense in tema di sicurezza; paradosso che è possibile considerare come rappresentativo di un altro elemento emblematico della dicotomia culturale statunitense divisa, come si accennava in apertura, fra matrice liberale ed evoluzione democratica: la sicurezza è difatti alternativamente interpretata, come valore (quale bene finale cui tendere) o come principio (ovvero bene iniziale che chiede di essere realizzato aderendo a quanto da

of North Carolina et al., 600 U. S. ____ (2023), *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570 (2023). Sul tema, fra i numerosissimi contributi, si rinvia al n. speciale della Rivista on line *Forum dei Quaderni costituzionali* dedicato al tema "6-3: faglie ideologiche e nuove linee di tendenza della Corte suprema statunitense". In diverse circostanze, alla giurisprudenza recente della suprema Corte, il legislatore e l'esecutivo federale hanno reagito con l'adozione di normative o ordini esecutivi volti a limitare, per quanto possibile, la portata degli effetti del deciso assunto (o comunque a mitigarne le conseguenze). Ci si riferisce ad esempio, nel caso *Dobbs*, all'adozione di dei numerosi *executive orders* che sono seguiti alla decisione della Corte suprema (n. 14076, "Protezione dell'accesso ai servizi sanitari riproduttivi", del luglio 2022, n. 14079, "Garantire l'accesso ai servizi sanitari riproduttivi e ad altri servizi sanitari", dell'agosto 2022, n. 14101, "Rafforzare l'accesso a servizi contraccettivi e di pianificazione familiare accessibili e di alta qualità", emesso il 23 giugno 2023). Con riguardo invece alla decisione in commento, il legislatore federale ha adottato, a stretto giro, una normativa congressuale ovvero il *Bipartisan Safer Communities Act* 2022 (Pub. L. 117-159, 136 Stat. 1313) fortemente voluto dal Presidente Biden per il quale egli ha trovato supporto in entrambi i rami del 117° Congresso. Su tale normativa si rinvia a C. Graziani, *La regolamentazione delle armi negli Stati Uniti: tra originalismo e riforme*, in *Corti Supreme e Salute*, 3, 2022, p. 589 ss.

[4] Emblematico in tal senso è particolarmente il caso *Dobbs*. Cfr. sul tema L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2022.

[5] *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U. S. ____ (2022), Docket n. 20-843.

esso prescritto)[6] conducendo frequentemente a porre in antagonismo il "diritto alla sicurezza" con la "sicurezza dei diritti"[7].

Alcuni esempi di tale dicotomia sono molto attuali (in quanto rintracciabili nella disciplina statunitense sull'immigrazione[8], sul terrorismo internazionale[9] o nella giurisprudenza sull'immunità assoluta o qualificata rispettivamente dei giudici e del personale di polizia[10]) e sono altresì strettamente emblematici del corrente momento di grave difficoltà in cui versa la tenuta del pluralismo sociale del Paese che vive una fase di grave polarizzazione politica. Essa esaspera i conflitti ideologici storici (concernenti i rapporti fra Federazione e Stati ed il ruolo della Federazione in sé) e rinnova tensioni sociali non ancora evidentemente pacificate (la questione femminile, il conflitto razziale, l'irrisolto dibattito sui c.d. *reproductive rights*, il fondamentalismo protestante, la differenziazione territoriale) finendo per produrre un'alterazione nei ruoli e nei rapporti istituzionali fra i poteri (in senso tanto orizzontale quanto verticale) di cui l'attivismo giudiziario rappresenta un conseguente portato[11].

La dicotomia detta, come anticipato, sembra rinvenibile anche nella giurisprudenza più recente sul diritto "*to bear and keep arms*" garantito dal II emendamento: disposto complesso (profondamente connesso, nella genesi della sua

---

[6] Sul tema valori, principi e regole nella dimensione costituzionale cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, 2008, 205 ss.

[7] Sul cui cfr. A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. Palma - S. Anastasia (a cura di), *La Bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 20 ss.; cfr. altresì M. Ruotolo, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2, 2013; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile*, Torino, 2019; P. Torretta, *"Diritto alla sicurezza" e (altri) diritti di libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 451 ss.; C. Mosca, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche di sicurezza*, Padova, 2012; L. Durst, *Introduzione al ruolo della «sicurezza» nel sistema dei diritti costituzionali*, Roma, 2019.

[8] Cfr. M.R. Hall, *Procedural Due Process Meets National Security: The Problem of Classified Evidence in Immigration Proceedings*, in *Cornell International Law Journal*, 35(3), 2002, p. 515 ss. Sulla più recente giurisprudenza federale sul tema si rinvia al commento alla decisione *Department of Homeland Security v. Thuraissigiam,* 591 U.S. ___ (2020) pubblicato in *Harvard Law Review*, 134(1), 2020, p. 410 ss.

[9] Cfr. L. Kovarsky, *Citizenship, National Security Detention, and the Habeas Remedy*, in *California Law Review*, 107, 2019, p. 867 ss. Per la dottrina italiana sul tema cfr. L. Fabiano, *Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte suprema nelle sentenze "Guantanamo"*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, p. 104 ss.

[10] Cfr. S.A. Keller, *Qualified and Absolute Immunity at Common law*, in *Stanford Law Review*, 73, 2020, p. 1337. Per la dottrina italiana cfr. L. Fabiano, *Police Brutality, Qualified Immunity e conflitto razziale nell'esperienza statunitense*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2021, p. 21 ss.; Id., *La responsabilità civile del giudice statunitense: absolute immunity doctrine v. Due process of law*, in *Studi in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, p. 341 ss.

[11] La conflittualità ideologica polarizzata, impedendo la negoziazione, incide tanto sul regolare funzionamento del sistema dei *check and balances* e degli *sharing powers* (su cui il sistema ordinamentale si fonda) quanto sulla dinamica dei rapporti del *multilevel government* rischiando infine di produrre un'alterazione della forma di governo. Cfr. sul tema S. Fabbrini, *L'America e i suoi critici*, Bologna, 2005.

scrittura, alla dimensione federale del documento costituzionale nel quale veniva iscritto) composto da due diciture (la *militia clause* e la *right to bear arms clause*) elaborate in interconnessione reciproca secondo una finalità di tutela collettiva e, tuttavia, interpretate nell'esegesi della Corte suprema dell'ultimo quindicennio, in un rapporto di premessa teorica e disposizione efficiente[12] che ne ha alterato profondamente i termini e le conseguenze consentendo ad un approdo esegetico che perimetra le garanzie offerte dal II emendamento entro i termini di diritto esclusivamente individuale.

Risulta dunque evidente come il tema della libertà di circolare armati, e la giurisprudenza che ne ha consentito la progressiva affermazione costituzionale, non possa essere liquidato come una stravaganza statunitense che banalmente affonda le proprie radici nel passato "*far west*".

Al contrario, la giurisprudenza sul II emendamento sembra essere divenuta il crocevia di diversi elementi simbolici delle profonde tensioni che caratterizzano il contesto politico e sociale attuale negli Stati uniti. Esse attengono all'interpretazione del modello federale, al difficile bilanciamento fra libertà individuali ed interessi collettivi e, non ultimo, al ruolo della giurisprudenza in merito al dispiegarsi o all'intricarsi di tali tensioni. Con riguardo a quest'ultimo aspetto particolarmente interessante sembra essere il rilievo per cui si assiste, nel susseguirsi delle decisioni adottate dalla suprema Corte federale, ad una strumentalizzazione manipolativa degli stili esegetici, ed in particolar modo dell'originalismo, tale per cui l'accusa di eccessivo attivismo politico giudiziario mossa, decenni or sono, nei confronti degli stili interpretativi evolutivi da parte di autorevoli esponenti del pensiero conservatore e repubblicano[13] sembra ora ben attribuibile, in senso inverso ma non meno significativo, a quella stessa corrente politica.

2. *I* Federalism Checks *della Costituzione federale statunitense e la trasformazione concettuale del* Bill of Rights *attraverso l'*incorporation

Come noto, al momento dell'approvazione della Costituzione di Philadelphia da parte dei *Framers* segue immediatamente un periodo di febbrile confronto culturale e politico riguardante l'opportunità per i legislativi statali di ratificare la nuova

[12] Il giudice Scalia nella decisione *District of Columbia v. Heller*, 554 US570 (2008) afferma: «*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*», *District of Columbia v. Heller at II A*. Sulla decisione *Heller* cfr. A.R. Amar, *Heller, HLR, and Holistic Legal Reasoning*, in *Harvard Law Review*, 122, 2008, p. 145 ss.

[13] Sul tema, che verrà sviluppato nelle pagine a seguire, si rinvia per tutti a R. J. Bork, *Corcing Virtue*, trad. it: *Il giudice sovrano*, Macerata, 2006. Cfr. inoltre Id., *The Tempting of America: the Political Seduction of Law*, New York, 1990.

Costituzione federale[14]. Nel corso di tale dibattito venne ampiamente analizzato dall'intellighenzia dell'epoca il tema della separazione dei poteri realizzata nell'ambito della Costituzione appena approvata sia in termini orizzontali sia verticali. In relazione a quest'ultimo aspetto vennero evidenziati degli elementi specifici previsti nell'architettura costituzionale a garanzia del perdurante potere statale: la Costituzione federale statunitense rappresenta in effetti un significativo compromesso fra Stati (grandi e piccoli, popolosi e meno popolosi, del sud e del nord ecc.) e fra Federazione e Stati[15].

Fra i numerosi elementi compromissori riguardanti l'assetto federale (i cd. *Federalism checks* nella nota espressione di Amar)[16], è possibile annoverare l'elaborata soluzione bilanciata riguardante l'esercito nazionale e le milizie statali che si rinviene innanzi tutto nel primo[17] e nel secondo[18] articolo della Costituzione (con implicita conferma nelle osservazioni di Hamilton e Madison nei *federalist papers* 29[19] e 46[20]) e che troverà nel II emendamento la sua disposizione di chiusura.

---

[14] Di tale fervente dibattito costituisce una significativa testimonianza il volume che raccoglie i c.d. *federalist papers*: A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, New York, 2003 (ed. orig.: *The Federalist*, New York, 1788). Per una traduzione italiana del testo si veda A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, 1997. Per un'analisi del pensiero e dell'opera, nella letteratura italiana, si veda A. Garosci, *Il pensiero politico degli autori del "Federalist"*, Milano, 1955.

[15] Cfr. sul tema il classico A.R. Amar, *The American Constitution a Biography*, New York, 2006. Si rinvia inoltre a Glazer, *The Constitution and American Diversity*, in R. Goldwin - A. Kaufman (eds.), *Forgoing Unity out of Diversity: The Approach of Eight Nations*, Washington D.C., 1985.

[16] A.R. Amar, *The American Constitution*, cit.

[17] Con riguardo all'esercito nazionale l'art. 1 sez. 8 col. 15 della Costituzione, nella c.d. "*organizing clause*" attribuisce al Congresso il potere di «*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*» riservando altresì agli Stati «*respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress*». Una soluzione estremamente bilanciata dei rapporti Stati-Federazione in relazione alla quale la Corte suprema, nel 1820, nella decisione *Houston v. Moore* (18 U.S. 1(1820)) affermerà «*The powers of legislation over [the militia] are concurrent in the general and state government*» e che viene commentata da Amar con giudizio estremamente positivo («*[i]n a pair of Federalist essays penned separately by Hamilton and Madison, Publius elaborated the argument that, in the highly improbable scenario of a national military despotism run amok, states could ride to the rescue*», A.R. Amar, *The American Constitution*, cit., p. 117).

[18] L'attribuzione alla Presidenza del comando dell'esercito rappresenta un secondo *Federalism Check* in relazione con il potere del Congresso di disciplinare le forze militari e di convocare la milizia dell'Unione stabilito nell'art.1. Sul punto cfr. B. Daus, *The Militia Clauses and the Original War Powers*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 11, 2021, p. 489 ss.

[19] Hamilton, nel *federalist* 29 afferma che alla milizia sarà attribuita la funzione di «difendere uno Stato confinante da un nemico comune» o di «proteggere la repubblica dalla violenza delle fazioni e delle sedizioni», A. Hamilton, *The Federalist Papers: No. 29, Concerning the Militia From the Daily Advertiser. Thursday, January 10, 178*, reperibile https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed29.asp.

[20] James Madison, nel *federalist* n. 46, afferma 7 «*The highest number to which, according to the best computation, a standing army can be carried in any country, does not exceed one hundredth part of the whole number of souls; or one twentyfifth part of the number able to bear arms. This proportion would not yield, in the United States, an army of more than twenty-five or thirty thousand men. To these would be opposed a militia amounting to near half a*

Difatti, nell'ambito del confronto riguardante l'opportunità di ratificare la Costituzione, altro tema importante che venne posto dagli oppositori a tale adesione fu notoriamente che la Costituzione federale fosse di fatto un documento che istituiva un potere (l'ordinamento nazionale) senza limitarlo in termini di garanzie dei diritti nei confronti dei cittadini degli Stati: fu in relazione a tale obiezione che si sviluppò la corrente politica che propugnò come atto necessario, immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, l'adozione di un *Bill of Rights* costituzionale da interpretarsi come freno alle derive del potere federale nei confronti degli Stati e del popolo[21].

Tale interpretazione iniziale, corroborata dalla giurisprudenza nella sentenza *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore* del 1933[22], venne superata solo diversi decenni dopo, a partire dalla decisione *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*[23], del 1897, con la quale la Corte suprema, interpretando il XIV emendamento, approdò alla teoria

million of citizens with arms in their hands, officered by men chosen from among themselves, fighting for their common liberties, and united and conducted by governments possessing their affections and confidence», J. Madison, *The Federalist Papers: No. 46. The Influence of the State and Federal Governments Compared From the New York Packet. Tuesday, January 29*, 1788, reperibile all'URL: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed46.asp

[21] Come ebbe ad affermare Thomas Jefferson il 20 dicembre 1978 «*A] bill of rights is what the people are entitled to against every government on earth, general or particular, and what no just government should refuse*», *The Papers of Thomas Jefferson*, J.P. Boyd et al. (ed.), Princeton, 1950. Sul tema cfr. J.M. Van Dyke, *Bill of Rights*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, Gale, 2008, p. 146 ss.; A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven-London, 1998, nonché, in generale, E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, U.S., 2011; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2000, p. 1 ss. Nella letteratura italiana, in particolare G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, cit., p. 31 ss.

[22] *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833). Come noto, in detta decisione la Corte suprema confermò esplicitamente che il *Bill of Rights* era da intendersi come una carta dei diritti esclusivamente federale. Il *primary holding* della decisione recita: «*The Constitution was ordained and established by the people of the United States for themselves, for their own government, and not for the government of individual States. Each State established a constitution for itself, and in that constitution provided such limitations and restrictions on the powers of its particular government as its judgment dictated. The people of the United States framed such a government for the United States as they supposed best adapted to their situation, and best calculated to promote their interests. The powers they conferred on this government were to be exercised by itself, and the limitations on power, if expressed in general terms, are naturally and necessarily applicable to the government created by the instrument. They are limitations of power granted in the instrument itself, not of distinct governments framed by different persons and for different purposes*».

[23] *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*, 166 US226 (1897), decisione il cui *primary holding* recita: «*The 14th Amendment's due process clause requires that states provide fair compensation for seizing private property*». Sul tema cfr. A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *The Yale Law Journal*, 101(6), 1992, p. 1193 ss.; R.F. Cushman, *Incorporation Due Process and the Bill of Rights*, in *Cornell Law Review*, 51(3), 1966, p. 467 ss. Sul tema per la dottrina italiana si rinvia a C. Bologna, *Stato federale e «national interest». Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010.

dell'*incorporation* per cui i diritti[24] garantiti nel *Bill of Rights* federale costituiscono un vincolo anche per gli Stati.

È stato efficacemente osservato come tale processo abbia di per sé innescato un meccanismo evolutivo nella concezione stessa del *Bill of Rights* perché, trasformandolo da complesso di garanzie adottato per limitare il governo federale in catalogo di diritti valevoli nei confronti di qualunque governo, ha finito per orientare diversamente il significato costituzionale del detto documento: inizialmente diretto alla protezione del popolo (e degli Stati) da un governo potenzialmente non rappresentativo è invece divenuto, con il processo di incorporazione, carta dei diritti a tutela delle minoranze vulnerabili dalla tirannia delle maggioranze politiche[25].

Tale riflessione può essere utile per interpretare la recente giurisprudenza della Corte suprema in tema di *incorporation*: difatti, in ordine di tempo la qualificazione del "*right to keep and bear arms*" (fissato nel II emendamento come diritto fondamentale garantito dalla Costituzione federale anche nei confronti dell'attività statale) si pone fra i casi di più recente di "incorporazione" sancito dalla giurisprudenza federale[26] e, nondimeno, ciò si verifica in un periodo storico nel quale (in controtendenza rispetto ad una lunga storia caratterizzata da una generale promozione all'unitarietà e dalla "*modern rights revolution*")[27] l'attività esegetica della Corte suprema federale sembra caratterizzata da una tendenza restrittiva nelle garanzie dei diritti enucleati dalla giurisprudenza federale precedente (sino ad operare una sorta di attività di

[24] Sono escluse pertanto le regole da considerarsi procedurali come, ad esempio, le norme riguardanti le giurie. Anche tale giurisprudenza è comunque in corso di evoluzione. Sul tema cfr. R. A. Fairfax, *Interrogating the Nonincorporation of the Grand Jury Clause*, in *Cardozo Law Review*, 43(3), 2022, p. 855 ss.

[25] Tale è la lettura di A.R. Amar, per il quale: «*Although generally sound, the process of incorporation has had the unfortunate effect of blinding us to the ways in which the Bill has thereby been transformed. Originally a set of largely structural guarantees applying only against the federal government, the Bill has become a body of rights against all government conduct. Originally centered on protecting a majority of the people from a possibly unrepresentative government, the Bill has been pressed into the service of protecting vulnerable minorities from dominant social majorities*», *The Bill of Rights as a Constitution*, in *The Yale Law Journal*, Mar., 1991, 100(5), Centennial Issue (Mar., 1991), p. 1131 ss., spec. p. 1136.

[26] In ordine di tempo il più recente in assoluto è *Timbs v. Indiana*, 586 US (2019) che ha incorporato l'*Excessive fines clause* dell'VIII Emendamento

[27] Cfr. I. Somin, *The Supreme Court of the United States: Promoting Centralization More Than State Autonomy*, in N. Aroney, J. Kinkaid (eds.), *Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, Toronto, 2017, p. 440 ss. Cfr. inoltre M. J. Horwitz, *The Warren Court and the Persuit of Justice*, in *Washington and Lee Law Review*, 50(5), 1993, p. 8 ss.

"disincorporazione" nella nota decisione *Dobbs*)[28]. Potrebbe ritenersi, a ben vedere, che tale ultima giurisprudenza, mascherata (a volte) come rinnovata tendenza alla valorizzazione della dimensione statale, sottenda invece ad uno svilimento dello stesso *Bill of Rights* quale carta dei diritti in funzione contromaggioritaria e di garanzia "democratico-costituzionale"[29] nei confronti della tirannia della maggioranza[30]. Nell'ambito di una ricostruzione di tal genere si inquadra forse, con più agevolezza, il tema dell'incorporazione del diritto a portare armi, libertà che nulla ha a che fare, in effetti, con la funzione costituzionale contromaggioritaria della tutela dei diritti[31] e che viene affermata, nelle recenti decisioni della Corte suprema, finanche scegliendo di limitare i poteri statali in un ambito, quello del *police power*, che è peraltro eminentemente e storicamente materia di primario interesse degli Stati[32].

3. *Le diverse interpretazioni "originaliste" del II emendamento alla Costituzione federale: dalla decisione* United States v. Miller *alla sentenza* New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen

Nel *Bill of Righs* statunitense, il II emendamento si presenta con una dicitura ampollosa e per questo di non semplice comprensione: «Essendo necessaria, per la sicurezza di uno Stato libero, una milizia ben organizzata, non sarà violato il diritto del popolo di tenere e portare armi»[33].

---

[28] Tecnicamente *Dobbs* è un caso di "disincorporazione" solo in un senso lato, in quanto il diritto all'aborto non è una garanzia esplicita del *Bill of Rights* e, soprattutto, non vincolava il governo federale in passato mentre l'espressione "*Incorporation*" denota l'applicazione di una garanzia costituzionale già vincolante per il livello federale agli Stati. Ciononostante, la dottrina ha evidenziato con tale suggestiva espressione la più recente tendenza della giurisprudenza federale. Sul punto cfr. il post di A. Buratti, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *www.dirittticomparati.it* (14 luglio 2022); del medesimo A. cfr, *La Corte suprema e la "disincorporation" del diritto all'aborto*, in Rivista di Diritti Comparati, Anteprima 2023. Più in generale, sul tema, in relazione alla decisione *Vega v. Tekoh*, cfr. L. Fabiano, *La decisione Vega v. Tekoh: i Miranda Rights come regole profilattiche e il conseguente svuotamento delle garanzie (e dei rimedi alla lesione) dei diritti dell'indagato negli Stati Uniti d'America*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 3, 2022.

[29] Su cui. Cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016. Nel pensiero statunitense cfr. J.H. Ely *Democracy and Distrust*, 1980.

[30] Sul punto cfr. P. Bianchi, *Il lungo addio. Declino e caduta delle costituzioni novecentesche*, Napoli, 2022, spec. da p. 73 ss.

[31] Sul tema cfr. R. Dworkin, *Tacking Rights Seriously*, trad. it: *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

[32] Cfr. S. Lagarre, *The Historical Background of Police Power*, in *Journal of Constitutional Law*, 9(3), 2007, p. 745 ss.

[33] Cfr. per una ricostruzione storica dell'emendamento M. Waldman, *The Second Amendment: A Biography*, New York (NY), 2014.

La detta espressione normativa si compone di due disposizioni: la prima facente riferimento alla necessità per gli Stati di garantirsi la possibilità di contare sull'esistenza di una propria *militia* e la seconda, apparentemente presupposto della prima, sul divieto posto alla Federazione di negare il diritto del popolo "*to keep and bear arms*".

La Corte suprema federale, in una decisione della fine degli anni Trenta del Novecento, *United States v. Miller*[34], ha interpretato le parti dispositive dell'Emendamento in termini di interconnessione concludendo che «*Only weapons that have a reasonable relationship to the effectiveness of a well-regulated militia under the Second Amendment are free from government regulation*»[35] ed aggiungendo che «*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*»[36].

Tale giurisprudenza si poneva in linea di continuità con l'interpretazione del II emendamento secondo canoni testualisti e storicistici che valorizzavano l'intento originario dei *Framers*: l'Emedamento veniva considerato come proposto ed approvato quale ulteriore *Federalism Check* a tutela degli Stati.

Tale interpretazione "antesignanamente"[37] originalista (nella versione che valorizza l'intento originario dei costituenti) viene del tutto *overrulled* 69 anni dopo, nella decisione *District of Columbia v. Heller*[38], la quale è essa stessa adottata secondo i canoni dell'originalismo e scritta materialmente dal giudice Scalia, eccellente esponente fra i sostenitori di tale corrente esegetica[39].

Nondimeno, l'originalismo applicato dal giudice Scalia nella decisione *Heller*, in consonanza con la dottrina da egli sostenuta sin dalla sua nomina[40], si qualifica

---

[34] *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

[35] *United States v. Miller*, *Holding*. Sulla decisione cfr. Brian L. Frye, *The Peculiar Story of United States v. Miller*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 3, 2008, p. 48 ss.

[36] *United States v. Miller*, 307 U.S. at 178.

[37] Se consideriamo tecnicamente l'originalismo come una specifica reazione alla giurisprudenza *liberal* della Corte Warren è evidente che *Miller* non può essere "originalista" in questo senso specifico, e tuttavia, tale sentenza adotta una decisione fondata sulla valutazione storica ed originaria del disposto costituzionale.

[38] *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008)

[39] A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, p. 849 ss.

[40] Solo tre giorni dopo la conferma della sua nomina alla Corte suprema federale il giudice Scalia affermò: «*ought to campaign to change the label from the Doctrine of Original Intent to the Doctrine of Original Meaning» sostenendo che «The appropriate inquiry is into the most plausible meaning of the words of the Constitution to the society that adopted it-regardless of what the Framers might secretly have intended*» (A. Scalia, *Address Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties in Washington, D.C.* (June 14, 1986), in *Office of legal policy, U.S. Dep't of justice, original meaning jurisprudence: A Sourcebook*, spec. 106 e 103. (1987)). Nel contributo *Originalism: The Lesser Evil*, cit. il giudice Scalia, a proposito della sua preferenza per una visione

nell'accezione che valorizza il c.d. *original meaning* (piuttosto che l'*original intent*)[41] ed approda così a conclusioni giuridiche molto diverse dal precedente del 1939.

Nella decisione *Heller*, infatti, la Corte dichiara incostituzionali le norme poste dal *Firearms Control Regulators Act* del 1975[42] stabilendo, come si legge nel *primary holding*, che il «II emendamento protegge il diritto individuale di possedere un'arma da fuoco non collegata al servizio in una milizia e di utilizzare quell'arma per scopi tradizionalmente leciti, come l'autodifesa all'interno della casa».

La vicenda *Heller* riguardava una normativa federale vigente nel *District of Columbia*. Dopo l'adozione della detta decisione sorse pertanto il dubbio se la medesima giurisprudenza fosse applicabile anche alla normativa statale. La risposta positiva è sopraggiunta pochi anni dopo, nel 2010, nella decisione *McDonald v. City of Chicago*[43], nella quale la Corte ha proclamato l'*incorporation* del II emendamento nei confronti degli Stati attraverso la clausola del *due process* del XIV emendamento[44].

Le due decisioni (*Heller* e *McDonald*) tracciano pertanto un confine fondamentale nel modo attraverso cui guardare al disposto del II emendamento: da normativa a tutela di un interesse collettivo a diritto individuale[45]. Le garanzie apprestate alla tutela di questo diritto vengono tuttavia, in parte, circoscritte nella lettura degli *obiter dicta* della decisione *Heller* dove si sottolinea la perdurante autorità

originalista a favore dell'*original meaning* (e non dell'*original intent*), scriveva: «*Let me turn next to originalism, which is also not without its warts. … But what is true is that it is often exceedingly difficult to plumb the original understanding of an ancient text. Properly done, the task requires the consideration of an enormous mass of material—in the case of the Constitution and its amendments, for example, to mention only one element, the records of the ratifying debates in all the states. Even beyond that, it requires an evaluation of the reliability of that material—many of the reports of the ratifying debates, for example, are thought to be quite unreliable. And further still, it requires immersing oneself in the political and intellectual atmosphere of the time— It is, in short, a task sometimes better suited to the historian than the lawyer...*» il testo è reperibile all'url https://teachingamericanhistory.org/document/originalism-the-lesser-evil/.

[41] Ciò distingue nettamente l'originalismo di Scalia dall'impostazione di un altro eccellente esponente di tale corrente esegetica: Robert Bork (cfr. R.J. Bork, *Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making*, in *Judges' Journal*, 26, 1987, p. 13 ss. Sull'originalismo di Robert Bork cfr. S.R. Vinceti, *L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE online*, 4, 2020, p. 4781 ss.). Sull'originalismo inteso come ricerca dell'*original intent*, in termini generali cfr. anche H.J. Powell, *The Original Understanding of the Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 98(5), 1985, p. 885 ss. Per la dottrina italiana si rinvia a N. G. Cezzi, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2016, p. 849 ss.

[42] D.C. Code §§ 7-2502.02(a)(4), 22-4504, 7-2507.02.

[43] *McDonald v. City of Chicago*, 561 US 742 (2010).

[44] La decisione *McDonald* si pone in pieno contrasto, e dunque costituisce *overrulling*, di *United States v. Cruickshank*, 92 US 542 (1875) e di *Presser v. Illinois,* 116 US 252 (1886). In questo secondo caso la Corte suprema aveva confermato l'autorità statale di vietare la costituzione di eserciti privati in quanto «*The Second Amendment only applies to the federal government*» (*primary holding*).

[45] Cfr. D.T Hardy, *The Rise and Demise of the Collective Right Interpretation of the Second Amendment*, in *Cleveland State Law Review*, 59, 2011, p. 315 ss.

statale nel limitare l'uso di alcune armi "pericolose e inusuali"[46], nell'accesso alle armi per alcune categorie di persone e nella possibilità per gli Stati di limitare la circolazione delle persone armate sul territorio dello Stato soprattutto in relazione ad alcuni luoghi sensibili[47].

Sulla scorta di tali "spiragli" alcune normative statali avevano dunque continuato negli anni successivi a porre dei limiti alla circolazione delle armi sul territorio statale imponendo la necessità, per coloro che intendevano girare armati, di richiedere licenze e di sottoporsi a valutazioni amministrative. Tali tipologie di autorizzazioni si bipartivano grossolanamente in due tipologie: le *shall-issue* e le *may-issue*[48]. In base alla prima tipologia «le autorità devono rilasciare autorizzazioni a portare armi non in vista ogni qual volta il richiedente soddisfi certe condizioni soglia, senza lasciare una qualche discrezionalità agli agenti procedenti per negare le autorizzazioni sulla base di una percepita assenza di necessità o di opportunità»[49]; in base alla seconda tipologia invece «le autorità [statali] hanno una discrezionalità nel negare autorizzazioni a portare armi non in vista anche quando il richiedente soddisfi i criteri previsti dalla legge, di solito perché il richiedente non ha dimostrato una motivazione o una idoneità per la relativa autorizzazione»[50]. La normativa adottata dallo Stato di New York era un caso di "*gun law may-issue*" e, difatti, la vicenda sottostante al caso *Bruen* riguardava due cittadini del medesimo Stato i quali, già titolari di un porto d'armi parziale (finalizzati alla caccia ed al tiro al piattello) facevano richiesta di un'autorizzazione a circolare armati in termini generali. Ad essi veniva opposto, tuttavia, un diniego dall'amministrazione statale fondato sull'insufficienza addotta dai ricorrenti nel giustificare, ai fini di autodifesa personale, la necessità di una tale autorizzazione subordinata, nella normativa newyorkese, ad una "*proper cause*"[51].

---

[46] *District of Columbia v. Heller*, *Opinion of the Court* p. 54.

[47] «Niente nella *opinion* [resa] potrebbe essere utilizzato per avanzare dubbi su divieti vigenti da lungo tempo circa il possesso di armi da fuoco da parte di pregiudicati o dei malati mentali o su leggi che vietassero di portare armi da fuoco in luoghi sensibili come scuole e edifici governativi, o su leggi che imponessero condizioni e qualifiche per la vendita commerciale di armi», *District of Columbia v. Heller*, *Opinion of the Court*, p. 54

[48] La classificazione è riferita nella stessa decisione di maggioranza *Bruen* e costituisce tuttavia una semplificazione dell'ampia gamma di normative al momento della decisione riscontrabili nel panorama statale statunitense. Riferisce a proposito di questo P. Passaglia, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, p. 144 ss. in nota 2.

[49] Cfr. *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, Opinion of the Court*, p. 4.

[50] *Ivi*, p. 5.

[51] N.Y. Penal Law Ann. §400.00(2)(f). La Corte d'Appello dello Stato di New York aveva definito la *proper cause* necessaria all'ottenimento di una licenza generale a circolare armati dimostrazione di uno «*special need for self-protection distinguishable from that of the general community or of persons engaged in the same profession*», *Kachalsky v. Cnty. of Westchester*, 701 F.3d 81, 86 (2d Cir. 2012).

Esauriti i ricorsi nella giurisdizione statale i ricorrenti, con il sostegno dell'associazione *New York State Rifle & Pistol Association*[52], impugnano il diniego dinanzi al giudice federale lamentando la lesione del II e del XIV emendamento ed ottengono una pronuncia nel merito della Corte suprema che aveva concesso il *certiorari*[53].

La vicenda processuale del caso *Bruen* viene assunta in un momento di particolare emozione negli Stati uniti giacché poche settimane prima della pubblicazione della decisione si era verificata in una scuola elementare l'ennesima strage degli innocenti[54] che tanto flagella gli Stati della Federazione americana[55].

Nonostante tali fermenti, in sede di merito, la decisione *Bruen* diviene per la Corte suprema un'occasione importante per qualificare con maggior chiarezza la portata dei precedenti *Heller* e *McDonald* nel definire il diritto "*to bear arms*" quale diritto fondamentale pari agli altri ribadendo quanto già affermato nella decisione *McDonald* ovvero che «*The constitutional right to bear arms in public for self-defense is not "a second-class right, subject to an entirely different body of rules than the other Bill of Rights guarantees*»[56]. Così qualificato esso non risulta pertanto sottoponibile, nelle valutazioni giurisprudenziali volte a considerare il bilanciamento fra la compressione nel godimento di tale diritto e l'interesse collettivo, ad un *means-ends scrutiny* (prassi giurisprudenziale che, in relazione

[52] Sul ruolo della NRA già precedentemente alla vicenda *Bruen* cfr. M. Waldman, *How the NRA rewrote the Second Amendment,* May 19 th 2014, in *ilpolitico.com*.

[53] La decisione *Bruen* non è invero il primo caso in tema di normativa statale in tema di limitazioni statali all'ottenimento di licenze e porto d'armi. Al 2018 risale ad esempio il caso *Silvester v. Becerra*, 583 U.S. (2018) riguardante una normativa Californiana che imponeva un'attesa di 10 giorni fra l'acquisto di un'arma da fuoco e l'ottenimento della stessa (al fine di stemperare eventuali propositi violenti emotivi). In quell'occasione la Corte suprema non concesse il *certiorari* e tuttavia Thomas espresse il suo dissenso esplicitamente anticipando la posizione che successivamente assumerà in *Bruen*. Sul punto, cfr. P. Insolera, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, p. 288 ss. e L. Serafinelli, *Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici Commento a New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen, con note minime sulle implicazioni sulla Firearms Tort Litigation negli Stati Uniti*, in *DPCE on line*, 3, 2022, p. 1619 ss.

[54] Ci si riferisce alla strage nella *Robb elementary school* del 24 maggio 2022 in cui hanno perso la vita oltre allo stragista, due maestre e 19 bambini tutti fra i nove e i dieci anni.

[55] Le problematiche connesse alle stragi nel contesto statunitense sono importanti e note e non è una sorpresa che fra gli obiettivi strategici della presidenza Biden alla sua nomina vi fosse anche un punto dedicato al tema del controllo della circolazione delle armi e della riduzione della violenza ad esso collegata. Ci si riferisce al "*Comprehensive Strategy to Prevent and Respond to Gun Crime and Ensure Public Safety*". Cfr. The White House, *Fact Sheet: Biden-Harris Administration Announces Comprehensive Strategy to Prevent and Respond to Gun Crime and Ensure Public Safety*, June 23, 2021, reperibile in https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/23/fact-sheet-biden-harris-administration-announces-comprehensive-strategy-to-prevent-andrespond-to-gun-crime-and-ensure-public-safety/.

[56] *McDonald*, 561 U. S., at 780 (*plurality opinion*) citazione ripresa in *Bruen, Opinion of the Court*, part IV, pag. 62

al diritto a circolare armati, aveva invece preso piede a partire dalla decisione del 2010)[57] ma deve essere valutato esclusivamente secondo un parametro "storico"[58].

L'*opinion* di maggioranza considera infatti che se, normalmente, la deferenza nei confronti del legislatore da parte delle Corti è comprensibile, tuttavia, nel caso dello scrutinio concernente il II emendamento, la Costituzione non esige tale approccio quanto invece richiede che il diritto in esso previsto sia efficacemente garantito in quanto esso «*"is the very product of an interest balancing by the people" and it "surely elevates above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms" for self-defense*» e dunque «*demands our unqualified deference*»[59]. L'impostazione prescelta dalla maggioranza della Corte conduce dunque ad una valutazione esclusivamente storica dei limiti opponibili al godimento del diritto "*to keep and bear arms*" osservando peraltro che nonostante sia da riconoscere che l'analisi storica può essere complessa «*reliance on history to inform the meaning of constitutional text—especially text meant to codify a pre-existing right—is, in our view, more legitimate, and more administrable, than asking judges to "make difficult empirical judgments" about "the costs and benefits of firearms restrictions," especially given their "lack [of] expertise"*»[60].

Tale impostazione giurisprudenziale appresta al diritto alle armi nel contesto statunitense una garanzia particolarmente significativa e ne conferma la natura "quasi" indefettibile. Allo stesso momento tale specificazione riduce, ovviamente, il margine di manovra statale nella perimetrazione della disciplina sul tema.

Vieppiù la decisione *Bruen* si segnala per l'argomentazione originalista che la caratterizza la quale, partendo da un apparente orientamento collegato alla ricerca dell'*original meaning*, finisce per proporsi come un'indagine sulle *Nation's*

[57] Con riguardo alla giurisprudenza statale dello Stato di New York, ad esempio, la sicurezza quale *compelling interest* è trattata quale motivo legittimo di bilanciamento con la libertà di circolare armati in numerose sentenze, fra cui *Schenck v. Pro–Choice Network,*519 U.S. 357, 376, 117 S.Ct. 855, 137 L.Ed.2d 1 (1997); *Schall v. Martin,*467 U.S. 253, 264, 104 S.Ct. 2403, 81 L.Ed.2d 207 (1984); *Hodel v. Va. Surface Mining & Reclamation Ass'n,*452 U.S. 264, 300, 101 S.Ct. 2352, 69 L.Ed.2d 1 (1981); *Kuck v. Danaher,*600 F.3d 159, 166 (2d Cir.2010), *Kachalsky v. Cnty. of Westchester*, 701 F.3d 81, 97 (2d Cir. 2012). Il giudice Thomas prende atto di questa prassi nell'*opinion* di maggioranza evidenziando come molte Corti d'Appello utilizzino l'*intermediate scrutiny* nella valutazione della legittimità delle leggi limitative del diritto a circolare armati (p. 9 e ss. *Bruen Opinion*).

[58] Il c.d. *means-ends scrutiny*, utilizzato da decenni nella giurisprudenza statunitense nella valutazione del rispetto tanto del *due process* tanto dell'*equal protection*, è stato "ripudiato" in diverse recenti decisioni della Corte suprema federale. Oltre al caso *Bruen* ci si riferisce alla decisione *Dobbs* ma anche *Kennedy v. Bremerton School District* (597 U.S. ___ (2022)) in materia di libertà religiosa. Su tale aspetto cfr. P. Insolera, *Sentenza Dobbs e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica "direzione" dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *Special Issue,* 1, 2023. Cfr. inoltre, con riguardo specificatamente alla vicenda *Bruen*, L. Serafinelli, *Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici*, cit.

[59] *Bruen Opinion*, p.17.

[60] *Bruen Opinion*, p. 16.

historical traditions, intese come continuità di prassi[61]; un'impostazione questa, chiaramente esplicitata da Thomas nella decisione di maggioranza[62] ma aspramente criticata da una consistente parte della dottrina giuridica statunitense che provocatoriamente la definisce "*historical traditionalism*" ipotizzando che a partire dal caso *Bruen* «*Historical tradition might be operating as a new framework for constitutional interpretation and construction that replaces both originalism and living constitutionalism*»[63].

4. *Le aporie del caso* Bruen *e l'attivismo giudiziario originalista*

È estremamente significativo che nell'ambito di un *term* della Corte suprema caratterizzato in massima parte da un *trend* orientato alla logica del "*back to States*"[64], oltre che dalla disarticolazione (o quantomeno dalla lettura restrittiva) di alcuni diritti considerati da tempo elementi parte del nucleo duro dei *personal rights* garantiti dalla Costituzione federale[65], si approdi invece ad una normativa a garanzia dei diritti fondamentali tutelati unitariamente dal disposto costituzionale federale proprio in un

[61] Cfr. sul punto N. Cezzi, *"Le origini sono un inizio che spiega". NYSRPA v. Bruen e il porto d'armi come diritto costituzionale tradizionale*, post del 18 ottobre 2022 reperibile all'url *www.dirittticomparati.it*.

[62] «*The government must demonstrate that the regulation is consistent with this Nation's historical tradition of firearm regulation. Only if a firearm regulation is consistent with this Nation's historical tradition may a court conclude that the individual's conduct falls outside the Second Amendment's "unqualified command*», *Bruen case*, *Opinion of the Court*.

[63] E. Barnett, L.B. Solum, *Originalism after Dobbs: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118, 2023, p. 433 ss., spec. p. 466. Critici sull'*Historical Tradition Approach* sono anche M. L. Smith, *Historical Tradition: A Vague, Overconfident, and Malleable Approach to Constitutional Law*, in *Brooklyn Law Review*, 88, 2023, p. 797 e C. Calvert - M.R. Papandrea, *The End of Balancing? Text, History and Tradition in First Amendment Speech Cases after Bruen*, in *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, 18, 2023.

[64] Cfr. *States' Rights Is About to Come Roaring Back*, in *Il Politico* (2 novembre 2022). Reperibile all'url https://www.politico.com/news/magazine/2022/11/02/the-supreme-courts-deference-to-states-rights-in-dobbs-might-have-been-just-the-start-00064607. Cfr. anche L. Denniston, *Supreme Court Establishes a Broad New Protection for States' Independence*, (14 maggio 2018) reperibile all'url: https://constitutioncenter.org/blog/supreme-court-establishes-a-broad-new-protection-for-states-independence.

[65] Ci si riferisce ad esempio al caso *Dobbs*, pubblicato il giorno successivo alla pubblicazione del caso *Bruen*, il quale con motivazioni simmetriche ed opposte fondate anch'esse su un'esegesi originalista approda alla negazione del diritto federale all'aborto e impone che agli Stati sia nuovamente affidata ogni decisione politico-normativa in merito alla possibilità di interrompere una gravidanza indesiderata ecc. Sul punto cfr. il post di A. Buratti, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *www.dirittticomparati.it* (14 luglio 2022). Cfr. anche L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, cit.

ambito particolarmente delicato come quello del diritto a circolare armati che ha delle ricadute enormi sulla sicurezza interna statale[66].

È paradossale, vieppiù, che un emendamento inizialmente adottato (storicamente) per tutelare il potere statale finisca per divenire (attraverso, fra l'altro, una particolarmente spinta interpretazione originalista) un opportuno grimaldello per spogliare gli Stati di porzioni significative di competenza in tema di sicurezza e ordine pubblico.

Difatti, negli ultimi cinquant'anni la Corte suprema si è progressivamente confrontata con quella corrente di pensiero, il *new federalism*, che sostanzialmente stigmatizzava l'eccessiva centralizzazione del potere nel contesto federale statunitense e propugnava un progressivo ritorno alla valorizzazione delle competenze statali considerato, tra l'altro, più correttamente in linea con gli intenti originari del compromesso costituzionale[67].

La filosofia detta ha radici politiche ambivalenti: essa, collegata, in parte, alla lettura costituzionale propugnata dal *Justice* Brennan, il *new judicial federalism*, finalizzata alla riscoperta del costituzionalismo statale quale strumento di garanzia dei diritti[68], ha tuttavia raggiunto gli scranni della Corte suprema anche attraverso la giurisprudenza del giudice Rehnquist[69] (durante la presidenza Nixon) e successivamente, in modo ancora più penetrante, con la nomina del giudice Scalia (da parte del Presidente Reagan) con il quale il tema della necessità di bilanciare il federalismo statunitense meno a favore del centralismo si è fuso con l'approccio esegetico originalista[70].

---

[66] Sul punto cfr. S.A. Cornell, *The police power and the Authority to Regulate Firearms in Early America*, *Brennan Center for Justice at New York University School of Law*, 2021. Reperibile all'url: https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/police-power-and-authority-regulate-firearms-early-america. Cfr. anche. J. Lowy, K. Sampson, *The Right Not to Be Shot: Public Safety, Private Guns, and the Constellation of Constitutional Liberties*, in *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 14, 2016, p. 187 ss.

[67] Cfr. sul punto L. Cole - D. A. Taebel, *The New Federalism: Promises, Programs and Performances*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 16(1), 1986, p. 3 ss. Al tema del *New Federalism* è in realtà dedicato l'intero numero della rivista citata.

[68] Su cui cfr. W.J. Brennan, *State Constitutions and Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Review*, 90(3), 1977, p. 489 ss. (ove il Giudice affermava con chiarezza: «*[r]ediscovery by state supreme courts of the broader protections afforded their own citizens by their state constitutions ... is probably the most important development in constitutional jurisprudence in our time*», p. 501). Sul punto cfr. G.A. Tarr, *The Past and Future of New Judicial Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 24, *Spring* 1994, p. 63 ss.

[69] Il giudice Rehnquist redigette l'*opinion* nel caso *National League of Cities v. Usery*, 426 US 833 (1976) nel quale tentò di rilanciare le prerogative statali nella regolamentazione delle attività economiche. Tale giurisprudenza verrà sconfessata nella successiva sentenza *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 US 528 (1985) ma rappresenta, in ogni caso, un emblematico momento di rinnovato interesse per le competenze federali nel contesto statunitense. Sul punto cfr. D. Kenny - A. Pin, *Sovranità e federalismo*, in G. D'Ignazio, *Il sistema Costituzionale degli Stati Uniti d'America*, 2020, p. 175 ss., spec. 194-200.

[70] Cfr. sul punto A. Pin, *Exit Nino. L'originalismo sopravviverà a Scalia?*, in *DPCE online*, 1, 2016.

Fra le numerose decisioni emblematiche di tale evoluzione spicca, nel 1997, il caso *Printz v. US*[71] in cui la Corte suprema, per voce del giudice Scalia, dichiarò illegittima per violazione del X emendamento una normativa federale che imponeva agli amministratori statale dei particolari controlli su coloro che intendevano acquistare un'arma[72].

Argomentando la decisione, il giudice Scalia richiamava la teoria della "doppia sovranità"[73] per affermare che «Sebbene gli Stati abbiano ceduto molti dei loro poteri al nuovo governo federale, essi conservano "una sovranità residuale ed inviolabile"»[74] e sottolineava come questa separazione dei poteri in senso verticale fosse «una delle tutele strutturali della libertà della Costituzione. "Proprio come la separazione e l'indipendenza dei rami coordinati del governo federale servono a prevenire l'accumulo di potere eccessivo in qualsiasi ramo, un sano equilibrio di potere tra gli Stati e il governo federale ridurrà il rischio di tirannia e abusi da entrambi i fronti"»[75].

Significativo è il rilievo per cui nello stesso caso *Printz*, il giudice Thomas adottava una *concurring opinion* nella quale, aderendo all'affermazione della libertà di detenere armi come diritto individuale, sottolineava che il II emendamento poteva essere considerato un esempio di disposizione adottata per contenere il potere federale nei confronti dell'autonomia statale[76].

Il successivo caso *Heller* del 2008 (ove, tra l'altro, Scalia sottolinea i residui perduranti poteri statali in tema di normazione sulla detenzione e circolazione delle armi), può in linea di principio allinearsi in maniera accettabile al precedente *Printz*. Un certo cambiamento nella giurisprudenza sia di Scalia sia di Thomas si avverte invece a partire dalla vicenda *McDonald*, del 2010, nella quale entrambi i giudici sacrificano definitivamente la lettura federalista del II emendamento. Tale passaggio è giustificato, agli occhi di Scalia, dall'evidenza per cui il diritto a portare armi gode di un esplicito fondamento costituzionale (a differenza di altri diritti come quelli garantiti nel caso *Lawrence v. Texas*[77] o *Roe v Wade*[78] che sono invece fondati su una lettura sostanzialistica della *due process clause*)[79] e l'interpretazione originalista che egli esperisce gli consente

---

[71] *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

[72] Il *primary holding* della decisione *Printz* recita: «*The federal government violated the Tenth Amendment when Congress required state and local officials to perform background checks on people buying guns*».

[73] «*It is incontestable that the Constitution established a system of "dual sovereignty"*», *Printz v. United States*, at 918.

[74] *Printz v. United States*, at 918-919.

[75] *Printz v. United States*, at 921.

[76] «*The Second Amendment similarly appears to contain an express limitation on the Government's authority*», *Printz v. United States*, *Thomas dissenting at* 938.

[77] *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).

[78] *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

[79] Scalia nella sua *concurring opinion* al caso *McDonald*, commentando la *dissenting opinion* di Stevens, afferma: «*Justice Stevens also argues that requiring courts to show "respect for the democratic process" should serve as a constraint. Post, at 23. That is true, but Justice Stevens would have them show respect in an extraordinary manner. In*

paradossalmente di assolutizzarlo dal contesto normativo nel quale la disposizione è scritta[80].

Tale evoluzione finisce tuttavia per condurre al dispositivo *Bruen* ove il giudice Thomas, compiendo un ulteriore passaggio (apparentemente) logico, considera la difesa personale come diritto fondamentale garantito dal II emendamento ed approda a tale conclusione attraverso una discutibile indagine sull'*original meaning* del diritto a portare armi del II emendamento[81].

Il diritto a detenere armi e circolare armati viene dunque definito come fondamentale e garantito in relazione al correlato diritto individuale alla sicurezza[82], non limitabile dalla normativa statale anche se quest'ultima è adottata in funzione della necessità di perseguire l'interesse collettivo alla sicurezza stessa.

In tale dicotomia si esplicita il secondo cortocircuito del caso *Bruen* (ove il primo, come detto, risiede nell'aver spogliato gli Stati di un potere normativo attraverso una clausola costituzionale adottata a tutela degli interessi statali nei confronti della Federazione): la scelta di interpretare la disposizione costituzionale come orientata esclusivamente alla sicurezza individuale (del tutto avulsa da alcun obiettivo di sicurezza collettiva) conduce ad un'interpretazione che tende a privilegiare la sicurezza come valore (perseguibile individualmente anche mettendo a rischio la sicurezza collettiva) piuttosto che come principio (scelta che richiede più spesso una collaborazione collettiva alla tutela del bene garantito)[83].

Tali manipolazioni giurisprudenziali del disposto costituzionale non possono non richiamare alla mente alcune riflessioni di Robert Bork, il quale nei primi anni del

---

his view, if a right "is already being given careful consideration in, and subjected to ongoing calibration by, the States, judicial enforcement may not be appropriate." Ibid. In other words, a right, such as the right to keep and bear arms, that has long been recognized but on which the States are considering restrictions, apparently deserves less protection, while a privilege the political branches (instruments of the democratic process) have withheld entirely and continue to withhold, deserves more. That topsy-turvy approach conveniently accomplishes the objective of ensuring that the rights this Court held protected in Casey, Lawrence, and other such cases fit the theory—but at the cost of insulting rather than respecting the democratic process». *McDonald v. Chicago*, *Scalia Concurring at IB.*

[80]Sul punto si rinvia ai numerosi scritti pubblicati sul n. 7 del 2022 della *Rivista AIC*.

[81] La ricostruzione storica offerta da Thomas nell'opinione di maggioranza è contestata in primo luogo dai giudici dissenzienti e successivamente da ampia parte della dottrina statunitense. Affermano emblematicamente sul punto R. E. Barnett - L.B. Solum, «*the claim is not that the original meaning of the Second Amendment includes a personal right of self-defense. Justice Thomas's opinion says no such thing. The claim is that the content of the right to arms expressed in the text is influenced by its known and widely accepted purpose of facilitating a fundamental unenumerated right of self-defense. So, Justice Thomas concludes that public carrying of firearms is within the scope of the right to bear arms*», *Originalism after Dobbs: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118, 2023, p. 433 ss., spec. p. 464.

[82] Richiamando *Heller*, la Corte suprema nel caso *Bruen* ribadisce più volte che «*The Second Amendment "is the very product of an interest balancing by the people," and it "surely elevates above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms" for self-defense*», *Bruen case, Syllabus.*

[83] Cfr. sul tema T. Gabor, *The Right of Americans to be Protected from Gun Violence*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 66, 2021, p. 43 ss.

secondo millennio, evidenziava in America una malattia giudiziaria in relazione a cui denunciava un'appropriazione da parte dei giudici dell'autorità appartenente al popolo ed ai suoi rappresentanti. Questa situazione produceva, nell'opinione di Bork, una strumentalizzazione dell'attività giudiziaria, trasformata in attivismo, volta ad affermare nell'ordinamento giuridico alcuni valori quando non si ha la forza politica di perseguire i medesimi obiettivi secondo i corretti canali politici propri del circuito democratico. All'epoca, il giudice Bork sosteneva che fosse la c.d. *New class*, ovvero la sinistra culturale, ad essersi impadronita, alla fine degli anni 60, dei principali centri di formazione culturale delle democrazie contemporanee e questo le aveva consentito di aggirare la politica maggioritaria[84].

Le osservazioni di Bork fanno ad oggi riflettere considerando l'attivismo conservatore dell'attuale Corte Suprema statunitense giacché, mascherato con un ritorno al *self-restraint*, non sembra in effetti meno penetrante del *judicial activism* criticato da Bork[85] e sollecita alcune riflessioni sugli strumenti espliciti o taciti a disposizione del giudice costituzionale nella sua attività di garante costituzionale contro maggioritario.

L'attivismo giudiziario è generalmente collegato al dinamismo interpretativo ed alle proposte esegetiche evolutive improntate alla *living Constitution*[86]. Questi approcci sono stati da sempre aspramente criticati da chi, considerando la necessità che le corti non ledano il principio della separazione dei poteri, ha fatto appello al rigore procedurale in ambito interpretativo[87]. Fra questi spicca certamente il giudice Scalia il quale, a tale proposito, indicava la strada dell'esegesi originalista come la meno pericolosa e la meno ambigua al fine di contenere la politicità dell'attività giudiziaria[88].

La più recente giurisprudenza federale statunitense non sembra tuttavia confermare questa tesi. L'originalismo si è rivelato difatti, nel tempo, una corrente interpretativa non univoca (distinguibile in diverse accezioni di cui la grande bipartizione fra *original intent* ed *original meaning* è solo un accenno)[89] che, vieppiù, ha progressivamente alimentato una tendenza alla non necessaria conformità al

---

[84] R.J. Bork, *Corcing Virtue*, cit.; cfr. Id., *The Tempting of America: the Political Seduction of Law,* cit.

[85] Sul punto, cfr. K.E. Whittington, *The New Originalism*, in *Georgia Journal of Law and Public Politics*, 2, 2004, p. 599 ss. Per la dottrina italiana P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 281 ss.

[86] Cfr. A. Tobin, *The Warren Court and the Living Constitutionalism*, in *Indian Journal of Law and Social Equality*, 10, 2022, p. 221 ss.

[87] Già immediatamente dopo l'adozione della decisione *Roe* anche la dottrina favorevole alle conclusioni, in fatto, raggiunte in quella decisione si aprì al dibattito sulla necessità di ricondurre la giurisprudenza costituzionale ad un maggior rigore. Cfr. ad esempio G. Gunther, *Foreword: in Search of Evolving Doctrine in a Changing Court: A Model for a New Equal Protection*, in *Harvard Law Review*, 86, 1972, p. 1 ss.; R. Berger, *Government by Judiciary; The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, 1977.

[88] A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, cit.; Id., *A Matter of Intepretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 2018.

[89] R.H. Fallon Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, in *Notre Dame Law Review*, 90, 2015, p. 1753.

precedente[90]; ciò, come da più parti evidenziato, l'ha reso una scelta esegetica che garantisce molto poco la stabilità giurisprudenziale[91] ed ha indotto parte della dottrina statunitense a tracciare una distinzione tra il cd. *preservative conservatism*, orientamento dottrinale maggiormente moderato che non intende rinnegare la *modern substantive due process doctrine* ed il cd. *counter revolutionary conservatism*, tendenza dottrinale più radicale alla quale sembrano essere sostanzialmente ascritti alcuni giudici supremi dell'attuale maggioranza[92].

Il rigore, nello svolgimento del proprio ruolo, consentiva probabilmente al giudice Scalia di contenere le potenzialità (in termini di attivismo giudiziario) dell'approccio interpretativo originalista. Questo non sembra in effetti accadere nella giurisprudenza di Thomas, la quale difatti assume contorni ben più aggressivi e molto meno disciplinati.

In uno dei suoi più famosi scritti Scalia sosteneva che l'originalismo non era una scelta interpretativa perfetta, quanto la meno pericolosa, ed aggiungeva che in alcuni casi richiedeva all'interprete di essere un originalista "dal cuore tenero"[93] per mitigarne le conseguenze più estreme. È in effetti evidente che in assenza di tale forma di moderazione la giurisprudenza originalista è in grado di proporsi come altrettanto incisiva nei contenuti finali delle scelte politiche perseguite nell'ordinamento in cui opera tanto quanto le opzioni esegetiche evolutive dalle quali tenta di prendere le distanze[94].

La ricostruzione storica operata dalla maggioranza è ampiamente contestata, nella propria *dissenting opinion* sul caso *Bruen*, dal giudice Breyer[95] il quale, soffermandosi

---

[90] Cfr. sul punto J.O. McGinnis - M.B. Rappaport, *Originalism and Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34, 2013, p. 121 ss.; H. P. Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review*, 88(4), 1988, p. 723 ss. cfr. inoltre J. M. Balkin, *Fedeltà al testo e ai principi*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2019, p. 79 ss. Sull'opinione in merito a tale tematica in particolare del giudice Thomas cfr., per la dottrina italiana N.G. Cezzi, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos – Le Attualità nel Diritto*, 3, 2020.

[91] Sul rapporto tra stabilità giuridica e principio del precedente vincolante cfr. G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di Common law*, Torino, 2020 spec. 199 ss. Cfr anche J. O. McGinnis - M.B. Rappaport, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review*, 103, 2009, p. 803 ss.

[92] Sul punto cfr. J. E. Fleming, *Constructing Basic Liberties. A Defense of Substantive Due Process*, London-Chicago, 2022. Il tema è trattato, per la dottrina italiana, da P. Insolera, *Sentenza Dobbs e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica "direzione" dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana*, cit.

[93] A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, cit.

[94] Sul tema si rinvia a T.B. Colby - P. J. Smith, *Living Originalism*, in *Duke Law Journal*, 59(2), 2009, p. 239 ss.; Cfr. anche T.B. Colby, *The Sacrifice of the New Originalism*, in *George Washington University Law School*, 99, 2011, p. 713 ss. Sugli elementi di sostanziale contatto fra *living constitutionalism* e originalismo cfr. L.B. Solum, *Originalism v. Living Constitutionalism: the Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern University Law Review*, 113, 2019, p. 1243 ss. cfr. inoltre M. Tushnet, *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*, New Haven, 2020.

[95] Nella propria *dissenting opinion* Breyer afferma esplicitamente che «*the Court itself demonstrates the practical problems with its history-only approach. In applying that approach to New York's law, the Court fails to*

sul tema dell'interpretazione originalista del II emendamento, esprime importanti dubbi su tale metodologia esegetica a ragione delle scarse qualifiche professionali dei giudici in tale ambito (giacché gli stessi non sono preparati a fare gli storici)[96] e della possibilità che una ricostruzione storica operata a fini motivazionali possa non essere del tutto oggettiva[97]. Anche le osservazioni di Breyer (che nella sua *opinion* offre un'ampia ricostruzione storica della disciplina attinente il diritto *to keep and bear arms* a partire dalla tradizione inglese fino all'epoca contemporanea al fine di dimostrarne la poliedricità) alludono dunque al tema della manipolazione interpretativa attraverso il dato storico, argomento che la dottrina non ha mancato di sottolineare[98] e che si inserisce, ad oggi, nella più ampia questione della conflittualità politica polarizzata che si registra nel contesto statunitense. Ne è testimonianza il fatto che le diverse *lobbies* impegnate al sostegno o al contrasto di determinati orientamenti abbiano, nell'ultimo decennio, investito nel sovvenzionamento di centri di ricerca o nell'istituzione di cattedre universitarie dedicate all'indagine (spesso eminentemente storica) sui temi di loro interesse[99].

La giurisprudenza sul II emendamento nel suo sviluppo, così come confermato nella decisione *Bruen*, si conferma dunque emblematica di numerosi temi significativi dell'attuale evoluzione politica statunitense: il tema del diritto a circolare armati si offre difatti come questione in relazione a cui si scontrano diversi punti di vista attinenti al modo in cui interpretare il federalismo, il senso e la portata dei diritti fondamentali e, non ultimo, il ruolo della giurisprudenza e la sua deferenza nei confronti del ramo

---

correctly identify and analyze the relevant historical facts. Only by ignoring an abundance of historical evidence supporting regulations restricting the public carriage of firearms can the Court conclude that New York's law is not "consistent with the Nation's historical tradition of firearm regulation» Bruen case, *Justice Breyer dissenting*, p. 2.

[96]«*Courts are, after all, staffed by lawyers, not historians. Legal experts typically have little experience answering contested historical questions or applying those answers to resolve contemporary problems*», *Bruen case, Justice Breyer dissenting*, Bruen case, *Justice Breyer dissenting*, p. 26.

[97]«*Will the Court's approach permit judges to reach the outcomes they prefer and then cloak those outcomes in the language of history?*», *Bruen case, Justice Breyer dissenting*, p. 26.

[98] Cfr. D.T. Hardy, *Lawyers, Historians and 'Law Office History'*, in *Cumberland Law Review*, 46(1), 2015, p. 4; Cfr. L. Solum - R. Barnett, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118(1), 2023; A.O. Larsen, *The Supreme Court Decisions on Guns and Abortion Relied Heavily on History. But Whose History?*, in *Il Politico*, 7 giugno 2022, https://www.politico.com/news/magazine/2022/07/26/scotus-history-is-from-motivated-advocacygroups-00047249. Per la dottrina italiana si rinvia al *paper* presentato da L. P. Vanoni, *Amicus curiae e original public meaning: l'uso della storia nelle argomentazioni costituzionali*, al IX Convegno annuale dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo in tema di "Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata", Milano, 15-16 settembre 2023.

[99] Evidenzia L.P. Vanoni, *Amicus curiae e original public meaning*, cit. che nel 2003 la *National Rifle Association* (NRA) ha investito un milione di dollari per istituire la cattedra "*Patrick Henry and Second Amendment*" presso la *George Mason University*, mentre – di converso – la *Joyce Foundation* di Chicago ha stanziato 400.000 dollari per la creazione di un centro di ricerca presso l'*Ohio State University* nonché per organizzare convegni accademici specificamente disegnati per contestare la tesi avversa.

legislativo. In relazione a quest'ultimo tema, in particolare, il caso *Bruen* evidenzia altresì come l'attività esegetica originalista, spesso sostenuta come stile interpretativo meno capace di offrire spunti per l'attivismo giudiziario rispetto agli stili esegetici evolutivi, risulti in effetti altrettanto penetrante e funzionale, qualora non adeguatamente argomentato, al perseguimento di finalità politiche maggioritarie che, in linea di massima, non competono alla magistratura.

***

ABSTRACT: The Second Amendment jurisprudence represents the significant tensions that characterize the current political and social setting in the United States. They have to do with the interpretation of the federal model, the challenging balance between individual liberties and collective interests, and, most importantly, the function of jurisprudence in the unfolding or tangling of such conflicts. In terms of this last point, we are witnessing a progressive manipulative exploitation of exegetical phrase forms, particularly through originalism. Republicans have long accused judges of engaging in excessive political activism. It appears that this complaint can now be directed, in a different but equally important way, at the same political current that targeted evolutionary interpretative methods decades ago.

KEYWORDS: II emendamento - Corte Suprema – polarizzazione – originalismo - federalismo

***

Laura Fabiano – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" (laura.fabiano@uniba.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti? Dalla "*gay cake saga*" al caso *303 Creative LLC v. Elenis* della Corte Suprema*

Alessandro Lauro

SOMMARIO: 1. Premessa: un complesso quadro giurisprudenziale – 2. Il caso *303 Creative* del 2023, fra *distinguishing, narrowing* e *overruling by implication* – 3. Libertà di coscienza e mercato: circolazione dei precedenti, in fuga dai legislatori – 4. Gli interrogativi profondi che nascono da diverse "proiezioni ortogonali" dei diritti – 5. Tollerare l'intolleranza? Alcuni spunti conclusivi

1. Premessa: un complesso quadro giurisprudenziale

«*While those religious and philosophical objections are protected, it is a general rule that such objections do not allow business owners and other actors in the economy and in society to deny protected persons equal access to goods and services under a neutral and generally applicable public accommodations law*»[1].

Questo, a voler sintetizzare, era il portato della decisione *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission,* emessa nel 2018 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti[2]. A cinque anni di distanza, e con un collegio rinnovato per un terzo, i più alti magistrati della Federazione tornano sullo scottante tema del confine (labile) fra protezione delle opinioni e delle coscienze, garantita dal Primo emendamento, e tutela dei gruppi deboli.

Nella specie, come era accaduto nel caso *Masterpiece*, la controversia – sempre proveniente dal Colorado e dall'applicazione delle sue leggi contro le discriminazioni – si instaura attorno alla libertà di una web designer

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

[1] *Opinion of the Court*, II.A, p. 9.

[2] *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ___ (2018), decisa il 4 giugno 2018. A commento della sentenza si v P. S. Karlan, *Just Desserts?: Public Accommodations, Religious Accommodations, Racial Equality, and Gay Rights*, in *The Supreme Court Review 2018*. 2019, p. 145 ss.; M. Murray, *Inverting Animus: Masterpiece Cakeshop and the New Minorities*, in *The Supreme Court Review 2018*, 2019, p. 257 ss. L.P. Vanoni, "It is (not) a piece of cake": *libertà di espressione e politiche antidiscriminatorie in America. Note a margine del caso* Masterpiece Cakeshop Ltd v. Colorado Civil Rights Commission, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 29, 2018, p. 1 ss.

professionista di negare prestazioni, in nome delle sue convinzioni religiose, a coppie omosessuali che avessero richiesto siti e grafiche per il giorno del loro matrimonio. Cinque anni prima, come è noto, la causa vedeva come protagonista un pasticciere che si rifiutava di preparare una torta nuziale per l'unione fra due persone dello stesso sesso[3].

Ora, apparentemente i risultati concreti dei due casi non sono propriamente divergenti. Nel 2018 la Corte annulla i provvedimenti dell'autorità antidiscriminatoria del Colorado che aveva sanzionato il pasticciere Philipps, dato che le sue convinzioni religiose non erano state prese in considerazione dalla stessa, a fronte di casi in cui altri artigiani non erano incorsi in sanzioni, pur avendo negato i loro servigi a committenti che domandavano prodotti integranti messaggi contrari alle loro opinioni politiche[4]. L'esito, però, arrivava a fronte di un itinerario argomentativo che rendeva merito alla legislazione antidiscriminatoria, elevando la non discriminazione nell'accesso al mercato di beni e servizi come principio generale, tutelabile ad opera dei poteri statali. Il focus del 2018 si spostava, quindi, sul concreto bilanciamento – operato sul piano amministrativo – e sulla disparità di trattamento messa in atto dalla Commissione per i diritti civili del Colorado, che non poteva sopravvivere al vaglio applicato dalla Corte in caso di restrizioni pubblicistiche alla libertà di pensiero e di espressione.

La pronuncia del 2023, in realtà, si muove su un piano più alto, giacché – pur con qualche cautela[5] – sembra toccare l'essenza stessa della legislazione antidiscriminatoria (*rectius*: *delle legislazioni antidiscriminatorie*,

[3] A fronte di questo rifiuto, il pasticcere Philipps era stato sanzionato dall'autorità antidiscriminatoria del Colorado (la *Colorado Civil Rights Commission*). Il *judicial review* era stato dunque attivato contro questa sanzione, considerata lesiva dei diritti di Philipps discendenti dal Primo emendamento. La Corte Suprema accoglie il ricorso di Philipps e annulla la sanzione, anche alla luce della condotta amministrativa della *Civil Commission* apparsa immotivamente ostile nei confronti di Philipps rispetto ad altri casi di cui la stessa autorità si era occupata.

[4] Era infatti emerso dall'istruttoria che la Commissione non aveva sanzionato altri pasticcieri che, viceversa, si erano rifiutati di vendere i loro prodotti a soggetti che deprecavano il matrimonio gay (cfr. pp. 11-12 dell'*Opinion* di maggioranza del caso *Masterpiece*).

[5] L'*Opinion of the Court* redatta dal giudice Gorsuch riconosce in apertura (p. 1) che «*laws along these lines have done much to secure the civil rights of all Americans*» (il riferimento è a leggi «*forbidding businesses from engaging in discrimination when they sell goods and services to the public*»).

riguardanti *public accomodations*[6]) o, quantomeno, pare offrirne una interpretazione adeguatrice che depotenzia il portato della sentenza *Masterpiece*.

Che vi sia qualche sommovimento è provato dalla circostanza che il caso del 2018 raccoglieva una maggioranza trasversale in seno al collegio giudiziario, sebbene con i due voti dissenzienti (non sul principio, ma sulla valutazione dell'operato amministrativo) delle giudici *liberal* Ginsburg e Sotomayor. Nel 2023 all'opinione dissenziente di Sonia Sotomayor si aggiungono le altre colleghe di nomina democratica, Katanji Brown Jackson e Elena Kagan, la quale nel 2018 aveva aderito alla decisione di maggioranza, con una *concurring opinion*. Autore di un'altra *concurring* nel 2018 era stato invece Neil Gorsuch, estensore dell'opinione di maggioranza nel caso odierno.

V'è da dire che fra il 2018 e il 2023 sorse un altro caso simile nei contenuti: questa volta il "rifiuto a contrarre" per motivi religiosi proveniva da una fiorista dello Stato di Washington, citata in giudizio per danni, avendo negato arrangiamenti floreali a due nubendi dello stesso sesso[7]. Dopo un primo rinvio alla Corte Suprema statale per rivedere la decisione alla luce del caso *Masterpiece*[8], il 2 luglio 2021 la più alta giurisdizione federale negò il *writ of certiorari*, con la posizione dissenziente – ma non motivata – dei giudici Thomas, Alito e dello stesso Gorsuch.

Diversamente andò per un caso deciso dalla Corte Suprema dell'Arizona nel 2019, *Brush&Nib Studio v. City of Phoenix*[9], assai simile al

[6] Per *public accomodations* si intendono quei luoghi od esercizi aperti al pubblico, a prescindere dalla proprietà pubblica o privata degli stessi, che formano oggetto di legislazioni antidiscriminatorie sia a livello federale che a livello statale. Nel primo tali legislazioni si sono formate a partire dalla lotta alla discriminazione razziale (cfr. il Titolo II del *Civil Rights Act* del 1964) per poi estendersi alla tutela dei disabili (Titolo III dell'*Americans with Disabilities Act* del 1990). Le legislazioni dei singoli Stati hanno poi esteso tali tutele, allargandole ad altri fattori di discriminazione come l'orientamento sessuale. Sul tema v. L.J Rosenblum, *Equal Access or Free Speech: The Constitutionality of Public Accomodations Laws*, in *New York University Law Review*, 5, 1997, p. 1243 ss.; N. Tebbe, *Religious Freedom in an Egalitarian Age*, Cambridge, Harvard University Press, p. 115 ss.

[7] *Arlene's Flowers v. Washington.* La Corte Suprema federale rinviò alla Corte Suprema dello Stato di Washington il 25 giugno 2018. La decisione finale di quest'ultima arrivò il 6 giugno 2019.

[8] Sempre alla luce di *Masterpiece*, i giudici supremi avevano rinviato nel 2019 alla Corte d'appello dell'Oregon il caso *Klein v. Oregon Bureau of Labor & Industries*, ancora concernente la vendita di torte per matrimoni gay. Su questo torneremo nel paragrafo successivo.

[9] *Brush & Nib Studio, LC v. City of Phoenix*, 247 Ariz. 269 (2019).

contesto di *303 Creative v. Elenis*, dato il rifiuto di due artisti di realizzare inviti e altri articoli per matrimoni omosessuali. Qui i giudici dello Stato ritennero – con una maggioranza di quattro a tre – che dovesse prevalere la libertà artistica dei soggetti ricorrenti rispetto alla legislazione antidiscriminatoria elaborata dalla città di Phoenix.

Non va dimenticato che in questi ultimi anni è stato posto pesantemente sotto pressione il tormentato e controverso precedente rappresentato dal caso *Employment Division v. Smith*[10](ironicamente omonimo alla *web designer* ricorrente), che viene anche qui in rilievo. La sua portata è così sintetizzabile: lo Stato può legittimamente apporre restrizioni che coinvolgano la libertà religiosa e di coscienza se la legge restrittiva appare *neutra*, cioè generalmente applicabile e non specificamente diretta ad ostacolare il libero esercizio delle fedi e delle credenze[11]. Tale neutralità è presunta, anche laddove si registrasse qualche incidenza eventuale sull'esercizio di fatto delle libertà di cui al Primo Emendamento, senza ricorrere ad uno *strict scrutiny*. A quest'ultimo canone, tuttavia, bisogna ricorrere per verificare la neutralità di normative che non possano considerarsi legislazioni di *public accomodation*[12], le quali per la loro natura antidiscriminatoria sono considerate *ex se* giustificate. Il precedente posto da *Smith* è stato di recente riaffermato (con qualche notevole aggiustamento concernente, in particolare, organizzazioni di tendenza[13]) nel caso *Fulton* del 2021, da una maggioranza trasversale all'interno dei giudici supremi, dalla

[10] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990

[11] Per una ricostruzione dei principi generali in ambito di libero esercizio della religione v. I. C. Lupu – R. W. Tuttle, *The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on Fulton v. City of Philadelphia*, in *Supreme Court Review 2020-2021*, p. 221 ss.

[12] Nella materia il precedente di riferimento (citato anche nel caso qui in commento) è *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557, del 1995. In questa decisione la Corte Suprema ritenne che non si potessero applicare le regole antidiscriminatorie relative alle *public accomodations* dello stato del Massachussets ad una parata di veterani i cui organizzatori rifiutavano di lasciar sfilare striscioni di organizzazioni LGBT.

[13] *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ___ (2021), del 17 giugno 2021. Si trattava, in questo caso, di un'agenzia di adozioni e affidi di stampo cattolico che rifiutava di supportare famiglie omosessuali e per questa ragione aveva perso il supporto dell'ente cittadino. Nel caso *Fulton* la Corte riconosce che la Città di Filadelfia ha tenuto una condotta discriminatoria rispetto al credo religioso dell'agenzia, poiché la sua stessa legislazione prevede varie possibilità di modulare le *policies* delle agenzie di affido, ma non per motivi religiosi. In questo caso viene applicato un criterio di *strict scrutiny*, poiché l'organizzazione di tendenza non viene considerata una *public accomodation*.

quale però si sono parzialmente dissociati, con una *concurring in the judgment opinion*, i giudici Alito, Thomas e Gorsuch, che viceversa proponevano un *overruling* completo del precedente[14].

Questo stesso *overruling* veniva proprio domandato dalla ricorrente del caso *303 Creative*: la Corte, delle due domande sottoposte alla sua giurisdizione, con ordinanza del 22 febbraio 2022 accetta esclusivamente di decidere sulla prima, ovvero «*whether applying a public-accommodation law to compel an artist to speak or stay silent violates the Free Speech Clause of the First Amendment*».

Il caso del 2023 si colloca dunque in un intarsio complesso di precedenti giudiziari non del tutto stabili e di sovrapposizioni fra diritti di libertà contigui, forse non identici, ma spesso utilizzati come un tutt'uno dalla Corte Suprema che individua nella libertà di coscienza la libertà che unisce le varie clausole del Primo emendamento[15]. Tutto ciò a dimostrazione, oltre che della delicatezza del caso, del complesso consolidamento giurisprudenziale in una materia eticamente e politicamente sensibile, difficile – se non impossibile – da inquadrare in via definitiva sul piano giuridico.

Occorre aggiungere in premessa come i limiti all'esercizio della libertà religiosa e, più in generale, di coscienza costituiscano un *topos* ricorrente nei dibattiti statunitensi e nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, anche alla luce dell'importanza che, malgrado il regime "separatista"[16], l'appartenenza religiosa ha nella sfera pubblica[17]. E di recente la Corte Suprema è parsa assai sensibile ad ampliare l'ambito di protezione della

[14] Sul punto si v. il contributo di C. De Santis, *«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa*, in *Rivista di Diritti comparati*, 1, 2023, p. 115 ss.; in particolare, sul caso *Fulton* si v. p. 145 ss.

[15] Cfr. il caso *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 50, del 1985. In questa sentenza la Corte aggiunge che «*just as the right to speak and the right to refrain from speaking are complementary components of a broader concept of individual freedom of mind, so also the individual's freedom to choose his own creed is the counterpart of his right to refrain from accepting the creed established by the majority*»

[16] Valentini, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Padova, 2010, p. 1 ss.

[17] Assai significative sono le domande sulla fede e le convinzioni religiose che vengono poste al Senato in sede di *hearings* per la conferma dei giudici supremi, come accaduto da ultimo per Ketanji Brown Jackson il 21 marzo 2022. Peraltro è stato anche sostenuto in dottrina che il Primo Emendamento non imporrebbe la separazione fra Stato e Chiesa, dunque latamente tra fenomeno politico e fenomeno religioso: cfr. P. Hamburger, *Separation of Church and State*, Cambridge (Massachussets), 2002. Sul tema v. anche J. A. Wright, *Separation of Church and State*, New York, 2010.

libertà religiosa proprio in ambiti pubblici[18], il che può segnare una certa differenza tra l'esperienza americana e la tradizione – nonché le tendenze attuali – degli Stati europei[19].

2. Il caso 303 Creative *del 2023, fra* distinguishing, narrowing *e* overruling by implication

Prima ancora che per il suo contenuto, il caso *303 Creative* si segnala per la sua genesi, avvenuta in un quadro processuale in odore di "*strategic litigation*". Nasce, cioè, da un'azione di carattere accertativo e preventivo (*pre-enforcement*)[20] da parte della web designer ricorrente, Lorie Smith: diversamente da *Masterpiece*, in questo caso la Commissione per i Diritti civili del Colorado non si era in alcun modo attivata contro l'attrice, la quale era però intenzionata a rifiutare la prestazione dei suoi servizi alle coppie omosessuali, apponendo un banner informativo sul suo sito internet. Per anticipare le possibili reazioni dell'autorità antidiscriminatoria, Smith aveva intrapreso questa azione preventiva nel 2016, denunciando come lo Stato del Colorado avrebbe violato i suoi diritti di credo, coscienza ed opinione derivanti dal Primo emendamento con forme di *compelled speech*.

V'è da dire che le questioni processuali si risolvono nei gradi precedenti alla Corte Suprema: la Corte d'Appello per il Decimo Distretto, decidendo nel 2019 in senso sfavorevole alla Smith, ha ritenuto che la stessa vantasse un sufficiente *standing* e che la causa fosse matura per la decisione e non precocemente ipotetica, soddisfacendo così il requisito della *ripeness*.

[18] Si pensa qui alla sentenza *Kennedy v. Bremerton School District* 597 U.S. ___ (2022), con la quale la massima giurisdizione federale ha ritenuto che il licenziamento di un coach di football dalla scuola pubblica per il fatto di recitare preghiere sul campo di gioco al termine delle partite costituisse una violazione della *Free Exercise Clause*.

[19] Sul punto v. G. Haller, *Die Grenzen der Solidarität: Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Berlino, 2002 (trad. it. *I due occidenti. Stato, nazione e religione in Europa e negli Stati Uniti*, Roma, 2004). Esemplificativo è il dibattito che accompagna l'ostensione dei simboli religiosi nello spazio pubblico: dibattito – come è noto – particolarmente accanito in Francia, ma diffuso un po' in tutta Europa: da ultimo v. oggi C.B. Ceffa, *L'aspetto del velo. L'esibizione del copricapo islamico in Europa fra convivenza multiculutrale e Stato costituzionale,* Milano, 2022.

[20] Sul punto v. l'approfondito lavoro di C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il* preenforcement constitutional challenge *contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, 2018, in particolare p. 33 ss. sul «*judicial review* astratto».

Venendo al merito, nella sua decisione la Corte d'appello federale ha riconosciuto, in effetti, una limitazione dei diritti costituzionali nella sfera della libertà di coscienza e opinione della ricorrente da parte della legislazione antidiscriminatoria dello Stato. Si giudica, però, che tale limitazione possa sopravvivere ai test consacrati dalla decisione *Smith*, più sopra ricordata, poiché la legislazione del Colorado trova applicazione ad una *public accomodation*. Ciò rende non necessario procedere ad uno *strict scrutiny* delle costrizioni poste dal legislatore, essendo evidente l'interesse pubblico (la lotta alla discriminazione) che ispirava le misure.

La massima giurisdizione federale non condivide questo orientamento e, scartando la domanda di *overruling* di *Employment Division v. Smith*, opera un netto ritaglio del *thema decidendum,* segnando così i confini distintivi tra *303 Creative* e *Masterpiece*. Malgrado l'influsso delle opinioni religiose, infatti, il focus si sposta dalla *free exercise clause* (sotto i riflettori in *Masterpiece*) alla *free speech clause* del Primo emendamento. Allo stesso modo, si sottolinea la qualità di artista (e non di artigiano, come nella decisione del 2018[21], o di mera commerciante, come nel caso della fiorista di Washington) della ricorrente.

Si tratta di un esercizio intellettuale ingegnoso: il precedente posto nel 2018 perde la sua forza orizzontale, venendo in rilievo profili parzialmente diversi. Da qui, l'estensore, il giudice Gorsuch, ha buon gioco ad invocare la garanzia della libertà di espressione – tanto più applicata a chi dell'espressione libera ha fatto una professione – nei confronti di un Governo che, con fare dispotico, vorrebbe impedire e/o obbligare un artista ad esprimersi in modi contrari alla sua coscienza.

L'argomentazione dell'opinione di maggioranza riafferma dunque il filone giurisprudenziale della garanzia della libertà di espressione, riprendendo precedenti in cui vennero protette espressioni altamente scomode o minoritarie[22].

[21] Nel caso *Masterpiece*, il pasticciere Philipps aveva avanzato il tema della sua libertà artistica nel veicolare messaggi attraverso le sue creazioni, ma è un argomento che non viene particolarmente preso in considerazione dalla Corte, se non dal giudice Thomas nella sua opinione concorrente. Thomas ritiene infatti che anche la creazione di torte, nel momento in cui possono integrare messaggi, possa essere protetta dalla libertà artistica. Cfr. la *concurring opinion* di Thomas, p. 7: «*Accordingly, Phillips' creation of custom wedding cakes is expressive. The use of his artistic talents to create a well-recognized symbol that celebrates the beginning of a marriage clearly communicates a message*».

[22] Si citano in particolare il caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), nel quale la Corte ritenne che non si potessero obbligare degli studenti

Una volta operata prima la differenziazione con il caso *Masterpiece* (*distinguishing*) e poi la restrizione della questione con riguardo all'espressione artistica (*narrowing*)[23], quale è la portata reale di *303 Creative*? In realtà, appare molto più significativa di quanto le due operazioni precedenti non lascino presagire. Come è stato anticipato, la storia processuale del caso porta la Corte ad esprimersi non già su una concreta decisione amministrativa che ha mancato di *tolleranza*[24] – questo il criterio dato dal caso *Masterpiece* – nel bilanciare l'opinione religiosa e il diritto di accesso al mercato senza discriminazioni. Piuttosto, a passare sotto la lente della Corte è proprio l'essenza stessa della legislazione antidiscriminatoria, che non può essere utilizzata per impedire od obbligare determinati comportamenti legati a convinzioni personali. Nonostante le non banali rassicurazioni offerte dall'estensore di maggioranza[25], sembrano affiorare in superficie discriminazioni costituzionalmente tutelate, poiché "coperte" dalla libertà (positiva e negativa) di espressione.

Dunque, non appare del tutto azzardato sostenere che si sia giunti ad una sorta di *overruling by implication*[26]: vi è un ribaltamento, nemmeno troppo implicito, dei valori da preservare rispetto a *Masterpiece* (prima la libertà di espressione, poi il divieto di discriminazione). Vi è anche un ripensamento rispetto a *Smith* – o almeno un'altra operazione di *narrowing* – dato che, malgrado si vertesse in un ambito di *public accomodation*, viene concretamente ripreso il criterio dello *strict scrutiny* che impone un vaglio assai più penetrante

a salutare la bandiera americana, o, ancora più discusso, il caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie,* 432 U.S. 43 (1977), in cui si ritenne protetta dal Primo emendamento una manifestazione di neonazisti in un villaggio abitato da moltissimi sopravvissuti all'Olocausto.

[23] Sull'operazione di restrizione del precedente v. R.M. Re, *Narrowing Precedent in the Supreme Court*, in *Columbia Law Review*, 7, 2014, p. 1861 ss.

[24] La "tolleranza" riappare nella conclusione dell'opinione di maggioranza («*tolerance, not coercion, is our Nation's answer*»), ma non è utilizzata come criterio di decisione e di verifica del bilanciamento compiuto dagli organi dello Stato (proprio perché tale bilanciamento non è mai stato realizzato in concreto, trattandosi di un *pre-enforcement*).

[25] Oltre all'incipit (riportato *supra* alla nota 5), Gorsuch ribadisce che i giudici di maggioranza «*do not question the vital role public accommodations laws play in realizing the civil rights of all Americans. This Court has recognized that governments in this country have a "compelling interest" in eliminating discrimination in places of public accommodation*» (p. 12), e che dunque gli Stati possono proteggere le persone omosessuali (p. 13) poiché le legislazioni di *public accomodation* non sono di per sé contrarie alla Costituzione, posto che, peraltro, «*there are no doubt innumerable goods and services that no one could argue implicate the First Amendment*» (p. 14).

[26] Su questa pratica "di lunga data" («*longstanding*») v. B.S. Shannon, *Overruled by implication*, in *Seattle University Law Review*, 1, 2009, p. 151 ss.

nelle ragioni statali di lotta alla discriminazione quando vi siano limiti alla libertà di espressione[27].

Tutto ciò pare confermato dalle vicende processuali che ha seguito il caso "accluso" Klein *v. Oregon Bureau of Labor & Industries*[28]: deciso dalla Corte di appello dell'Oregon nel senso di impedire discriminazioni da parte di attività pubbliche nei confronti di clienti omosessuali, il verdetto è stato rimandato dalla Corte suprema alla corte inferiore per essere deciso alla luce di *Masterpiece*. Dopo il giudizio di rinvio (e la conferma dell'esito), la causa è tornata alla Corte Suprema che, ancora una volta, ha annullato e rinviato alla Corte d'appello dell'Oregon affinché la causa venga decisa "alla luce di *303 Creative v. Elenis*". Il che lascia intendere inequivocabilmente che il precedente da seguire non sia più quello del 2018, ma quello del 2023.

È quindi assai plausibile che il tema impegnerà i giudici statunitensi in un'opera di costruzione e decostruzione che non può dirsi conclusa, anche perché la Corte evita accuratamente di fissare standard di giudizio e criteri orientativi.

Certo, si aprono sconfinate possibilità di micro-casi in cui non sarà facile identificare una regola che, per quanto generale, possa guidare il decisore (amministrativo o giudiziario che sia), sostituita da valutazioni del tutto casistiche. Il confine per identificare quale atto (latamente riconducibile ad una discriminazione) sia coperto dall'esercizio dei diritti di cui al Primo emendamento rischia di diventare altamente fumoso e instabile.

Il dato rilevante – e che non è esclusivo dell'ordinamento statunitense – è che la frontiera fra atto di discriminazione e atto di libertà si determinerà tutta al di fuori della legge.

[27] Tale criterio era invocato da Gorsuch nella sua *concurring opinion* di *Masterpiece*, anche se non era il criterio realmente emergente dall'opinione della Corte.

[28] *Klein v. Oregon Bureau of Labor & Industries,* Or. App. 138 (2022). Anche in questo caso si controverte sul rifiuto di due pasticcieri di realizzare una torta nuziale per l'unione di due donne. Come nel caso Masterpiece, l'autorità amministrativa dell'Oregon incaricata della lotta alle discriminazioni negli spazi pubblici (*Oregon Bureau of Labor and Industries*) aveva sanzionato i pasticcieri. Al momento in cui si scrive (novembre 2023) la questione rinviata dalla Corte Suprema ai giudici dell'Oregon alla luce di *303 Creative* è ancora pendente.

3. Libertà di coscienza e mercato: circolazione dei precedenti, in fuga dai legislatori

Praticamente in contemporanea al caso *Masterpiece*, sull'altra sponda dell'Atlantico la Corte Suprema del Regno Unito decide il caso *Lee*[29], piuttosto simile nei fatti di causa alla controversia americana, poiché ancora si verteva su torte e messaggi *pro-gay marriage*[30]. Dal punto di vista squisitamente processuale, i due casi appaiono parzialmente diversi quanto alla loro origine, nella misura in cui nel caso *Lee* il privato leso aveva intentato un'autonoma causa per risarcimento dei danni e dunque il giudizio della Corte si risolve in una revisione dell'interpretazione giudiziale delle norme antidiscriminatorie. Detto diversamente, nel caso *Lee* i giudici bilanciano direttamente i diritti fra i privati, mentre nel caso *303 Creative* (come già nel caso *Masterpiece*) l'accento è posto in particolare sui limiti del potere statale. Dal punto di vista sostanziale, però, si osserva una convergenza nettissima: la stessa opinione dei *Lord Justices* richiama in un *post-scriptum* proprio il caso *Masterpiece*, a conferma di una sensibilità condivisa nelle Corti, che porta a far prevalere, nei due casi, la libertà di coscienza e di espressione[31].

Il caso britannico avrà poi una propaggine davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, conclusa nel dicembre 2021 con il rigetto delle doglianze di Lee (vittima della presunta discriminazione) nei confronti del Regno Unito[32]. I giudici di Strasburgo, in realtà, non prendono di petto la questione più spinosa (cioè il bilanciamento fra libertà di coscienza e dignità delle persone omosessuali che non devono subire discriminazioni), limitandosi a citare proprio il caso *Masterpiece* e ricordando che controversie

[29] [2018] UKSC 49, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd.*

[30] Una sfumatura, di cui daremo conto nel prossimo paragrafo, viene evidenziata dai giudici britannici, ovvero che la torta non era stata ordinata per una specifica cerimonia nuziale, ma per un evento politico a sostegno del matrimonio omosessuale.

[31] Diversamente era andata nel caso della Corte Suprema britannica *Bull v. Hall* ([2013] UKSC 73 del 27 novembre 2013), che verteva sul rifiuto di un albergatore di alloggiare una coppia omosessuale sulla base del suo convincimento religioso.

[32] A commento v. V. Breda - M. Frau, *The gay cake controversy in the United Kingdom and Italian inertia*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 6, 2023, p. 708 ss.; A. Licastro, "The icing on the cake". *Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà del pasticciere e divieto di discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12, 2022, p. 1 ss.

simili vanno decise in base ad un criterio di tolleranza[33]. L'argomento utilizzato per confermare il bilanciamento operato dalle Corti inglesi, andato a favore dei pasticcieri che hanno rifiutato di produrre la torta *pro gay marriage*, si muove lungo la gerarchia delle fonti: la controversia chiedeva di conciliare il diritto convenzionale alla libertà di coscienza e diritti derivanti dalla legislazione antidiscriminatoria nazionale, non avendo Lee mai invocato diritti fondamentali discendenti dalla CEDU. Un caso di *judicial modesty* da parte della Corte strasburghese, che ritiene di non poter sindacare in maniera penetrante l'operato dei giudici nazionali in una situazione così sensibile, facendo valere – cosa non sempre scontata – il suo ruolo di giurisdizione sussidiaria.

Quello che tuttavia pare emergere, anche nelle considerazioni svolte proprio dal giudice sovranazionale, è la retrocessione del formante legislativo.

Malgrado l'esistenza di legislazioni antidiscriminatorie pure molto articolate – come era ed è nel caso del Colorado[34] – i giudici si danno criteri diversi, oseremmo dire *equitativi*, per risolvere le questioni, a prescindere dall'interpretazione dei testi. Testi che continuano a "valere" in determinati ambiti, in particolare quello lavoristico, come dimostra la «singolare

[33] Corte EDU, *Lee c. Regno Unito*, 6 gennaio 2022, par. 75: « *As the Supreme Court of the United States pointed out in Masterpiece Cakeshop Ltd, these disputes must be resolved with tolerance, without undue disrespect to sincere religious beliefs, and without subjecting gay persons to indignities when they seek goods and services in an open market [...]. This is particularly so in Northern Ireland, where there is a large and strong faith community, where the LGBTIQ community has endured a history of considerable discrimination and intimidation, and where conflict between the rights of these two communities has long been a feature of public debate*»

[34] Il *Colorado Anti-Discrimination Act* così identifica – con termini ampi – la discriminazione nelle *public accomodations*: «*It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold from, or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation or, directly or indirectly, to publish, circulate, issue, display, post, or mail any written, electronic, or printed communication, notice, or advertisement that indicates that the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation will be refused, withheld from, or denied an individual or that an individual's patronage or presence at a place of public accommodation is unwelcome, objectionable, unacceptable, or undesirable because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, marital status, national origin, or ancestry*» (Titolo 24, Art. 34, sez. 601 dei *Colorado Revised Statutes*).

controversia tra originalisti»[35] del caso *Bostock v. Clayton County*[36] della Corte suprema statunitense in cui l'esito che conferma la tutela delle persone omosessuali non era affatto scontato, data la configurazione del collegio[37]. Negli altri versanti della vita sociale sembra invece che l'esigenza antidiscriminatoria si affievolisca alla luce dell'esercizio di diritti fondamentali e, in particolare, di quei diritti che attengono alla manifestazione di opinioni e convinzioni personali. Anzi, le Corti – e il caso *303 Creative* rappresenta l'acme di questa tendenza – diffidano il legislatore: sembra piuttosto forte il monito ad astenersi dall'intervenire in maniera troppo netta per arginare le discriminazioni, poiché l'azione potrebbe essere a sua volta produttiva di ulteriori discriminazioni, fondate su altri caratteri, che rischiano di spezzare la tenuta della pacifica convivenza civile. In un'epoca di pluralismo spinto, ai limiti del particolarismo, i legislatori sembrano non più in grado di equilibrare le diverse esigenze, i diversi valori, le differenti *Weltanschaungen*, che si riducono quindi alle soluzioni casistiche, agli "accomodamenti" che le Corti rivendicano per sé[38].

4. Gli interrogativi profondi che nascono da diverse "proiezioni ortogonali" dei diritti

Il caso *303 Creative*, come i precedenti che l'hanno anticipato, suscita profondi interrogativi di coscienza, forse civile prima ancora che giuridica. Occorre però osservare come le domande cambino altrettanto

[35] N. Zanon, *Che significa discriminare* because of sex*? In* Bostock v. Clayton County *una singolare controversia tra originalisti*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, p. 839 ss.

[36] *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ___ (2020). V'è da sottolineare che il caso atteneva ad una questione di *statutory interpretation* (sul Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964) e non di *constitutional interpretation*.

[37] Ai quattro giudici liberal si erano aggiunti infatti il *Chief Justice* Robert e il giudice Gorsuch, redattore dell'*Opinion* di maggioranza nella quale si sottolinea come la discriminazione fondata sul sesso possa includere anche la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

[38] In questo contesto diventa assai complesso offrire quella che Dworkin definì una "lettura morale" dei principi costituzionali (R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Massachussets), 1996, in particolare p. 7 ss.), poiché complesso diviene trovare delle coordinate comuni. Al che bisognerebbe domandarsi se è invece davvero possibile offrire "letture amorali" delle Costituzioni, cioè sprovviste di una base etica comune ai consociati, soprattutto con riguardo ai diritti fondamentali da esse consacrati.

profondamente, per un costituzionalista, nel momento in cui si approcciano da punti di vista diversi.

L'opinione di maggioranza del giudice Gorsuch è logicamente ineccepibile: un vero inno al costituzionalismo liberale. Chi può accettare che, in un ordinamento democratico compiuto, un Governo *possa obbligare* una persona ad esprimersi contro la propria coscienza? E, in tempi in cui domina la legge del mercato, non sarebbe addirittura ai limiti dell'eroismo civile rifiutare un profitto in nome di una convinzione, politica, religiosa o filosofica che sia?

Quest'angolo visuale è quello del rapporto verticale: la dialettica autorità-libertà, che nel costituzionalismo, «teoria dei limiti giuridici al potere politico»[39], trova una sua definizione tendenzialmente a favore della seconda.

Ma tutto cambia se questa linea viene cartesianamente proiettata dal piano delle ordinate a quello delle ascisse: l'opinione di Gorsuch rischia di divenire pericolosa se trasposta orizzontalmente. Di fatto, questo è invece il piano su cui si svolge l'opinione minoritaria redatta da Sonia Sotomayor: il punto non è se il potere pubblico può dettare un *compelled speech*, ma se questi abbia il diritto/dovere di intervenire quando una libertà si scontra con un'altra, riproducendo, invero, una dialettica che torna ad assumere un orientamento verticale, poiché si instaura fra una posizione di forza di chi non subisce discriminazioni, perché appartiene alla maggioranza, e una posizione di debolezza, identificata nei gruppi protetti dalla legislazione antidiscriminatoria.

Le citazioni contenute nell'opinione di minoranza sono in effetti emblematiche: prima dell'abolizione della schiavitù e dell'abbandono della dottrina del "*separate but equal*", la segregazione razziale era talvolta considerata una situazione voluta dal Divino e dunque oggetto di un *belief* religioso[40]. La conferma che negare a persone afroamericane l'acquisto di una proprietà costituisse una vera discriminazione, legittimamente vietata

[39] A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2003, p. 1 ss.

[40] L'opinione dissenziente di Sonia Sotomayor (p. 37) riporta una citazione tratta dal caso *Loving v. Virginia,* 388 U.S. 1 (1967), pietra miliare nella quale si dichiararono incostituzionali le legislazioni statali che vietavano matrimoni misti. Il giudice di primo grado che condannò i due coniugi per aver violato la legge della Virginia scrisse: «*Almighty God […] did not intend for the races to mix*».

sul piano costituzionale, arrivò solo con il caso *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* del 1968[41].

Come si vede, i problemi sul tappeto sono molti.

Il primo – che emerge in filigrana dall'opinione di maggioranza – è il rischio dell'inversione della discriminazione. L'applicazione cieca delle legislazioni antidiscriminatorie potrebbe portare a vietare determinate espressioni che si radicano in credenze filosofico-religiose: a subire forme potenziali di stigma sarebbero allora i portatori di questi convincimenti. Nessuna autorità pubblica può imporre un pensiero unico e quindi va preservato anche il dissenso[42], tanto più se espresso in forme civili e non degradanti la dignità altrui. La stessa scaturigine processuale e cautelare del caso *303 Creative* sembra adombrare questo rischio.

Il secondo problema è il contraltare del primo: bisogna distinguere fra potenziali rischi di discriminazione "a rovescio" e atti discriminatori reali e concreti. Detto diversamente: ai giudici non è ancora giunta richiesta di protezione di chi si sentirebbe *concretamente* discriminato per le sue convinzioni, divenute minoritarie nella maggioranza della comunità (ricordiamo che nell'ultimo caso si è trattato di un *pre-enforcement*). Alle Corti è invece *ancora* domandata protezione da parte di soggetti – in questo caso omosessuali – cui viene negato (e occorre sottolinearlo) non tanto l'accesso al bene generico (una torta, un serto di fiori, un sito internet), ma il riconoscimento di una *pari dignità sociale* rispetto al diritto al matrimonio[43].

---

[41] *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968). Nella decisione si ritenne che il Congresso potesse legittimamente regolare i contratti di vendita per prevenire discriminazioni razziali, in attuazione del Tredicesimo emendamento.

[42] Basti qui citare la chiusura dell'*Opinion of the Court* (pp. 25-26): «*the opportunity to think for ourselves and to express those thoughts freely is among our most cherished liberties and part of what keeps our Republic […] The First Amendment envisions the United States as a rich and complex place where all persons are free to think and speak as they wish, not as the government demands. Because Colorado seeks to deny that promise, the judgment is reversed*».

[43] Si utilizza qui la nota espressione contenuta nell'art. 3, comma primo, della Costituzione italiana. Il richiamo va inteso però in senso descrittivo di una dinamica sociale e non propriamente normativo. Ciò significa che, ad avviso di chi scrive, accettare (come fa la Corte Suprema) "obiezioni di coscienza" come nel caso presente rispetto a beni e servizi concernenti matrimoni gay significa riconoscere una minore dignità alle unioni omosessuali. Come è stato ben osservato «la pretesa delle persone LGBT di vedere tutelata la propria dignità sottintende, quindi, non solo la rivendicazione della libertà di compiere le scelte essenziali della propria vita, ma anche il diritto di vedere riconosciuto il proprio valore e quello delle proprie relazioni personali in condizioni di parità rispetto ad altre "condizioni personali o sociali" tutelate dalle costituzioni nazionali» (A. Sperti, *Le Corti*

Questo, a modesto avviso di chi scrive, è il punto fondamentale, sul quale bisognerebbe ragionare in termini strettamente giuridici.

Il diritto al matrimonio anche per le coppie omosessuali è ormai un dato acquisito dell'ordinamento costituzionale federale statunitense: lo ha riconosciuto la celebre sentenza *Obergefell* del 2015[44], la quale – stando alle opinioni espresse nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*[45] – non pare prossima ad un *overruling*.

Ora, per quanto un soggetto possa sentirsi infastidito, o addirittura leso nelle sue intime convinzioni, dal fatto che altri possano godere di diritti fondamentali pari ai suoi, in assenza di condizioni che lo stesso soggetto reputa "legittimanti", regole basilari di convivenza civile – il *pactum societatis* – escluderebbero che ciascuno possa farsi arbitro dei diritti altrui. Sia consentito osservare che si tratta di una situazione che non si ferma al *mariage pour tous*: si potrebbe essere intolleranti verso chi adotta posizioni politiche estreme, di cui si potrebbe invocare l'esclusione del diritto di parola e di voto[46]; si potrebbe negare il diritto di taluni credenti ad esercitare il proprio culto perché ritenuto "retrogrado" e di disturbo ecc.

---

costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità, in *DPCE Online*, 3, 2019, p. 2163). Che la dignità sociale possa costituire un principio dell'ordinamento americano è discusso, proprio a partire dal caso *Obergefell* (citato infra): sul punto v. L.H. Tribe, *Equal dignity: speaking its name*, in *Harvard Law Review,* 1, 2015, p. 16 ss., il quale sottolinea come il principio della *equal dignity «extends beyond same-sex couples to ensure that all individuals are protected against the specter of coerced conformity»* (p. 30)*,* avendo in precedenza ricordato che *«dignity is not some alien import with no place in our own constitutional tradition»* (p. 21). Un sentito ringraziamento al valutatore anonimo che ha suggerito questa lettura e ha permesso questa specificazione.

[44] *Obergefell v. Hodges,* 576 U.S. 644 (2015).

[45] *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ___ (2022). Cfr. l'opinione di maggioranza redatta da Samuel Alito (pp. 38 e 71), nonché la *concurring opinion* di Brett Kavanaugh (p. 10).

[46] Un caso parzialmente simile è giunto, per via del ricorso a tutela dei diritti fondamentali, davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, al quale un militante candidato di estrema destra ha chiesto soddisfacimento dopo che Facebook aveva bloccato il suo account in piena campagna elettorale: cfr. BVerfG, *Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019*. Sempre in tema di discriminazioni politiche, la stessa corte di Karlsruhe ebbe a pronunciarsi sull'esclusione di un militante estremista da un albergo (BVerfG, *Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27. August 2019*). Nel primo caso, il BVErfG ordinò la rimozione del blocco informatico, mentre nel secondo caso ritenne il ricorso inammissibile, poiché non veniva in rilievo la violazione di alcun diritto costituzionale tutelabile tramite il *Verfassungsbeschwerde*. Su queste decisioni v. F. Episcopo, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in *Giustizia Insieme*, 28 maggio 2020.

Insomma, nessuno esclude che all'interno di una società si possa dibattere e che anche diritti acquisiti per vie consentite dall'ordinamento possano essere oggetto di contestazione, tanto più – e non si può mettere in ombra questo aspetto – se ciò non passa dai canali di legittimazione democratica. La questione è che, una volta riconosciuti, essi vanno rispettati da tutti e vanno fatti rispettare dall'autorità pubblica. Ciò è tanto più vero per chi sceglie di offrire le proprie prestazioni sul mercato: se l'offerta è *erga omnes,* non ci si può considerare autorizzati a discriminare fra i clienti perché non si condividono le loro scelte di vita (non solo lecite, ma) costituzionalmente protette e garantite. Se manca questo *enforcement*, i diritti restano lettera morta: la pari dignità giuridica (l'*equal protection of the law*) viene svuotata, soffocata da una reale disparità sociale.

Seguendo questa linea di pensiero, poco rileva che il prestatore di beni e servizi sia un artigiano o un'artista: accettare di offrire una prestazione non significa dare alcuna "benedizione morale" a ciò che compiono gli altri (benedizione che, per vero, potrebbe essere negata a prescindere dall'orientamento sessuale[47]). Dunque, il rifiuto puro e semplice di contrattare le prestazioni tipiche dell'offerta al pubblico a *specifici richiedenti* non può ritenersi in linea con il rispetto dei diritti fondamentali altrui. Un ragionamento parzialmente diverso potrebbe svolgersi con riguardo a *specifici contenuti* inerenti alle prestazioni: da questo punto di vista, il caso britannico *Lee* si distingue dai casi americani, poiché la torta non era *per un matrimonio gay* fra due persone determinate, ma conteneva un messaggio politico *a supporto del matrimonio gay*. Pur essendo chiaro il nobile intento di valorizzare il criterio della tolleranza (e dunque l'accomodamento fra posizioni in conflitto), non si può nascondere che siffatte operazioni interpretative sono assai difficili, ai limiti di attività da causidici, che vogliono trarre dai contesti di riferimento significati espressivi contenuti nelle torte o nei siti web, tramutando tutto in questioni di coscienza.

Ragionevolmente, si potrebbe sostenere che assumerebbe rilievo fondamentale la possibilità di individuare altre fonti di approvvigionamento sul mercato: la web-designer credente non è l'unica ad offrire quelle prestazioni, così come la fiorista o il pasticciere. Anche qui, però, occorre qualche cautela: l'esistenza di una sorta di "monopolio locale" può certamente deporre nel senso di escludere qualunque forma di "obiezione di coscienza" da parte del monopolista. Ma, viceversa, è sufficiente l'assenza

[47] Ragioni per ritenere un matrimonio "sbagliato" potrebbero fondarsi, come la storia ci insegna, su altri elementi di discriminazione, quali la classe sociale, la razza ecc.

di questo monopolio per giustificare il rifiuto? Parrebbe forse un po' eccessivo, anche perché ogni esercente ed ogni attività potrebbero poi identificare le proprie *policies* concernenti la clientela, solo perché altrove quei beni o servizi possono essere acquistati.

Il criterio distintivo, tuttavia, non può essere quello – logicamente poco sostenibile – utilizzato nell'opinione di Gorsuch (ed anche dai *Law Lord* britannici) ovvero il fatto che la web-designer avrebbe negato la richiesta generica (la realizzazione di un sito per un matrimonio gay) a qualunque cliente, a prescindere dal suo orientamento sessuale. Da questo punto di vista, l'obiezione di Sotomayor (sui neri che non avrebbero potuto prendere una camera d'albergo, ma avrebbero potuto invece riservarla per i loro amici bianchi[48]) è ficcante e difficilmente falsificabile.

5. Tollerare l'intolleranza? Alcuni spunti conclusivi

Alla luce di quanto sostenuto, si impongono due ordini di riflessioni conclusive.

In primo luogo, bisogna considerare come la sentenza *303 Creative* si inserisca in uno scenario politico-giurisprudenziale dominato dalla super-maggioranza conservatrice e, conseguentemente, da una maggiore polarizzazione delle opinioni[49]. Tale scenario sembra impedire che, su questioni sensibili, possa trovarsi una convergenza bipartisan, anche in casi – come quello qui commentato – che si sarebbero prestati alla semplice

[48] «*Apparently, a gay or lesbian couple might buy a wedding website for their straight friends. This logic would be amusing if it were not so embarrassing. I suppose the Heart of Atlanta Motel could have argued that Black people may still rent rooms for their white friends*» (S. Sotomayor, *Dissenting opinion*, p. 32). Il riferimento è al caso *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States,* 379 U.S. 241 (1964), nel quale la Corte Suprema ritenne costituzionalmente legittimo che il Congresso imponesse una legislazione contro le discriminazioni razziali alle attività private.

[49] Il 30 giugno 2023 il Presidente Biden ha rilasciato un comunicato sul sito della Casa Bianca con cui deplorava la decisione della Corte, forse drammatizzando eccessivamente – se pur, ai suoi fini, comprensibilmente – i contenuti della sentenza: «*In America, no person should face discrimination simply because of who they are or who they love. The Supreme Court's disappointing decision in 303 Creative LLC v. Elenis undermines that basic truth, and painfully it comes during Pride month when millions of Americans across the country join together to celebrate the contributions, resilience, and strength of the LGBTQI+ community. While the Court's decision only addresses expressive original designs, I'm deeply concerned that the decision could invite more discrimination against LGBTQI+ Americans. More broadly, today's decision weakens long-standing laws that protect all Americans against discrimination in public accommodations – including people of color, people with disabilities, people of faith, and women*».

riaffermazione di principio dei precedenti (il caso *Masterpiece*) con gli opportuni adattamenti casistici, magari da rinviare alle Corti inferiori.

Tanto premesso, bisogna comunque usare prudenza nell'individuare nettamente linee di tendenza continuative fra le sentenze che più hanno fatto discutere (si pensi agli *overruling* compiuti da *Dobbs* sul diritto all'aborto, o *Students for Fair Admissions*[50] sull'incostituzionalità delle *affirmative actions*) ed il caso di cui stiamo trattando. Se anche queste esistono, nel senso che pure *303 Creative* si inserisce in una traiettoria meno progressista, ci sono vari segnali, provenienti dalla stessa maggioranza conservatrice della Corte suprema, che pure vanno inseriti nel mosaico complessivo. Emerge, cioè, sia dall'opinione di maggioranza redatta da Gorsuch, sia da opinioni rese in altri casi[51], che il tema della tutela delle persone omosessuali resta a cuore ad una maggioranza trasversale di giudici. L'esito della decisione – come è stato detto – non è convincente, ma il vero problema è l'approccio della Corte, che depotenzia la legislazione in nome di scelte casistiche. Il che, per una Corte conservatrice che spesso enfatizza il ruolo del legislatore sfoggiando una certa *judicial modesty,* appare in parte contraddittorio.

Ciò ci conduce ad un secondo ordine di sintetiche conclusioni, di carattere più generale.

Concludendo il suo *Traité sur la tolérance*, Voltaire rivolge una lunga invocazione a Dio, affinché le divergenze di opinioni e di fedi non si tramutino in conflitti[52]. Questa supplica al Divino potrebbe essere oggi trasposta, ma forse con disillusione, sul piano laico, sperando che un qualche legislatore illuminato trovi la quadra o, meglio, offra un quadro all'interno del quale comporre le divergenze etico-sociali che emergono, ciclicamente ancorché in ambiti diversi, nella società. Il problema che sembra però emergere prepotentemente e che non può lasciare indifferenti è questo: per restare nella metafora usata da Voltaire, oggi sembra che ognuno voglia accendere il proprio cero all'ora che vuole, dove vuole, a

[50] *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023).

[51] Si pensa qui all'opinione dissenziente di Brett Kavanaugh nel caso *Bostock* citato sopra, nella quale il giudice sottolineò come «*Millions of gay and lesbian Americans have worked hard for many decades to achieve equal treatment in fact and law ... They have advanced powerful policy arguments and can take pride in today's result. Under the Constitution's separation of powers, however, I believe that it was Congress's role, not this Court's, to amend Title VII*». In questo caso, invece, Gorsuch si espressa a favore della tutela delle persone omosessuali. Ancora, bisogna richiamare le opinioni concorrenti in *Dobbs* (v. nota 45) rispetto ad un possibile *overruling* di *Obergefell.*

[52] «*Que ceux qui allument des cierges en plein midi pour te célébrer, supportent ceux qui se contentent de la lumière de ton soleil!*».

prescindere dagli altri. Accentuandosi la tendenza all'individualismo delle idee e in un'epoca di secolarizzazione della vita sociale in cui il fenomeno religioso pare tutto sommato recessivo (soprattutto nelle democrazie occidentali), qualunque credo rischia di farsi transeunte e provvisorio.

La Corte Suprema ha inteso difendere *sincere religious beliefs*; il problema si porrà (e forse già inizia a porsi) allorquando questi *beliefs* saranno non più riferibili a dottrine religiose specifiche e identificabili, ma a semplici convinzioni personali dell'individuo, che magari si discostano dalle evoluzioni di quelle stesse dottrine organizzate[53]. Se tutto ciò fosse portato all'estremo, il criterio della tolleranza, dato da *Masterpiece*, fatto proprio dalla Corte EDU e poi lasciato da parte in *303 Creative*, rischierebbe di diventare praticamente impossibile da applicare. Per riprendere un proverbio francese: *tout comprendre, c'est tout pardonner*. Ammettere che esistano sempre margini per rintracciare una convinzione personale può condurre a tollerare tutto e dunque a perdere qualunque coordinata per lo svolgimento del vivere civile. Ecco che allora riemerge impellente il bisogno della norma comune: essere sottoposti alla legge per essere liberi[54] significa conoscere entro quali limiti esercitare la propria libertà e non doversi scontrare di volta in volta con l'arbitrio altrui o la decisione *a posteriori* del giudice.

***

[53] Con riguardo al matrimonio omosessuale, per esempio, è fatto notorio che le Chiese cristiane mantengono posizioni differenziate, fra quelle che non lo ritengono accettabile, quelle che lo consentono e quelle che hanno identificato forme intermedie di benedizioni per le unioni fra persone dello stesso sesso che non equivalgono propriamente al matrimonio tradizionale.

[54] La citazione rinvia alla nota massima ciceroniana contenuta nella *Pro Cluentio* (53.156): «*legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus*».

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: The paper analyzes the Supreme Court's 303 Creative LLC v. Elenis decision, questioning the relationship between anti-discrimination law and freedom of conscience in light of this new precedent that seems to overrule the famous 2018 Masterpiece ruling.

KEYWORDS: antidiscriminazione – libertà di coscienza – overruling – Corte Suprema – Stati Uniti

***

Alessandro Lauro – Dottore di ricerca in diritto pubblico e comparato, Università Ca' Foscari di Venezia – Université Panthéon Assas; (alessandro.lauro@unive.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Un codice etico per la Corte Suprema? Indipendenza e imparzialità dei *Justices* tra obblighi di trasparenza, ricusazione e amici *curiae*[*]

Rachele Bizzari

SOMMARIO: 1. L'etica della Corte Suprema, tra vecchi problemi e nuove criticità. – 2. Sospetti di lungo corso sull'immagine di imparzialità e indipendenza della Corte Suprema. – 3. Il quadro normativo: una sintesi. – 3.1. Gli obblighi di trasparenza imposti dall'*Ethics in Government Act*. – 3.2 Il *Judicial Conduct and Disability Act*: l'istituzione di meccanismi di reclamo per le corti federali inferiori. – 3.3. La ricusazione del giudice secondo la Sezione 455 del Titolo 28 dello *United States Code*. – 3.4. Il codice etico per i giudici delle corti inferiori e le linee guida adottate dalla *Judicial Conference of the United States*. – 4. Il quadro normativo: alcune considerazioni d'insieme. – 5. Un codice etico per la Corte Suprema: le proposte di legge del 2023. – 5.1. Il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*: una proposta di largo respiro. – 5.2. La minoranza repubblicana e il *Supreme Court Code of Conduct Act*. – 6. Trasparenza, lobbismo e *amici curiae*. – 7. Alcune osservazioni conclusive. – 8. Postilla. L'inaspettata adozione del *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*.

1. *L'etica della Corte Suprema, tra vecchi problemi e nuove criticità*

Lo scorso giugno, il *term* 2022-2023 della Corte Suprema statunitense è giunto alla sua conclusione con una serie di decisioni divisive e controverse, che hanno animato – e stanno tuttora animando – il dibattito pubblico e il confronto politico in merito alle conseguenze della svolta conservatrice della corte di vertice del sistema federale. Tra azioni positive[1], *public accommodation laws*[2] e debito studentesco[3], tuttavia, un'ulteriore tempesta ha colto Presidente e giudici associati nel corso dell'anno appena trascorso: quella dell'etica professionale dei magistrati federali, della giustizia disciplinare e dell'*accountability*, individuale e collettiva, dei giudici rispetto ai cittadini. Con il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* – progetto

[*] L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. __ (2023).

[2] *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. __ (2023).

[3] *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. __ (2023).

di legge che di recente ha superato il vaglio della Commissione Giustizia del Senato – ha infatti preso definitivamente forma la proposta di imporre alla Corte Suprema l'adozione di un codice etico[4].

Non è la prima volta che la condotta dei magistrati viene criticamente portata all'attenzione dell'opinione pubblica. Già lo scandalo Watergate aveva lasciato tracce indelebili sul rapporto tra cittadini e istituzioni – comprese le corti di giustizia: «*Americans of all stations are [...] concerned with whether the courts and judges are good enough*», scriveva MacKenzie nei primi anni Settanta, «*and we have all become increasingly aware of their shortcomings*»[5]. Tuttavia, è negli ultimi anni che il tema ha trovato nuova linfa vitale grazie ad una convergenza di fattori – la polarizzazione politica e il controllo delle nomine, il crescente ruolo assunto nel processo dagli *amici curiae*, l'azione congiunta di gruppi di interesse impegnati in attività di lobbismo giudiziario – che hanno contribuito a catalizzare l'attenzione sulle norme di comportamento secondo le quali i giudici federali e, soprattutto, i componenti della Corte Suprema, dovrebbero agire nella vita sia professionale che personale.

La questione tocca dunque uno degli snodi centrali di un moderno ordinamento democratico: l'agire dei giudici secondo princìpi di correttezza, sobrietà e riserbo concorre strumentalmente – assieme alla coerenza e all'organicità della motivazione, alla completa considerazione dei profili giuridici sollevati dalle parti processuali, al rispetto del precedente e

[4] Cfr. *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*, H.R. 926, 118th Cong. (2023-2024).

[5] Così J. P. MacKenzie, *The Appearance of Justice*, New York, 1974, p. ix. In proposito, giova rammentare come già alla fine degli anni Sessanta la stessa Corte Suprema fosse finita nell'occhio del ciclone a causa dei rapporti sussistenti tra il giudice associato Abraham Fortas e l'uomo d'affari Louis Wolfson – all'epoca dei fatti detenuto in carcere per reati di natura finanziaria. Secondo quanto rivelato dalla stampa, il Giudice aveva ricevuto una cifra pari a ventimila dollari (corrispondenti, oggi, ad oltre centosessantamila dollari) da Wolfson, il quale si era impegnato a versare una somma analoga per tutti gli anni a venire a favore di Fortas e, in caso di morte di quest'ultimo, a sua moglie. A seguito di tali rivelazioni, Abraham Fortas fu costretto alle dimissioni – a cui seguirono le nomine, entrambe non confermate dal Senato, di Clement Haynsworth e George Harrold Carswell. Sul punto si veda sempre J. P. MacKenzie, *op. cit.*, p. 72 ss., in cui l'Autore rileva come «*the story [...] grounded its heaviest criticism on appearances*».

all'indipendenza rispetto alla politica – all'imparzialità dell'organo giurisdizionale come cardine del giusto processo e del *rule of law*[6].

[6] In merito al ruolo della Corte Suprema nella forma di governo e ai rapporti tra potere giudiziario e politica assume altresì rilevanza la variabile applicazione delle *doctrines of justiciability* – cioè, *standing*, *ripeness*, *mootness* e *political question* –, che hanno contribuito a plasmare il ruolo di *policymaker* della Corte Suprema al pari di quanto accada con la selezione dei casi tramite *certiorari*. Nelle parole di V. Barsotti, *L'arte del tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, p. 140, «l'estrema incertezza che regna nella giurisprudenza potrebbe spiegarsi con la presenza, in alcuni momenti anche contemporanea, di due modelli processuali antagonisti», ovvero il *private rights model* – che trae le sue origini da *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) e in cui il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi ha carattere eccezionale, essendo dunque ammesso solo qualora sia necessario alla decisione del caso di specie – e la *public law litigation* – che si fa portavoce di un ruolo attivo del giudice tanto nella decisione, quanto nell'esecuzione della stessa. Sul punto si veda H. P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, in *The Yale Law Journal*, 1973, 82(7), p. 1363 ss. L'espressione «*public law litigation*» è stata coniata in A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *Harvard Law Review*, 1976, 89(7), p. 1281 ss., in cui l'Autore rileva come il modello processuale tradizionale fondato sulla controversia tra parti private che mirano alla tutela di diritti e interessi privati – tendenzialmente tramite la riparazione del danno subito – abbia lasciato spazio ad una realtà processuale in cui «*the object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies*» e in seno alla quale il ruolo dei giudici delle corti distrettuali è accentuato, essendo gli stessi chiamati a svolgere «*an active role in shaping, organizing and facilitating the litigation*». Tra le *doctrines of justiciability*, la *political question doctrine* è forse quella che attiene più immediatamente ai rapporti delle corti con Esecutivo e Legislativo, poiché vede i giudici sottrarsi dall'esprimersi su questioni considerate espressione della discrezionalità degli organi elettivi e, pertanto, non sindacabili dal potere giudiziario. In proposito, S. Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, New York, 2015, p. 196 ss. rileva come la *political question doctrine* trovi la sua manifestazione più evidente nella regolamentazione costituzionale della rimozione del Presidente degli Stati Uniti tramite *impeachment*. Secondo l'Autore, «*[w]hile the political question doctrine has yielded in the United States as courts assume an increased responsibility over the proper functioning of the political process, the impeachment power remains beyond judicial oversight*». In tale prospettiva, Issacharoff evidenzia la differenza sussistente tra il caso statunitense e le esperienze delle democrazie post-sovietiche, in cui le corti costituzionali sono chiamate a giudicare sulle accuse mosse ai presidenti o vice-presidenti dall'organo parlamentare – generalmente, dalla camera alta. La riflessione dell'Autore si inserisce peraltro nell'ambito di una più ampia analisi dei rapporti tra corti e politica, che, soprattutto nelle nuove democrazie, vede i giudici attivarsi nella supervisione dei processi democratici, con particolare riguardo al principio della separazione dei poteri e alla competizione elettorale. Così, «*the customary concern in the United States with the countermajoritarian difficulty should not and does not detain these court*» e, soprattutto, «*the goal of constitutional review is not so much jurisprudential as the enabling of democratic self-governance*». Sebbene tali considerazioni non attengano direttamente la Corte Suprema statunitense, è innegabile che il suo operato sia

Senz'altro, è bene evitare qualsiasi forma di generalizzazione e, allo stesso tempo, evidenziare come non necessariamente condotte dubbie si traducano in una effettiva parzialità nello svolgimento della funzione giurisdizionale. Ciò nonostante, trattasi di comportamenti che possono quantomeno sollevare un sospetto di parzialità, pregiudicando così l'*immagine di imparzialità* che i giudici devono restituire di sé al pubblico[7]. In altri termini, «*[...] it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*»[8]. Tale principio trova conferma nella giurisprudenza della Corte

connotato da una certa politicità. Diversi sono gli elementi che contribuiscono a tale risultato: le modalità di nomina dei *Justices*; la previsione di un mandato a vita; della stringente selezione dei casi tramite *writ of certiorari*; la possibilità di scrivere opinioni concorrenti o dissenzienti. A ciò, si aggiunge anche il ruolo che la Corte si è ritagliata nell'ambito della forma di governo statunitense attraverso l'interpretazione delle sopracitate *doctrines of justiciability*. Invero, non manca chi ritiene che la pronuncia dei giudici in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) abbia aperto la strada ad un marcato attivismo giudiziario, che sfocerebbe in una vera e propria forma di *judicial supremacy*. Sul punto si veda, per tutti, R. E. Barkow, *More Supreme than Court – The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, 2002, 102(2), p. 237 ss.

[7] L'espressione è tratta da R. Bin, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2009, p. 4015 ss., 4017-4018.

[8] Così R. *v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, 259. Il principio secondo cui «*justice should not only be done, but should be seen to be done*» è fatto proprio anche dall'Alta Corte d'Australia, dalla Corte Suprema del Canada e dalla Corte Suprema della Nuova Zelanda; cfr., rispettivamente, *Ebner v. The Official Trustee in Bankruptcy*, [2000] HCA 63, § 147; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 SCR 259, 288-291; *Muir v. Commissioner of Inland Revenue*, [2007] 3 NZLR 495, 508-509. La Corte di Strasburgo – nel valutare l'ambito di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – richiama la massima inglese in numerose sue decisioni; cfr., a titolo meramente esemplificativo, C. Eur. Dir. Uomo, 28 giugno 1984, ric. 7819/77 e 7878/77, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 81; C. Eur. Dir. Uomo, 26 ottobre 1984, ric. 9186/80, *De Cubber c. Belgio*, § 26; C. Eur. Dir. Uomo, 15 ottobre 2009, ric. 17056/06, *Micallef c. Malta*, § 98; C. Eur. Dir. Uomo, 23 aprile 2015, ric. 29369/10, *Morice c. Francia*, § 78; C. Eur. Dir. Uomo, 2 giugno 2016, ric. 45959/09, *Mitrov c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, § 48. La giurisprudenza della Corte EDU è altresì richiamata dalle corti costituzionali europee; a titolo esemplificativo si veda STC 145/1988, § 5 (Spagna); C.C., 13 octobre 2011, n°155/2011, § B.4. (Belgio). Anche la nostra Corte costituzionale ha riconosciuto la centralità che l'immagine esteriore assume nel garantire un giudice indipendente ed imparziale; cfr. Cost., 12 febbraio 1969, n. 15, punto 1 del *Considerato in diritto*, per cui «[...] la Corte si configura come altissimo organo di garanzia dell'ordinamento repubblicano, ad essa spettando in via esclusiva e con effetti definitivi far concretamente valere l'imperio della Costituzione nei confronti di tutti gli operatori costituzionali. Ed è chiaro che

Suprema statunitense[9], che tuttavia pare mostrare una limitata sensibilità e proattività, ribadendo il suo impegno nel rispetto di princìpi di condotta professionale per lo più in risposta alle preoccupazioni della società civile suscitate dal giornalismo d'inchiesta e *watchdog groups*[10]. Soprattutto, sebbene alcuni commentatori abbiano suggerito che i *Justices* assumessero un ruolo guida nell'affermazione di standard etici per i titolari della funzione giurisdizionale[11], la Corte Suprema si segnala per essere esclusa dall'ambito di applicazione del Codice etico predisposto per gli altri giudici federali[12].

---

compiti siffatti postulano che l'organo cui sono affidati sia collocato in posizione di piena ed assoluta indipendenza rispetto ad ogni altro, in modo che ne risultino assicurate sotto ogni aspetto – *anche nelle forme esteriori* – la più rigorosa imparzialità e l'effettiva parità rispetto agli altri organi immediatamente partecipi della sovranità» (enfasi aggiunta). Più di recente si veda Cost., 4 luglio 2018, n. 170, punto 4 del *Considerato in diritto* e Cost., 23 gennaio 2019, n. 66, punto 8 del *Considerato in diritto*. Il principio dell'apparenza di imparzialità è fatto proprio anche dal Codice etico per i giudici del Tribunale costituzionale federale tedesco, il cui primo articolo prevede che «*[i]n all matters, both official and unofficial, the Justices of the Federal Constitutional Court conduct themselves in a way that does not compromise the reputation of the Court, the dignity of their office or confidence in their independence, impartiality, neutrality and integrity*» (traduzione fornita dallo stesso *Bundesverfassungsgerichts*). Giova infine rammentare che i Princìpi di condotta giudiziaria di Bangalore, nell'identificare indipendenza, imparzialità, integrità, correttezza, uguaglianza, competenza e diligenza quali valori che dovrebbero guidare la vita personale e il lavoro del giudice, pongono enfasi sull'apparenza di imparzialità dei titolari della funzione giurisdizionale come elemento essenziale per una corretta amministrazione della giustizia; cfr. § 1.3. («*A judge shall not only be free from inappropriate connections with, and influence by, the executive and legislative branches of government, but must also appear to a reasonable observer to be free therefrom*»); § 2.5. («*A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge is unable to decide the matter impartially*»); e, infine, § 4 («*Propriety, and the appearance of propriety, are essential to the performance of all of the activities of a judge*»).

[9] Cfr. *Offutt v. United States*, 348 U.S. 11, 14 (1954) («*[...] justice must satisfy the appearance of justice*»).

[10] È il caso della relazione annuale di fine anno predisposta dal *Chief Justice* Roberts per il 2011 – anno in cui diverse testate giornalistiche avevano evidenziato la sussistenza di significative lacune nelle dichiarazioni finanziarie presentate dal giudice associato Clarence Thomas; cfr. J. G. Roberts, *2011 Year-End Report on the Federal Judiciary*, 2011, reperibile sul sito web istituzionale *supremecourt.gov*. Sul punto si veda *infra* § 3.4.

[11] Così si esprime, ad esempio, S. A. Ifill, *Do Appearances Matter: Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore*, in *Maryland Law Review*, 2002, 61(3), p. 606 ss., 610 che – con riferimento all'istituto della ricusazione – rileva come «*Justices on the Supreme Court have a special obligation to provide leadership and guidance to judges and the bar in avoiding the appearance of bias*».

[12] Sul punto si veda *infra* § 3.4.

Tanto premesso, il presente contributo si propone di fornire un quadro quanto più esaustivo del dato fattuale e normativo nel quale si inserisce la proposta di un codice di condotta per la corte di ultima istanza del sistema federale – che, come si avrà modo di illustrare di qui a poco, risulta accompagnata da un folto corollario di prescrizioni in materia di ricusazione, obblighi di trasparenza e *amici curiae*[13]. Nel farlo, non può ignorarsi come il tema dell'etica professionale tocchi i punti nevralgici di una corretta amministrazione della giustizia in un ordinamento democratico: dalla separazione dei poteri all'indipendenza del potere giudiziario; dall'integrità e *accountability* dei titolari della funzione giurisdizionale alla fiducia dei cittadini in un giudizio che sia terzo e neutrale[14]. Ancora oggi,

[13] Cfr. *infra* § 5.1.

[14] In proposito, giova rammentare come indipendenza e responsabilità del magistrato siano strettamente correlate l'una all'altra. Nelle parole di A. D'Aloia, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in *Forum Costituzionale*, 29 marzo 2015, «l'indipendenza *ha bisogno* della responsabilità, *è* anche responsabilità, e anzi questa è un aspetto non secondario della credibilità e dell'autorevolezza della funzione giurisdizionale». Trattasi, in altri termini, di due facce della stessa medaglia; cfr. S. B. Burbank, *The Architecture of Judicial Independence*, in *Southern California Law Review*, 1999, 72(2&3), p. 315 ss. e S. Turenne, *Judicial Independence and Judicial Accountability: Two Sides of the Same Coin*, in S. Shetreet – W. McCormack (eds.), *The Culture of Judicial Independence in a Globalised World*, Boston, 2016, p. 48 ss. La maggiore o minore apertura alla responsabilità del giudice è tradizionalmente legata al modello di organizzazione della giustizia adottato dall'ordinamento giuridico di riferimento: un modello burocratico, che recluta i magistrati tramite concorso e li colloca nell'ambito di una struttura gerarchica ed aperta alla carriera, è più incline alla previsione di profili di responsabilità rispetto ad un modello professionale, in cui i giudici sono selezionati tra i giuristi più esperti sulla base delle capacità e preferenze politiche. Sul punto cfr. V. Vigoriti, *Professionalità e responsabilità del magistrato: sistemi dei paesi anglosassoni e dell'Europa continentale*, in *Il Foro Italiano*, 1986, 109(11), p. 451 ss. Trattasi comunque di uno schema che ha carattere meramente indicativo. Peraltro, il rafforzamento del ruolo dei giudici che caratterizza l'età contemporanea – che, talvolta, sfocia in periodi di c.d. attivismo giudiziario – favorisce la tensione tra indipendenza e responsabilità del magistrato. Cfr. M. Andenas – D. Fairgrieve, *Judicial Independence and Accountability: National Traditions and Standards*, in G. Canivet – M. Andenas – D. Fairgrieve (eds.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, London, 2006, p. 3 ss.; A. Peri, *Judicial Independence vs. Judicial Accountability. Judicial Selection Models for Constitutional Courts. A Comparative Analysis*, in *Comparative Law Review*, 2012, 3(1), p. 1 ss; M. Tushnet, *Judicial Accountability in Comparative Perspective*, in N. Bamforth – P. Leyland (eds.), *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, 2013, p. 57 ss.; S. Shetreet – S. Turenne, *Judges on Trial: The Independence and Accountability of the English Judiciary*, Cambridge, 2013, p. 2 ss. Sul punto si veda anche M. Cappelletti, *Who Watches*

dunque, appare valida la domanda che si poneva MacKenzie ormai quasi cinquant'anni fa: «*But how can we make sure that judges behave themselves? How can we compel them to engage only in conduct that enhances their independence, without curbing that independence as we do so?*»[15].

2. *Sospetti di lungo corso sull'immagine di imparzialità e indipendenza della Corte Suprema*

Tra i diversi fattori che hanno contribuito al dibattito circa l'adozione di un codice etico per la Corte Suprema, particolare rilevanza hanno assunto le controverse condotte e frequentazioni private – rivelate al pubblico da recenti indagini giornalistiche – del giudice associato Clarence Thomas, considerate da esponenti politici e società civile in evidente contrasto con l'immagine di imparzialità ed indipendenza richiesta agli esercenti la funzione giurisdizionale.

Segnatamente, un'inchiesta pubblicata nei primi giorni dell'aprile 2023 dall'organizzazione senza scopo di lucro *ProPublica* ha posto l'attenzione sul rapporto di amicizia ormai ventennale che lega il Giudice e sua moglie al miliardario Harlan Crow, imprenditore edile e storico finanziatore del Partito Repubblicano[16]. In particolare, Thomas risulta aver accettato da

the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility, in *The American Journal of Comparative Law*, 1983, 31(1), p. 1 ss., 9, in cui l'Autore offre un'analisi degli elementi di complessità che caratterizzano l'esercizio del potere giudiziario in epoca contemporanea, concludendo che «*[...] the peculiarity of the human problem of judicial responsibility in our time is, then, merely that of the special sensitiveness and acuteness of the problem itself, a peculiarity that is essentially causes by the expansion of the judicial function*». Nel contesto statunitense non mancano voci che hanno letto il rapporto tra indipendenza e responsabilità dei giudici federali alla luce del principio di separazione dei poteri, declinato secondo il sistema dei pesi e contrappesi. Così, l'indipendenza attribuita al potere giudiziario – garantita dall'art. III, sec. 1, della Costituzione nella misura in cui questo prevede che i giudici federali non possano essere rimossi «*during good behavior*» e che il loro stipendio non possa essere ridotto – è controbilanciata dai poteri che la legge fondamentale delega al potere legislativo, anche al fine di promuovere la responsabilità dei magistrati. Cfr. J. A. Ferejohn – L. D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, in *New York University Law Review*, 2002, 77(4), p. 962 ss., 975.

[15] Così J. P. MacKenzie, *op. cit.*, p. 36.

[16] Cfr. J. Kaplan – J. Elliott – A. Mierjeski, *Clarence Thomas and the Billionaire*, in *ProPublica*, 6 aprile 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*. L'inchiesta pone altresì

Crow numerosi regali – tra i quali la copertura totale delle spese per una serie di viaggi di lusso, con tratte percorse con il suo jet privato, così come traversate a bordo del suo yacht – senza averne fatta menzione alcuna nell'adempimento degli obblighi di trasparenza a lui imposti in materia di regali, rimborsi e compensi dalla legge federale[17]. Allo stesso tempo,

l'accento sulla quantità e la rilevanza economica dei regali ricevuti nel corso degli anni da Clarence Thomas da parte della famiglia Crow – regali tra i quali si segnala, tra i più significativi, una Bibbia dal valore di diciannovemila dollari, un tempo appartenuta al politico e scrittore Frederick Douglass, e un busto di Abraham Lincoln dal valore di quindicimila dollari. Sebbene di questi ultimi il Giudice abbia dato contezza nel *financial disclosure* predisposto per l'anno 2001, gli episodi sollevano comunque perplessità circa l'immagine di imparzialità e correttezza che Thomas è chiamato a mantenere in quanto giudice associato della Corte Suprema degli Stati Uniti. Inoltre, nell'agosto 2023, un'inchiesta del *The New York Times* ha rivelato che, nel 1999, Clarence Thomas ha ricevuto un prestito di oltre 267,000 dollari dall'uomo d'affari e filantropo Anthony Welters per l'acquisto di un camper di lusso. I termini dell'accordo prevedevano un tasso di interesse annuo del 7,5%, ma nessun obbligo di rimborso del capitale. In altri termini, il giudice Thomas era tenuto esclusivamente al pagamento di un interesse annuo di poco superiore ai ventimila dollari. Nel 2004, alla scadenza del prestito, Welters ha concesso al Giudice una proroga di dieci anni e, questo, nonostante l'anno precedente Thomas avesse ricevuto cinquecentomila dollari di anticipo, su un totale di un milione e mezzo di dollari, per la sua autobiografia. Sebbene non sia chiaro quale cifra il Giudice abbia complessivamente restituito a Welters, secondo la testata giornalistica la maggior parte del debito sarebbe stato rimesso nel 2008. Cfr. J. Becker – J. Tate, *Justice Clarence Thomas's $267230 RV and the Friend Who Financed It*, in *The New York Times*, 5 agosto 2023, reperibile sul sito web *nytimes.com*. A tali conclusioni è pervenuta anche la Commissione Finanze del Senato a seguito di un'indagine condotta dopo la pubblicazione dell'inchiesta da parte del *The New York Times*; cfr. *Memorandum from Finance Committee Democratic Staff to Chairman Ron Wyden, Senate Committee on Finance*, 25 ottobre 2023, reperibile sul sito istituzionale della Commissione Finanze del Senato all'indirizzo *finance.senate.gov*. Il memorandum evidenzia come, secondo le norme fiscali, l'estinzione del prestito comporta l'inclusione del *quantum* non restituito nel reddito imponibile. Tuttavia, il mancato riferimento alla remissione del debito nel *financial disclosure* predisposto per il 2008 solleva dubbi sul fatto che il Giudice abbia correttamente riportato il relativo reddito sulla dichiarazione dei redditi.

[17] Come si avrà modo di specificare di qui a poco, i giudici e gli altri funzionari federali chiamati a presentare una relazione annuale ai sensi dell'*Ethics in Government Act* del 1978 non sono obbligati a rivelare «*any food, lodging, or entertainment received as personal hospitality of an individual [...] and any gift with a fair market value of $100 or less*» (cfr. 5 U.S.C. § 13014(a)(2)(A)). L'esenzione – che comunque non include espressamente le spese di trasporto – non si estende tuttavia ai regali ricevuti dal coniuge o da un figlio a carico che non siano totalmente indipendenti dalla relazione personale che li lega alla persona dichiarante, ovvero il giudice. In tal caso, quest'ultimo è chiamato a dichiarare chi ha

l'inchiesta ha evidenziato come il Giudice e sua moglie risultino trascorrere annualmente soggiorni presso il resort privato di Crow, entrando qui in contatto con dirigenti, attivisti e lobbisti del mondo repubblicano e conservatore. In particolare, *ProPublica* cita esponenti dell'*American Enterprise Institute* (AEI), un *think tank* che promuove i princìpi dell'iniziativa economica privata e del libero mercato, e Leonard Leo, copresidente della *Federalist Society for Law and Public Policy Studies* (*FedSoc*), associazione senza scopo di lucro che sostiene un'interpretazione del testo costituzionale fondata sulle teorie dell'originalismo e del testualismo. Come si avrà modo di illustrare di qui a poco, simili frequentazioni gettano ombre sull'immagine di imparzialità e correttezza di Thomas nella misura in cui organizzazioni non governative e gruppi di ricerca partecipano regolarmente al processo che si svolge dinanzi alla Corte Suprema nella veste di *amici curiae*[18].

Successivamente alla pubblicazione dell'inchiesta, l'Ufficio relazioni con il pubblico della Corte Suprema ha inoltrato agli organi di stampa una dichiarazione di Clarence Thomas. Il Giudice ha rammentato come nella fase iniziale della sua carriera «*[he] was advised that this sort of personal hospitality from close personal friends, who did not have business before the Court, was not reportable*», impegnandosi comunque a rispettare le linee guida per la compilazione dei *financial disclosures* così come emendate nel marzo 2023 dalla *Judicial Conference of United States*[19]. Anche Harlan Crow e sua moglie hanno negato pubblicamente di aver mai esercitato pressioni sul Giudice in merito a questioni di rilevanza giuridica e politica, escludendo altresì che Thomas possa aver subito ingerenze indebite da parte dei loro ospiti. Nei mesi successivi, tuttavia, ulteriori approfondimenti hanno rivelato l'acquisto, da parte di Crow, di proprietà immobiliari intestate a Thomas e alla sua famiglia[20]. Ancora, il miliardario risulta aver coperto il pagamento

effettuato il regalo e a fornire una breve descrizione del trasporto, alloggio, vitto o intrattenimento ricevuto, così come una breve descrizione e il valore di altri eventuali regali (cfr. 5 U.S.C. § 13104(e)).

[18] Cfr. *infra* § 6.

[19] Cfr. J. Kaplan – J. Elliott – A. Mierjeski, *Clarence Thomas Defends Undisclosed "Family Trips" With GOP Megadonor. Here Are the Facts*, in *ProPublica*, 7 aprile 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*. Sulle linee guida adottate dalla *Judicial Conference of the United States* nel marzo del 2023 si veda *infra* § 3.1.

[20] Cfr. J. Elliott – J. Kaplan – A. Mierjeski, *Billionaire Harlan Crow Bought Property From Clarence Thomas. The Justice Didn't Disclose the Deal*, in *ProPublica*, 13 aprile 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*.

delle quote di iscrizione a prestigiose scuole private per il pronipote del *Justice*, del quale quest'ultimo ha la custodia legale sin dall'infanzia[21]. Così, nel giugno 2023, Thomas ha richiesto una proroga per la predisposizione della dichiarazione annuale che è tenuto a presentare ai sensi dell'*Ethics in Government Act*[22].

La dura reazione di società civile e politica non ha tardato ad arrivare. *Watchdog groups* come *Citizens for Responsibility and Ethics in Washington* (CREW) e *Campaign Legal Center* (CLC) hanno sollecitato le dimissioni del Giudice ed il suo deferimento al Procuratore generale degli Stati Uniti al fine di accertare eventuali violazioni dell'*Ethics in Government Act* e, nel caso di esito positivo delle indagini, comminare opportune sanzioni civili e penali[23].

---

[21] Cfr. J. Kaplan – J. Elliott – A. Mierjeski, *Clarence Thomas Had a Child in Private School. Harlan Crow Paid the Tuition*, in *ProPublica*, 4 maggio 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*. Tale circostanza desta maggiori perplessità nel momento in cui si considera che nel *financial disclosure* predisposto per l'anno 2002 il giudice Thomas aveva invece dichiarato la ricezione di una somma di denaro pari a cinquemila dollari da parte di Earl e Louise Dixon, descritta nei termini di un «*education gift to Mark Martin*».

[22] La dichiarazione annuale per l'anno 2022 di Clarence Thomas – completata in data 9 agosto 2023 – è stata resa nota al pubblico solo di recente. Nel suo *financial disclosure*, il giudice Thomas offre una inusuale spiegazione delle precedenti omissioni nella sezione «*additional information and explanations*», con riferimento ai soggiorni offerti da Harlan Crow, per il 2022, e ai conti bancari suoi e di sua moglie e all'acquisto di una proprietà immobiliare da parte del miliardario, per gli anni precedenti. In particolare, il documento offre contezza di tre diversi soggiorni finalizzati alla partecipazione a conferenze in cui trasporto e/o vitto e alloggio sono stati coperti da Crow. Soprattutto, il ricorso a mezzi di trasporto privati viene giustificato da cattive condizioni meteo – così per il volo di ritorno da Dallas, Texas del 5 febbraio 2022 – e da esigenze di sicurezza emerse a seguito del *leak* della bozza dell'opinione in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. __ (2022) – invocate con riferimento ad un viaggio di andata e ritorno per Dallas, Texas nel maggio 2022. È interessante osservare come i suddetti soggiorni siano indicati nella sezione del form intitolata ai rimborsi e non in quella specificamente dedicata ai regali – e questo, secondo quanto asserito da Thomas, «*according to advice from the staff of the Judicial Conference Financial Disclosure Committee*». La dichiarazione non fa menzione alcuna del pagamento della retta scolastica per il pronipote, mentre spiega il mancato riferimento alla transazione immobiliare tra lui e Crow – una voce, quest'ultima, che il dichiarante «*inadvertently failed to realize that [...] triggered a new reportable transaction*». Il Giudice tiene comunque a specificare che la vendita è risultata in una perdita in conto capitale. In generale, dalle parole di Thomas emerge una certa enfasi sul ruolo guida assunto dalla *Committee on Financial Disclosure*, che lo stesso riferisce aver consultato in occasione della predisposizione sia delle dichiarazioni precedenti che per quella specifico oggetto di discussione.

[23] Sul punto si veda, in particolare, *infra* § 3.1.

La rappresentante Ocasio-Cortez ha inoltre chiesto che Clarence Thomas venisse sottoposto al procedimento di *impeachment* ai sensi del terzo articolo della Costituzione. Allo stesso tempo, i democratici hanno invitato il Presidente Roberts a comparire dinnanzi alla Commissione Giustizia del Senato per discutere di eventuali riforme – invito che il *Chief Justice* ha respinto invocando la necessità di garantire l'indipendenza del giudiziario e la separazione tra i poteri[24]. Giova peraltro evidenziare come Roberts abbia allegato alla lettera di risposta un inusuale *Statement on Ethics Principles and Practices*, sottoscritto da lui e da tutti i giudici associati, in cui ha giustificato l'approccio della Corte Suprema all'etica richiamando «*a wide variety of authorities*», come sentenze, contributi della dottrina, provvedimenti disciplinari e la prassi per come emersa nella storia del giudice di ultima istanza e, più in generale, della magistratura federale. Il documento menziona altresì la possibilità di consultare l'Ufficio Affari Legali della Corte e di ricercare il confronto con i colleghi. Sebbene la dichiarazione non aggiunga niente di nuovo rispetto a quanto già precedentemente reso noto in occasione della relazione di fine anno predisposta per il 2011[25], lo *Statement* fornisce l'immagine di una Corte – spesso ideologicamente frammentata – che fa fronte comune rispetto alle recenti controversie che hanno coinvolto alcuni dei suoi componenti.

Tanto premesso, giova rammentare come il giudice Thomas non sia nuovo a controversie di questo tipo. Nominato nel 1991 dal Presidente George H. W. Bush, fu infatti confermato dal Senato dopo un discusso *confirmation hearing*, non solo a causa delle posizioni conservatrici espresse in materia di azioni positive ed aborto dal candidato – che, si rammenta, andava a sostituire Thurgood Marshall, paladino dei diritti civili prima come avvocato della NAACP e poi come giudice associato della Corte Suprema –, ma anche per le accuse di molestie sessuali mosse nei suoi confronti dalla Professoressa e collega Anita Hill[26]. Inoltre, nel corso degli anni particolare

[24] Cfr. *Letter from Richard J. Durbin to the Hon. John G. Roberts, Jr., Chief Justice of the Supreme Court of the United States*, 20 aprile 2023, e *Letter from John G. Roberts, Jr., to the Hon. Richard J. Durbin, Chair, Committee on the Judiciary of the United States Senate*, 25 aprile 2023, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Commissione Giustizia del Senato all'indirizzo *judiciary.senate.gov*.

[25] Sul punto si veda, in particolare, *infra* § 3.4.

[26] Clarence Thomas fu confermato con 52 voti a favore e 48 voti contrari. La frattura che la sua nomina determinò in Senato appare del tutto evidente nel momento

attenzione hanno destato le attività di *lobbying* svolte regolarmente dalla moglie Virginia, "Ginni", Thomas. La donna ha infatti ricoperto ruoli di spessore nella *Heritage Foundation* – organizzazione senza scopo di lucro che dalla Presidenza Reagan ha iniziato a collaborare a stretto contatto con gli esecutivi repubblicani –, impegnandosi attivamente nel reclutamento di funzionari governativi nel momento in cui l'esito delle presidenziali del 2000 era ancora incerto. In tale occasione, dottrina, esponenti politici e società civile non mancarono di osservare come Thomas non si fosse astenuto dal giudicare nella causa *Bush v. Gore*, che, escludendo il riconteggio delle schede elettorali nello Stato della Florida, consegnò di fatto la vittoria a George W. Bush[27]. Ancora, Ginni Thomas ha fondato l'organizzazione non

in cui si considera che, all'epoca, i *Justices* della Corte Suprema erano usualmente confermati all'unanimità o con il sostegno di una larghissima maggioranza bipartisan. A partire dalla nomina del *Chief Justice* Roberts – 78 voti a favore e 22 contrari – si registra tuttavia una crescente polarizzazione nella nomina e conferma dei componenti della corte di vertice del sistema giudiziario federale: Samuel Alito è stato confermato con 58 voti a favore e 42 contrari; Sonia Sotomayor con 68 voti a favore e 31 contrari; Elena Kagan con 63 voti a favore e 37 contrari; Neil Gorsuch con 54 voti a favore e 45 contrari; Brett Kavanaugh con 50 voti a favore e 48 contrari; Amy Coney Barrett con 52 voti a favore e 48 contrari; Ketanji Brown Jackson con 53 a favore e 47 contrari. A queste logiche di polarizzazione sembrano comunque sfuggire le nomine degli anni Novanta: dopo Thomas, seguirono Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer, entrambi confermati quasi all'unanimità – rispettivamente, 96 voti a favore e 3 contrari; 87 voti a favore e 9 contrari. A seguito della conferma di Thomas, non mancarono voci in dottrina che proposero una modifica del processo di nomina e conferma dei giudici federali al fine di valorizzare il ruolo consultivo del Senato, pur garantendo l'autonomia e l'indipendenza del Presidente nella scelta del candidato. Cfr. G. H. Reynolds, *Taking Advice Seriously: An Immodest Proposal for Reforming the Confirmation Process*, in *Southern California Law Review*, 1992, 65(3), p. 1577 ss. Si veda anche M. J. Gerhardt, *Divided Justice: A Commentary on the Nomination and Confirmation of Justice Thomas*, in *The George Washington Law Review*, 1992, p. 969 ss., secondo il quale il processo di nomina e conferma «*[...] failed with respect to Justice Thomas because many of the decisionmakers did not strive to ensure the appointment of a justice with the appropriate professional credentials, integrity, judicial temperament and philosophy, and grounding in constitutional law*». La vicenda suscitò altresì numerosi commenti anche nell'ambito degli studi di genere; a titolo esemplificativo, si veda J. Resnik, *Hearing Women*, in *Southern California Law Review*, 1992, 65(3), p. 1333 ss. e K. A. Taylor, *Invisible Woman: Reflections on the Clarence Thomas Confirmation Hearing*, in *Stanford Law Review*, 1993, 45(2), p. 443 ss.

[27] *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Clarence Thomas non è tuttavia l'unico membro della Corte Suprema la cui partecipazione alla controversia elettorale è stata oggetto di contestazione. Diverse testate giornalistiche evidenziarono infatti come anche i figli di Antonin Scalia fossero legati alla vicenda: da un lato, il figlio Eugene era partner dello

governativa *Liberty Central*, affiliata al così detto *tea party movement* e particolarmente critica nei confronti dell'amministrazione Obama – e,

studio legale *Gibson, Dunn, and Crutcher*, di cui faceva parte l'avvocato che aveva difeso Bush in *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board et al.*, 531 U.S. 70 (2000) e *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000); dall'altro, il figlio John aveva recentemente accettato un'offerta di lavoro presso la sede di Washington dello studio legale *Greenberg Traurig*, in cui praticava l'avvocato che aveva difeso Bush dinanzi alla Corte Suprema della Florida in *Palm Beach County Canvassing Board v. Harris*, 772 So. 2d 1220 (Fla. 2000). Perplessità emersero anche dinanzi alla condotta tenuta da Sandra Day O'Connor nel corso della notte elettorale; risulta invero che la Giudice abbia manifestato preoccupazione per la possibile vittoria di Al Gore in quanto intenzionata ad avanzare richiesta di pensionamento nel solo caso in cui fosse stata sostituita da un giudice di estrazione repubblicana. Giova comunque rilevare che la dottrina non è concorde nel riconoscere nel caso di specie una violazione della legge federale in materia di ricusazione. Secondo W. Sinnott-Armstrong, *Recusal and Bush v. Gore*, in *Law and Philosophy*, 2002, 21(2), p. 221 ss., sia Thomas che Scalia erano nella posizione di ricusarsi secondo quanto previsto dalla Sezione 455(b)(5)(iii) del Titolo 28 dello *United States Code*, secondo cui un giudice deve ricusarsi qualora lui, il coniuge, un familiare entro il terzo grado di parentela o il coniuge di quest'ultimo siano titolari di un interesse che potrebbe essere sostanzialmente influenzato dall'esito del procedimento. Con particolare riferimento a Scalia, l'Autore osserva che – sebbene i figli del Giudice non fossero direttamente coinvolti nella controversia – i due avrebbero in ogni caso tratto beneficio, seppure in maniera indiretta e mediata, da una sentenza a favore di Bush e, questo, perché i rispettivi studi legali ne avrebbero giovato in termini di reputazione, di clientela e di miglioramento delle condizioni economiche dello studio e dei singoli avvocati. In ogni caso – rammenta Sinnott-Armstrong – la legge richiede al giudice di ricusarsi in qualsiasi procedimento in cui la sua imparzialità possa essere ragionevolmente messa in dubbio (cfr. 28 U.S.C. § 455(a)). Dunque, secondo l'Autore, «*the reasonableness of suspicion*» sarebbe stata sufficiente per imporre a Scalia la ricusazione. Nel senso della ricusazione di Thomas, Scalia e O'Connor si esprimono anche S. A. Ifill, *Do Appearances* Matter, cit., p. 629 ss. e, per i soli Scalia e O'Connor, R. K. Neumann Jr., *Conflicts of Interest in Bush v. Gore: Did Some Justices Vote Illegally?*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2003, 16(3), p. 375 ss. Di parere contrario è J. M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*, in *The Yale Law Journal*, 2001, 110(8), p. 1407 ss., secondo il quale «*[n]either of these two conflicts is particularly important; at most they demonstrate that Scalia and Thomas are well connected to conservative elements within the Republican Party, which should surprise no one*». La peculiarità della vicenda avrebbe sicuramente imposto ai giudici una maggiore attenzione all'immagine di imparzialità e terzietà della Corte Suprema. In merito alla sentenza si veda, a titolo esemplificativo, E. Chemerinsky, *Bush v. Gore Was Not Justiciable*, in *Notre Dame Law Review*, 2001, 76(4), p. 1093 ss.; J. H. Choper, *Why the Supreme Court Should Not Have Decided the Presidential Election of 2000*, in *Constitutional Commentary*, 2001, 18(2), p. 335 ss.; L. M. Seidman, *What's So Bad About Bush v. Gore? An Essay on Our Unsettled Election*, in *The Wayne Law Review*, 2001, 47(3), p. 953 ss.; L. H. Tribe, *The Unberable Wrongness of Bush v. Gore*, in *Constitutional Commentary*, 2002, 19(3), p. 571 ss.; L. Weinberg, *When Courts Decide Election: The Constitutionality of Bush v. Gore*, in *Boston University Law Review*, 2002, 82(3), p. 609 ss.

questo, grazie al sostegno economico di Harlan Crow che, secondo i dati forniti da *Politico* nel 2011, avrebbe contribuito all'iniziativa con un capitale iniziale pari a mezzo milione di dollari[28]. Più recentemente, la moglie del Giudice ha sostenuto Donald Trump nella campagna elettorale del 2019, inviando personalmente e-mail ai governatori dell'Arizona e del Wisconsin – in cui il democratico Joe Biden era risultato vincitore –, invitandoli ad ignorare il voto popolare e a selezionare grandi elettori che supportassero il candidato repubblicano. Inoltre, il suo nome è comparso nelle inchieste effettuate dalla *House Select Committee* istituita a seguito dei fatti di Capitol Hill del 6 gennaio 2020[29]. Nel maggio 2023, il periodico *The Washington Post* ha rivelato che lo studio legale fondato dalla donna, *Liberty Consulting*, ha ricevuto su indicazione di Leonard Leo una cifra pari ad ottantamila dollari dall'organizzazione no-profit *Judicial Education Project* – comparsa dinanzi alla Corte Suprema qualche mese dopo la donazione nella veste di *amicus curiae* nel celebre caso *Shelby County v. Holder*[30].

[28] Cfr. K. P. Vogel – J. Bresnahan – M. Cogan, *Justice Thomas's wife now lobbyist*, in *Politico*, 4 aprile 2011, reperibile sul sito web *politico.com*.

[29] In merito a tali e-mail, Ginni Thomas è stata sentita dalla Commissione di inchiesta sull'assalto al Congresso del 6 gennaio 2020; cfr. *U.S. House of Representatives, Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the U.S. Capitol, 2022. Interview of Virginia L. Thomas. Hearing, 29 September* 2022.

[30] Cfr. E. Brown – S. Boburg – J. O'Connell, *Judicial activist directed fees to Clarence Thomas's wife urged 'no mention of Ginni'*, in *The Washington Post*, 4 maggio 2023, reperibile sul sito web *washingtonpost.com*. Nel caso *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013) la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità delle Sezioni 4(b) e 5 del *Voting Rights Act* del 1965, che imponeva un controllo preventivo da parte del governo federale – il così detto *preclearance* – sulla legislazione elettorale degli Stati e degli enti locali con un passato di discriminazione razziale. Scrivendo per la maggioranza, il *Chief Justice* Roberts ha evidenziato come l'individuazione delle giurisdizioni interessate fosse basata su «*decades-old data and eradicated practice*». In altri termini, «*[...] the conditions that originally justified these measures no longer characterize voting in the covered jurisdictions*». La vicenda ha attirato significativamente l'attenzione della società civile ed invero risulta che siano stati inoltrati ben quarantanove *amicus curiae briefs*, tra cui *Brief of the Judicial Education Project as* amicus curiae *in support of petitioner*, *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013) (No. 12-96). In merito alla sentenza *Shelby County v. Holder* si veda, a titolo esemplificativo, S. R. Bagenstos, *Universalism and Civil Rights (with Notes on Voting Rights after Shelby)*, in *The Yale Law Journal*, 2014, 123(8), p. 2838 ss.; J. Blacksher – L. Guinier, *Free at Last: Rejecting Equal Sovereignty and Restoring the Constitutional Right to Vote Shelby County v. Holder*, in *Harvard Law & Policy Review*, 2014, 8(1), p. 39 ss.; J. Greenbaum – A. Martinson – S. Gill, *Shelby County v. Holder: When the Rational Becomes Irrational*, in *Howard Law Journal*, 2014, 57(3), p. 811 ss.

Anche il giudice Thomas ha dimostrato scarsa trasparenza rispetto alle attività professionali della moglie. Nel corso del 2011, l'organizzazione senza scopo di lucro *Common Cause* ha lamentato pubblicamente, tramite una lettera indirizzata all'allora Segretario della *Judicial Conference of the United States*, il mancato riferimento alle entrate della donna derivanti dal suo rapporto con *Heritage Foundation* e, poi, con *Liberty Central* nelle dichiarazioni annuali presentate da Thomas[31] – circostanza a seguito della quale il Giudice associato ha dovuto procedere alla modifica delle relazioni inoltrate nei tredici anni precedenti[32].

Ciò detto, tuttavia, deve rammentarsi come Clarence Thomas non sia l'unico tra i giudici della Corte Suprema ad aver assunto nel tempo comportamenti discutibili – se non addirittura sanzionabili – da un punto di vista etico. Sempre nell'aprile 2023, *Politico* ha rivelato che il giudice Neil Gorsuch ha venduto una proprietà immobiliare all'amministratore delegato dello studio legale *Greenberg Traurig*[33] – parte di quella élite di professionisti altamente specializzati che oggi monopolizza, a titolo di parte o in qualità di *amicus curiae*, l'attività processuale che si svolge dinanzi alla Corte Suprema statunitense[34]. Anche Sonia Sotomayor è finita sotto i riflettori a seguito di

[31] Cfr. *Letter to James Duff on Virginia Thomas' Income*, reperibile sul sito web di *Common Cause*, *commoncause.org*.

[32] Cfr. J. Epstein, *Thomas revises disclosure forms*, in *Politico*, 24 gennaio 2011, reperibile sul sito web *politico.com*.

[33] Cfr. H. Przybyla, *Law firm head bought Gorsuch-owned property*, in *Politico*, 25 aprile 2023, reperibile sul sito web *politico.com*. Come vedremo di qui a poco, i funzionari federali sono tenuti a dichiarare l'acquisto, la vendita o la permuta di proprietà immobiliari il cui valore sia superiore ai mille dollari (cfr. 5 U.S.C. § 13104(a)(5)(A)).

[34] La dottrina statunitense ha da tempo evidenziato come studi legali, organizzazioni non governative senza scopo di lucro e cliniche legali affiliate ad importanti e prestigiose università abbiano contribuito alla creazione di un gruppo di professionisti – molti dei quali hanno conosciuto da vicino l'operato della Corte in qualità di *law clerks* o lavorando presso l'Ufficio dell'Avvocato generale degli Stati Uniti –, specializzati nella gestione delle cause che giungono dinanzi alla Corte Suprema. Sebbene allo stato attuale i membri del *Supreme Court Bar* siano oltre duecentocinquantamila, nella prassi solo un centinaio di avvocati compare frequentemente dinanzi alla Corte. Sul punto si veda, a titolo esemplificativo, K. T. McGuire, *Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success*, in *The Journal of Politics*, 1995, 57(1), p. 187 ss.; J. G. Roberts Jr., *Oral Advocacy and the Re-emergence of a Supreme Court Bar*, in *Journal of Supreme Court History*, 2005, 30(1), p. 68 ss.; R. J. Lazarus, *Advocacy Matters Before and Within the Supreme Court: Transforming the Court by Transforming the Bar*, in *The Georgetown Law Journal*, 2008, 96(5), p. 1487 ss.; J. L. Fisher, *A Clinic's Place in the Supreme Court Bar*, in *Stanford Law Review*, 2013,

una recente inchiesta pubblicata da *Associated Press News*, secondo cui la Giudice avrebbe utilizzato incontri organizzati presso istituti scolastici e biblioteche per promuovere la vendita dei suoi libri[35]. Ancora, *ProPublica* ha segnalato che nel corso del 2008 Samuel Alito ha trascorso un soggiorno in compagnia dell'imprenditore Paul Singer – fondatore e CEO della *NML Capital*, *offshore* della *Elliot Management Corporation* –, anche in questo caso con copertura totale delle spese di vitto, alloggio e trasporto a bordo di un jet privato[36]. Tra i presenti, compare nuovamente il nome di Leonard Leo della

65(1), p. 137 ss. L'emersione di una élite di professionisti specializzata nella conduzione di controversie dinanzi alla Corte Suprema assume rilevanza sotto almeno due diversi punti di vista. Innanzitutto, gli scienziati politici hanno da tempo riconosciuto come nel processo le parti abituali (i c.d. *repeat players*) abbiano maggiori possibilità di successo rispetto alle parti occasionali (i c.d. *one-shotters*). Cfr. M. Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, in *Law & Society Review*, 1974, 9(1), p. 95 ss. e – sempre dello stesso Autore – M. Galanter, *Delivering Legality: Some Proposals for the Direction of Research*, in *Law & Society Review*, 1976, 11(2), p. 225 ss. La parte abituale per eccellenza è indubbiamente il *Solicitor General* degli Stati Uniti; cfr. G. A. Caldeira – J. R. Wright, *Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court*, in *The American Political Science Review*, 1988, 82(4), p. 1109 ss.; H. W. Perry, Jr., *Deciding to Decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, 1991, p. 113 ss.; K. T. McGuire, *Explaining Executive Success in the U.S. Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, 1998, 51(2), p. 505 ss. Al giorno d'oggi, tuttavia, è difficile negare che un circoscritto numero di studi legali abbia assunto a sua volta la qualità di *repeat player*. In secondo luogo, può tracciarsi un legame tra l'emersione del *Supreme Court Bar* e l'incremento degli *amicus curiae briefs* inoltrati nei casi pendenti dinanzi alla Corte Suprema, per cui avvocati di alto profilo collaborano gli uni con gli altri nei diversi stadi della preparazione di una causa chiedendo ai colleghi di predisporre memorie in qualità di «amico della corte» tanto nella fase del *certiorari* – incrementando le possibilità che il *cert* venga concesso e, così, plasmando effettivamente il ruolo della Corte Suprema –, quanto nella fase di merito. Dunque, è questa élite di professionisti che individua le voci della società civile che devono essere ascoltate dai giudici nel caso di specie, per poi associare gruppi di interesse, enti non governativi e soggetti istituzionali ad avvocati specializzati con l'obiettivo di aumentare le *chances* di successo della parte che intendono rappresentare in giudizio. Sul punto si veda, in particolare, A. O. Larsen – N. Devins, *The Amicus Machine*, in *Virginia Law Review*, 2016, 102(8), p. 1901 ss.

[35] Cfr. B. Slodysko – E. Tucker, *Supreme Court Justice Sotomayor's staff prodded colleges and libraries to buy her books*, in *Associated Press News*, 11 luglio 2023, reperibile sul sito web *apnews.com*.

[36] Cfr. J. Elliott – J. Kaplan – A. Mierjeski, *Justice Samuel Alito Took Luxury Fishing Vacation with GOP Billionaire Who Later Had Cases Before the Court*, in *ProPublica*, 20 giugno 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*.

Federalist Society. Inoltre, un viaggio analogo era stato organizzato qualche anno prima con la partecipazione del giudice Scalia[37].

La problematicità di tali frequentazioni appare evidente nel momento in cui si rammenta che, poco dopo aver offerto ospitalità ai due Giudici, la *NML Capital* fu protagonista di una causa giudiziaria dalle ripercussioni economiche assai rilevanti: il caso è *Republic of Argentina v. NML Capital*, in cui la maggioranza – nel riconoscere come il *Foreign Sovereign Immunities Act* non vietasse alle autorità federali di procedere alla c.d. *post-judgment discovery* – ha aperto la strada ad un rimborso milionario a favore della società per le obbligazioni e gli interessi che questa vantava nei confronti dell'Argentina[38]. L'opinione di maggioranza fu redatta da Antonin Scalia e sottoscritta, tra gli altri, anche dal giudice Alito[39].

---

[37] Così sempre J. Elliott – J. Kaplan – A. Mierjeski, *Justice Samuel Alito Took Luxury Fishing Vacation with GOP Billionaire Who Later Had Cases Before the Court*, cit.

[38] *Republic of Argentina v. NML Capital*, 573 U.S. 134 (2014).

[39] In seguito alla richiesta di chiarimenti avanzata da *ProPublica*, ma prima della pubblicazione dell'inchiesta, Samuel Alito ha negato ogni addebito tramite un articolo pubblicato sul *The Wall Street Journal*; cfr. S. A. Alito Jr., *Justice Samuel Alito: ProPublica Misleads Its Readers*, in *The Wall Street Journal*, 20 giugno 2023, reperibile sul sito web *wsj.com*. Il Giudice ha evidenziato la sporadicità dei rapporti con Singer, con il quale – oltre al viaggio del 2008 – avrebbe intrattenuto conversazioni in un numero particolarmente limitato di circostanze. La natura del rapporto, ha sostenuto Alito, non gli avrebbe pertanto imposto di ricusarsi in *Republic of Argentina v. NML Capital*, in quanto non in grado di integrare nemmeno una «*appearance of impropriety*», che, secondo gli standard adottati dalla Corte Suprema, sussiste «*when an unbiased and reasonable person who is aware of all relevant facts would doubt that the Justice could fairly discharge his or her duties*». Il Giudice ha peraltro negato di essere stato a conoscenza del legame tra Singer e la *NML Capital*, ricordando come sia solito sottoporre a scrutinio, con l'aiuto del suo staff, tutte le *petitions of certiorari* e i *corporate disclosure statements* richiesti dalle *Rules of the Supreme Court* al fine di individuare il coinvolgimento di soggetti la cui presenza dinnanzi alla Corte imporrebbe la sua ricusazione. Nel caso di specie, il nome di Singer non compariva in alcun documento sottoposto alla sua attenzione. Alito, inoltre, ha motivato il mancato riferimento alla vacanza di lusso offertagli da Singer nella relazione finanziaria presentata per l'anno 2008 citando il *Financial Disclosure Report* della *Judicial Conference of the United States* e la definizione fornita da quest'ultimo del termine «*hospitality*». Secondo il Giudice, quindi, è opinione diffusa tra i *Justices* che trasporto e alloggio offerti in occasione della partecipazione ad eventi di carattere sociale non debbano essere riportati nella relazione annuale. Giova comunque rammentare come, poco dopo la pubblicazione dell'inchiesta sul giudice Thomas, la Conferenza Giudiziaria abbia provveduto ad aggiornare il proprio regolamento in materia di *financial disclosures*; sul punto si veda *infra* § 3.1. Le tempistiche e le modalità di risposta di Alito sono state comunque ritenute senza precedenti; cfr. J.

3. *Il quadro normativo: una sintesi*

Al fine di comprendere la portata delle diverse proposte di legge introdotte al Congresso da democratici e repubblicani nel corso del 2023, può essere utile individuare gli aspetti più salienti del quadro normativo pensato per promuovere e valorizzare l'integrità, la rettitudine e l'imparzialità dei giudici federali.

Come si avrà modo di illustrare di qui a poco, la condotta dei titolari della funzione giurisdizionale è regolamentata innanzitutto da fonti di rango primario – segnatamente, l'*Ethics in Government Act*, il *Judicial Conduct and Disability Act*, e la Sezione 455 del Titolo 28 dello *United States Code* – che, nel disciplinare obblighi di trasparenza, meccanismi di reclamo e ipotesi di ricusazione, tracciano un filo conduttore tra etica e responsabilità del giudice, fiducia del cittadino nell'amministrazione della giustizia ed indipendenza della magistratura. A queste si aggiungono il Codice etico per i giudici delle corti federali inferiori e le linee guida dettate dalla Conferenza Giudiziaria, che – seppur non vincolanti per il *Chief Justice* e i *Justices* – rappresentano in linea di principio un importante punto di riferimento anche per la stessa Corte Suprema.

Residua, poi, l'istituto dell'*impeachment*, circoscritto secondo il dettato costituzionale ai casi di tradimento, di concussione o di altri gravi reati[40].

Eisinger – S. Engelberg, *Behind the Scenes of Justice Alito's Unprecedented Wall Street Journal Pre-buttal*, in *ProPublica*, 25 giugno 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*.

[40] Così recita l'articolo II, sez. 4 della Costituzione statunitense: «*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*». Giova rammentare come la dottrina statunitense si sia interrogata sul significato da attribuire all'espressione «*other high crimes and misdemeanors*». In particolare, R. Berger, *Impeachment for "High Crimes and Misdemeanors"*, in *Southern California Law Review*, 1971, 44(2), p. 395 ss. offre una ricostruzione storica della nozione che tiene conto sia dell'esperienza inglese che del dibattito accorso tra i Padri Fondatori in occasione della Convenzione di Philadelphia. Secondo l'Autore, «*[h]istory [...] does not require indictability as the basis for impeachment*». Così anche L. H. Tribe, *Defining High Crimes and Misdemeanors: Basic Principle*, in *George Washington Law Review*, 1999, 67(3), p. 712 ss., secondo cui «*it appears to be all but universally agreed that an offense need not be a violation of criminal law at all in order for it to be impeachable as a high crime or misdemeanor*». Tuttavia, non può tacersi come gli esponenti politici abbiano talvolta sostenuto un'interpretazione piuttosto lata dei presupposti dell'*impeachment*; cfr. in particolare 116 Cong. Rec. 11913 (1970), in cui il rappresentante Gerald Ford così si

Nella prassi, tuttavia, il procedimento ha raramente luogo – dal 1803 ad oggi si contano solo tredici casi di *impeachment*, di cui otto conclusisi con la condanna e, pertanto, con la conseguente rimozione dall'incarico e l'interdizione da qualsiasi carica onorifica, di fiducia o retribuita[41] – e accade di frequente che il giudice si dimetta prima che la messa in stato di accusa possa essere formulata dalla Camera dei rappresentanti[42]. Alcuni

esprime con riferimento al possibile *impeachment* del giudice associato della Corte Suprema William Douglas: «*[...] an impeachable offense is whatever a majority of the House of Representatives considers to be at a given moment in history*».

[41] In ordine cronologico, si segnalano gli *impeachment* dei giudici federali John Pickering (condannato); Samuel Chase (assolto); James H. Peck (assolto); West H. Humphreys (condannato); Charles Swayne (assolto); Robert W. Archbald (condannato); Harold Louderback (assolto); Halsted L. Ritter (condannato); Harry E. Claiborne (condannato); Alcee L. Hastings (condannato); Walter L. Nixon (condannato); infine, G. Thomas Porteous Jr. (condannato). Più particolare è il caso di Mark H. Delahay, messo in stato di accusa dalla Camera dei rappresentanti, ma dimessosi prima che il processo avesse effettivamente luogo davanti al Senato. Invero, non tutti i commentatori considerano Delahay nel computo dei casi di *impeachment* dei giudici federali. Sullo sviluppo dell'istituto e la sua applicazione rispetto al potere giudiziario si veda, in dottrina, W. Brown, *The Impeachment of the Federal Judiciary*, in *Harvard Law Review*, 1913, 26(8), p. 684 ss.; J. TenBroek, *Partisan Politics and Federal Judgeship Impeachment since 1903*, in *Minnesota Law Review*, 1939, 23(2), p. 185 ss.; P. B. Kurland, *The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History*, in *University of Chicago Law Review*, 1969, 36(4), p. 665 ss.; F. Thompson Jr. – D. H. Pollitt, *Impeachment of Federal Judges: An Historical Overview*, in *North Carolina Law Review*, 1970, 49(1), p. 87 ss.; J. D. Feerick, *Impeaching Federal Judges: A Study of the Constitutional Provisions*, in *Fordham Law Review*, 1970, 39(1), p. 1 ss.

[42] A titolo esemplificativo cfr. J. TenBroek, *op. cit.*, p. 194, che rammenta le dimissioni di George W. English, giudice federale per la Corte distrettuale per il Distretto orientale dell'Illinois; F. Thompson Jr. – D. H. Pollitt, *op. cit.*, p. 108 ss., in cui gli Autori ricordano le dimissioni di Martin Thomas Manton, giudice federale per la Corte distrettuale per il Distretto meridionale di New York; di John Warren Davis, giudice federale per la Corte distrettuale per il Distretto del New Jersey e di Albert T. Johnson, giudice federale per la Corte distrettuale per il Distretto centrale della Pennsylvania. Con particolare riferimento alle dimissioni dei giudici federali si veda anche E. Field Van Tassel, *Resignations and Removals: A History of Federal Judicial Service-and-Disservice*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 142(1), p. 333 ss., 336-337, in cui l'Autrice rileva come «*[s]ince the 1930s, the impeachment mechanism has fallen into disuse as Congress increasingly relies on Justice Department prosecutions or informal pressure from other sources to induce misbehaving judges to resign voluntarily, without resort to impeachment and trial*» e B. C. Kalt, *The Constitutional Case for Impeachability of Former Federal Officials: An Analysis of the Law, History, and Practice of Late Impeachment*, in *Texas Review of Law & Politics*, 2001, 6(1), p. 13 ss., 106 che, con riferimento all'*impeachment* di tutti i funzionari federali, osserva come «*[o]n numerous occasions, the target of an impeachment inquiry resigned before the House could take a vote. In every one of these cases [...] the House opted not to proceed*».

commentatori hanno dunque dubitato dell'efficacia, anche dissuasiva, dell'istituto, definendo l'*impeachment* «*cumbersome and unwieldy and […] no real deterrent to aberrant behavior*»[43].

3.1. *Gli obblighi di trasparenza imposti dall'*Ethics in Government Act

Nel 1978, a seguito dello scandalo Watergate, il Congresso statunitense ha approvato l'*Ethics in Government Act* (EIGA)[44] – poi modificato dall'*Ethics Reform Act* del 1989[45] –, del quale rimangono attualmente in vigore i titoli I, IV e V.

[43] Così E. D. Re, *Judicial Independence and Accountability: The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, in *Northern Kentucky Law Review*, 1981, 8(2), p. 221 ss., 253. Di opinione contraria è invece L. J. Virelli II, *Congress, the Constitution, and Supreme Court Recusal*, in *Washington and Lee Law Review*, 2012, 69(3), p. 1535 ss., 1587-1588, che rileva come «*[t]he benefits of impeachment in the Supreme Court recusal context are its clear constitutional legitimacy as a legislative check on the Judiciary and its effectiveness, both as a response to past recusal misconduct and as a deterrent against future misconduct by the Justices*».

[44] Cfr. *Ethics in Government Act*, Pub. L. No. 95-521, 92 Stat. 1824 (1978), «*an Act [...] to preserve and promote the integrity of public officials and institutions, and for other purposes*». In merito all'influenza che lo scandalo Watergate ha esercitato sul dibattito circa l'integrità dei funzionari publici si veda T. D. Morgan, *Quest for Equality in Regulating the Behavior of Government Officials: The Case of Extrajudicial Compensation*, in *George Washington Law Review*, 1990, 58(3), p. 488 ss., 492, e M. A. Adams – J. W. Barber – H. Herrera, *Ethics in Government*, in *American Criminal Law Review*, 1993, 30(3), p. 617 ss., 617.

[45] Cfr. *Ethics Reform Act*, Pub. L. No. 101-194, 103 Stat. 1716 (1989). Tra gli aspetti più salienti della modifica deve sinteticamente rammentarsi come la legge abbia vietato a senatori, rappresentanti, delegati, funzionari federali e dipendenti di ricevere alcun onorario durante il proprio mandato (cfr. 5 U.S.C. § 13143(b)). Gli onorari ricevuti per aver partecipato a conferenze, scritto articoli o in virtù della mera partecipazione a determinate attività rappresentavano all'epoca una delle principali fonti di guadagno per i funzionari federali – il cui salario fu invero aumentato a seguito della promulgazione della legge. Tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, alcuni esponenti del Partito Repubblicano suggerirono senza successo l'abrogazione del divieto con specifico riferimento ai giudici federali, per i quali già il *Chief Justice* Rehnquist aveva richiesto un aumento di stipendio nella relazione di fine anno predisposta per il 2000. Cfr. W. Rehnquist, *2000 Year-End Report on the Federal Judiciary*, 2000, reperibile sul sito web istituzionale *supremecourt.gov*. Alcuni hanno suggerito che dietro la proposta dei conservatori si celassero le pressioni dei *Justice*s e, in particolare, di Antonin Scalia. Sul punto si veda H. M. Clark, *The Supreme Court's Indecent Proposals: Repealing the Honoraria Prohibition of the Ethics in Government Act of 1978*, in *Cornell Law Review*, 2002, 87(6), p. 1475 ss., 1477.

L'*Act* ha un ambito di applicazione particolarmente ampio, sia dal punto di vista soggettivo – e, dunque, con riferimento agli individui chiamati a presentare regolarmente resoconti di carattere finanziario[46] –, che dal punto di vista oggettivo – ovvero avendo riguardo delle molteplici voci che i dichiaranti devono prendere in considerazione nel predisporre la relazione[47].

In particolare, il Presidente degli Stati Uniti, il Vice Presidente, i funzionari e i dipendenti del potere esecutivo, il *Postmaster General*, il *Deputy Postmaster General*, i rappresentanti, i senatori, i funzionari e i dipendenti del Congresso e tutti i giudici federali, compresi il Presidente e i giudici associati della Corte Suprema, sono chiamati a pubblicare – al momento dell'assunzione dell'incarico o, nel caso di funzionari nominati con il parere e consenso del Senato, prima dell'inizio dei *confirmation hearings*, e, poi, annualmente – una relazione che dia contezza, in maniera completa ed esaustiva, delle fonti di reddito diverse da quelle derivanti dall'impiego presso il governo degli Stati Uniti; delle donazioni effettuate a favore di enti di beneficenza in sostituzione degli onorari; dei dividendi, affitti, interessi e plusvalenze il cui importo sia superiore ai duecento dollari; dei diritti di proprietà o di uso nell'ambito di attività commerciali o imprenditoriali che abbiano un valore di mercato superiore ai mille dollari alla chiusura dell'anno solare precedente; delle passività superiori ai mille dollari; dell'acquisto, vendita o permuta di beni immobili, azioni, obbligazioni o

[46] Cfr. 5 U.S.C. § 13103(f) e 5 U.S.C. § 13101(10). L'applicazione dell'*Ethics in Government Act* anche ai titolari della funzione giurisdizionale trovò l'opposizione di alcuni giudici federali, i quali intentarono un'azione collettiva dinanzi alla Corte distrettuale per il Distretto Orientale della Louisiana – che, tuttavia, rilevando un difetto di giurisdizione, evitò di esprimersi nel merito della questione. La Corte di appello per il Quinto Circuito sostenne invece la costituzionalità della legge, evidenziando come l'imposizione di obblighi di trasparenza (anche) ai giudici federali rispondesse a rilevanti interessi governativi, correlati alla crescente richiesta di integrità e responsabilità per i pubblici ufficiali da parte della società civile. Cfr. *Duplantier v. United States*, 606 F.2d 654 (5th Cir. 1980), *cert. denied*, 449 U.S. 1076 (1981). In merito all'attitudine dei giudici federali rispetto all'imposizione di obblighi di trasparenza si veda anche M. A. Adams – J. W. Barber – H. Herrera, *op. cit.*, p. 628 che riferiscono di significativi ritardi nella presentazione delle dichiarazioni annuali da parte di giudici e funzionari di alto livello ancora negli anni Novanta.

[47] Cfr. 5 U.S.C. § 13104. Il contenuto della relazione differisce leggermente nel caso in cui il dichiarante sia stato recentemente assunto, eletto o nominato in attesa della conferma al Senato – ipotesi in cui è esclusa la dichiarazione di regali, rimborsi, transazioni aventi ad oggetto beni immobili, azioni, obbligazioni, e *blind trusts*.

altre forme di titoli di credito dal valore superiore ai mille dollari; delle posizioni che il dichiarante riveste come funzionario, amministratore, fiduciario, socio, rappresentante, dipendente o consulente presso società, associazioni senza scopo di lucro, organizzazioni sindacali o istituzioni educative; degli interessi derivanti da eventuali *blind trusts*.

Ai nostri fini, due sono le disposizioni che assumono particolare rilevanza – anche come parametro di valutazione delle condotte recentemente contestate a Clarence Thomas e, più in generale, ai giudici della Corte Suprema.

Innanzitutto, gli obblighi di trasparenza si estendono anche ai regali, definiti dalla legge come «*a payment, advance, forbearance, rendering, or deposit of money, or anything of value, unless consideration of equal or greater value is received by the donor [...]*»[48]. Il dichiarante è quindi tenuto a rendere conto dei regali ricevuti da persone diverse dai propri familiari il cui valore complessivo – ovvero riferito alla somma dei regali ricevuti – sia superiore ai quattrocentottanta dollari. Fanno eccezione vitto, alloggio o intrattenimento ricevuti a titolo di ospitalità personale da una persona fisica, così come i regali il cui valore di mercato, all'atto della consegna, sia pari o inferiore ai centosessantasei dollari[49]. Il dichiarante deve inoltre fornire l'identità della fonte e una breve descrizione – compresi l'itinerario, le date del viaggio e la natura delle spese sostenute – di eventuali rimborsi di cui ha usufruito e il cui valore sia superiore ai quattrocentottanta dollari[50].

Nel caso di Thomas, dunque, il problema risiede tanto nella tipologia di alcuni dei regali ricevuti – segnatamente, viaggi a bordo di mezzi di trasporto privati –, quanto nella natura del soggetto che ha effettivamente procurato gli stessi. *ProPublica* e *watchdog groups* come *Project of Government Oversight* (POGO) hanno infatti evidenziato come il jet e lo yacht forniti da Crow, così come almeno uno dei resort presso il quale Thomas e sua moglie

[48] Così 5 U.S.C. § 13101(5).

[49] Cfr. 5 U.S.C. § 13014(a)(2)(A). Nello stabilire la soglia di valore oltre la quale è obbligatorio denunciare i regali ricevuti, la norma richiama 5 U.S.C. § 7342(a)(5) – disposizione in materia di regali effettuati da parte di governi stranieri che prevede che il valore minimo ai fini di legge sia definito triennalmente, per riflettere le variazioni accorse all'indice dei prezzi al consumo, dall'*Administrator for General Services* di concerto con il Segretario di Stato. A partire dal 1° gennaio 2023, il valore minimo è stato fissato a $480.00; cfr. *Revision to Foreign Gift Minimal Value*, 88 Fed. Reg., 15398 (March 13, 2023).

[50] Cfr. 5 U.S.C. § 13014(a)(2)(B). Anche in questo caso il valore minimo è aggiornato ogni tre anni dall'*Administrator for General Services*.

hanno soggiornato, sono di proprietà di persone giuridiche e non fisiche – come tali escluse dalla deroga prevista dal dettato normativo[51]. Una lettura, quest'ultima, confermata dalla *Committee on Financial Disclosures*, intervenuta nel marzo 2023 per far fronte alle ambiguità emerse nel tempo rispetto alla nozione di *personal hospitality*. Allo stato attuale, invero, il regolamento che fornisce ai giudici specificazioni in merito alla predisposizione delle dichiarazioni annuali – approntato dalla Commissione su delega della Conferenza Giudiziaria rilasciata, prima, nel 1990[52] e, poi, nel 2017[53] – esclude espressamente che nella nozione di ospitalità a titolo personale rientrino «*gifts other than food, lodging or entertainment, such as transportation that substitutes for commercial transportation*»; «*gifts extended for a business purpose*»; «*gifts extended at property or facilities owned by an entity, rather than by an individual or an individual's family, even if the entity is owned wholly or in part by an individual or an individual's family*»; «*gifts paid for by any individual or entity other than the individual providing the hospitality, or for which the individual providing the hospitality receives reimbursement or a tax deduction related to furnishing the hospitality*»; e, infine, «*gifts extended at a commercial property, e.g., a resort or restaurant, or at a property that is regularly rented out to others for a business purpose*»[54].

In secondo luogo, il dichiarante è tenuto a fornire informazioni con riferimento alle entrate riconducibili al coniuge e ai figli fiscalmente a suo carico[55]. Segnatamente, la relazione deve indicare le fonti di reddito dei

[51] Si veda J. Kaplan – J. Elliott – A. Mierjeski, *Clarence Thomas and the Billionaire*, cit., in cui gli Autori rilevano come *Topbridge*, il resort presso il quale Thomas e sua moglie soggiornano annualmente, sia formalmente intestato ad una società, e W. M. Shaub Jr. – S. Turberville, *POGO Calls for DOJ to Investigate Clarence Thomas, Seek Civil Penalties*, in *POGO*, 16 aprile 2023, reperibile sul sito web *pogo.org*, in cui la titolarità del jet e dello yacht sono ricondotte, rispettivamente, alla *Hrznar, L.L.C.* e alla *Rochelle Marine Ltd.*

[52] JCUS-SEP 1990, p. 85.

[53] JCUS-SEP 2017, p. 13.

[54] Cfr. *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. D, Ch. 1, § 170. Come in precedenza accennato, la Conferenza Giudiziaria ha proceduto alla modifica delle linee guida già prima della pubblicazione dell'inchiesta di *ProPublica* relativa al giudice associato Thomas. Invero, a partire dal 2021 il senatore democratico Sheldon Whitehouse ha ripetutamente scritto sia alla Corte Suprema che all'*Administrative Office of the Courts*, evidenziando le problematicità insite nella nozione di «ospitalità a titolo personale» impiegata dal regolamento. Cfr. *Letter from Roslynn R. Mauskopf, Director, Administrative Office of the United States Courts, to the Hon. Sheldon Whitehouse, Chair, Subcommittee on Federal Courts, Oversight, Agency Action, and Federal Rights, Committee on the Judiciary*, 25 marzo 2023, reperibile sulla pagina web del Senatore Sheldon Whitehouse nel sito del Senato all'indirizzo *whitehouse.senate.gov*.

[55] Cfr. 5 U.S.C. § 13104(e).

familiari ed il loro importo qualora superiore ai mille dollari – eccezione fatta nel caso in cui il coniuge sia un lavoratore autonomo o un libero professionista, ipotesi in cui è ritenuta sufficiente una sintetica descrizione dell'attività svolta; le fonti e gli importi degli onorari ricevuti; dividendi, affitti, interessi e plusvalenze; i regali la cui ragion d'essere non sia totalmente indipendente dalla relazione del coniuge o del figlio a carico con la persona dichiarante – voce nella quale rientrano trasporto, vitto, alloggio e intrattenimento forniti a titolo gratuito, dei quali si deve indicare l'autore ed offrire una sintetica descrizione, e regali diversi da quelli riconducibili alle suddette categorie, di cui deve essere specificato il valore economico; infine, i rimborsi la cui ragion d'essere non sia totalmente indipendente dalla relazione del coniuge o del figlio a carico con la persona dichiarante, di cui deve indicarsi autore e natura.

Nel fare questo, dunque, l'*Ethics in Government Act* prende in considerazione il tema del conflitto di interessi derivante dalle attività svolte e dai rapporti professionali e personali intrattenuti dal coniuge e dai parenti stretti del dichiarante. Alla luce del dato normativo, le ingiustificate omissioni di Thomas emergono in tutta la loro evidenza, sia con riferimento alla mancata denuncia delle fonti di reddito della moglie – circostanza che, si è detto, ha obbligato il Giudice ad una modifica dei suoi precedenti *financial disclosures*[56] –, che avendo riguardo dei regali ricevuti dal pronipote e dalla donna.

Il problema del conflitto di interessi non è comunque limitato al caso di Clarence Thomas. Jane Roberts, moglie del *Chief Justice*, lavora presso *Macrae*, una *boutique recruitment agency* che si occupa di assumere avvocati per conto di prestigiosi studi legali; Jesse M. Barrett è il responsabile della sede di Washington dello studio *SouthBank Legal* – filiale, quest'ultima, aperta proprio un anno dopo la nomina di Amy Coney Barrett alla Corte Suprema[57]. Sebbene Roberts e Barrett abbiano opportunamente compilato la sezione delle proprie dichiarazioni intitolata ai redditi da lavoro del

[56] Si veda *supra* § 2.

[57] In merito alle attività professionali svolte da Jane Roberts e Jesse M. Barrett si veda, a titolo esemplificativo, H. Fuchs – J. Gerstein – P. S. Canellos, *Justices shield spouses' work from potential conflict of interest disclosures*, in *Politico*, 29 settembre 2022, reperibile sul sito web *politico.com*.

coniuge, indicandone la fonte e la natura[58], alcuni commentatori hanno osservato come la legislazione appaia assai porosa e non consenta di cogliere a pieno la rete di relazioni in cui si inseriscono il giudice e il suo nucleo familiare[59].

Giova poi rilevare come l'EIGA preveda dei meccanismi di controllo e revisione delle dichiarazioni presentate, della cui efficacia e validità – quantomeno nel caso del potere giudiziario – la prassi lascia fortemente dubitare[60]. In particolare, giudici, funzionari e dipendenti delle corti federali devono depositare i propri resoconti presso la Conferenza Giudiziaria[61] che, a tal fine, ha istituito nel 1990 la *Committee on Judicial Ethics*, oggi conosciuta

[58] Cfr. ad esempio le dichiarazioni annuali predisposte per l'anno 2022, in cui nella sezione IIIB del form – intitolata «*spouse's non-investment income*» – il *Chief Justice* Roberts e la giudice Amy Coney Barrett riportano, rispettivamente, la dicitura «*Macrae, Inc. – Attorney Search Consultants – recoverable base salary and commission*» e «*SouthBank Legal, salary*». È peraltro interessante notare come nella dichiarazione predisposta per il 2021 la giudice Barrett avesse censurato le informazioni relative ai redditi di lavoro del marito – un'eventualità, quest'ultima, prevista per ragioni di sicurezza dallo stesso *Ethics in Government Act*; cfr. 5 U.S.C. § 13107(b)(3)(B).

[59] Così H. Fuchs – J. Gerstein – P. S. Canellos, *op. cit.*, dove gli Autori pongono l'accento sulla rilevanza che la rete di contatti e relazioni di cui dispongono i coniugi in virtù del loro rapporto con un giudice della Corte Suprema assume agli occhi di potenziali datori di lavoro e clienti. In particolare, Mark Jungers – partner dell'agenzia di reclutamento *Major, Lindsey & Africa* all'epoca in cui vi lavorava Jane Roberts – ha rivelato alla testata giornalistica come la donna fosse stata assunta nella speranza di trarre vantaggio dal fatto che la stessa fosse moglie del Presidente della Corte Suprema e questo perché «*her network is his network and vice versa*». Interessanti sono anche le osservazioni mosse rispetto entità del salario dei giudici – un aspetto, quest'ultimo, motivo di rimostranza da parte dei titolari della funzione giurisdizionale; cfr. ad esempio J. G. Roberts, *2007 Year-End Report on the Federal Judiciary*, 2007, p. 6 ss., reperibile sul sito web istituzionale *supremecourt.gov*. In proposito, *Politico* osserva come «*[t]he refusal to provide spousal information is also salient because justices have often noted that their salaries — $274,200 for associate justices and $286,700 for the chief in 2022 — don't compare to those of elite attorneys who can make millions in private practice. That means that some of the justices who are married receive a disproportionate share of their family income from their spouses*».

[60] Si veda *supra* § 2.

[61] Cfr. 5 U.S.C. § 13105. Presidente, Vice Presidente, *Postmaster General*, *Deputy Postmaster General*, funzionari e dipendenti dell'esecutivo devono depositare la propria relazione presso il Direttore dell'*Office of Government Ethics*, anch'esso istituito con l'*Ethics in Government Act* del 1978 (cfr. 5 U.S.C. §§ 13121-13126). I candidati alla carica di Presidente, Vice Presidente e membro del Congresso sono tenuti a presentare il resoconto alla *Federal Election Commission*, mentre rappresentanti e senatori devono rispettivamente procedere al deposito presso il Cancelliere della Camera dei rappresentanti e il Segretario del Senato.

come *Committee on Financial Disclosures*[62]. La Commissione deve esaminare ogni relazione ricevuta entro sessanta giorni dal suo deposito, al fine di richiedere eventuali integrazioni e valutarne, nel complesso, la conformità a norma di legge. Inoltre, nel caso in cui la dichiarazione non sia ritenuta conforme, previa consultazione con il soggetto interessato, indica alla *Judicial Conference* le misure che ritiene appropriate per garantire il rispetto della legge – misure tra le quali il dettato normativo richiama espressamente la richiesta di trasferimento, la riassegnazione, la limitazione delle mansioni o le dimissioni[63].

[62] JCUS-SEP 1990, p. 85 («*Upon recommendation of the Committee, the Judicial Conference delegated its authorities under Title II and its authority for monitoring compliance with Titles Ill and VI of the Ethics Reform Act of 1989 (Pub. L. No. 101 -194) to the Committee on Judicial Ethics*»).

[63] Cfr. 5 U.S.C. § 13108. In proposito, deve rammentarsi come sulla scia dello scandalo Watergate il Titolo VI della legge così come modificato dall'*Ethics in Government Act Amendments* of 1982, Pub. L. No. 97-409, 96 Stat. 2039 (1982) avesse introdotto un meccanismo pensato per assicurare un'indagine indipendente e imparziale in caso di presunte violazioni da parte del Presidente, del Vice Presidente, dei funzionari e dei dipendenti dell'Esecutivo di alto livello. Dopo una prima indagine preliminare, il Procuratore generale degli Stati Uniti poteva richiedere ad un'apposita divisione della Corte di appello per il Distretto di Columbia (la c.d. *Special Division*) la nomina di un *independent counsel* (nella versione originale, *special prosecutor*). La legge riconosceva all'*independent counsel* il potere di esercitare tutte le funzioni investigative e giudiziarie di cui risultava titolare il Dipartimento di Giustizia, salvo il controllo sul suo operato da parte del Procuratore generale degli Stati Uniti, che poteva disporne la rimozione «*[...] for good cause, physical disability, mental incapacity, or any other condition that substantially impairs the performance of such special prosecutor's duties*» (cfr. 28 U.S.C. § 596(a)(1) (1982)). In altri termini, con legge, il Congresso aveva attribuito al Giudiziario il potere di nominare un soggetto escluso dal controllo dell'Esecutivo – salvo la circoscritta possibilità di rimozione da parte dell'*Attorney General* –, al fine di indagare su figure chiave del Governo. L'istituto sollevava dunque non poche perplessità con riguardo al rispetto del principio di separazione dei poteri e alla sua declinazione nel testo costituzionale. In merito si veda, in dottrina, C. O'Keefe – P. Safirstein, *Fallen Angels, Separation of Powers, and the Saturday Night Massacre: An Examination of the Practical, Constitutional, and Political Tensions in the Special Prosecutor Provisions of the Ethics in Government Act*, in *Brooklyn Law Review*, 1982, 49(1), p. 113 ss.; D. J. Simon, *The Constitutionality of the Special Prosecutor Law*, in *Journal of Law Reform*, 1982, 16(1), p. 45 ss.; S. L. Carter, *The Independent Counsel Mess*, in *Harvard Law Review*, 1988, 102(1), p. 105 ss.; W. K. Kelley, *The Constitutional Dilemma of Litigation under the Independent Counsel System*, in *Minnesota Law Review*, 1999, 83(5), p. 1197 ss. La Corte Suprema ha confermato la costituzionalità della legge in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988), ritenendo che l'attribuzione alla *Special Division* del potere di nomina dell'*independent counsel* non costituisse una violazione dell'*appointment clause* di cui al secondo articolo della Costituzione in quanto il funzionario era da considerarsi alla stregua di un «*inferior officer*» – come tale designabile autonomamente

Deve comunque rammentarsi che chiunque, consapevolmente e intenzionalmente, falsifichi o ometta qualsiasi informazione che è tenuto a segnalare ai sensi dell'*Ethics in Government Act* commette un illecito sia civile che penale, perseguibile su iniziativa del Procuratore generale – su segnalazione, a seconda dei casi, dell'*Office of Government Ethics*, della Commissione etica di Camera e Senato e della *Judicial Conference*[64]. Come si è in precedenza accennato[65], in seguito alla pubblicazione dell'inchiesta di *ProPublica* alcune voci della società civile hanno sollecitato la *Civil Division* del Dipartimento di Giustizia affinché questa avviasse una causa contro Clarence Thomas e richiedesse, secondo il dettato normativo, il pagamento di una sanzione pecuniaria pari a 71,316 dollari per ogni omissione[66], per un totale di oltre settecentomila dollari tenuto conto della prescrizione quinquennale[67]. Nelle parole dell'associazione POGO, «*unless the reporting is incorrect, it would be a dangerous declaration of impunity for high officials if the department failed to seek civil monetary penalties for these flagrant and repeated violations of the Ethics in Government Act*»[68]. Allo stato attuale, non risulta tuttavia che il Dipartimento abbia intrapreso alcuna azione nei confronti del Giudice associato.

---

da parte del potere giudiziario – ed era sottoposto ad un sufficiente controllo dell'Esecutivo ai sensi della Sezione 596, Titolo 28 dello *United States Code*. La maggioranza escluse altresì la violazione del terzo articolo del testo costituzionale, così come la violazione delle prerogative riconosciute all'Esecutivo dal secondo articolo della Costituzione. Particolarmente critico Antonin Scalia: «*[f]requently an issue of this sort will come before the Court clad, so to speak, in sheep's clothing: the potential of the asserted principle to effect important change in the equilibrium of power is not immediately evident, and must be discerned by a careful and perceptive analysis. But this wolf comes as a wolf*». Anche in dottrina non sono mancate voci contrarie; si veda, per tutti, R. M. Soloway, *The Tale of Omnipotent Prosecutor: How Recent Events Expose Flaws in the Supreme Court's Analysis of the Independent Counsel Clause of the Ethics in Government Ac*t, in *Review of Litigation*, 1998, 17(3), p. 611 ss.

[64] Cfr. 5 U.S.C. § 13106.

[65] Cfr. *supra* § 2.

[66] Il valore della sanzione civile è stato recentemente aggiornato per riflettere le variazioni accorse all'indice dei prezzi al consumo; cfr. *2023 Civil Monetary Penalties Inflation Adjustments for Ethics in Government Act Violations*, 88 Fed. Reg., 1139 (January 9, 2023). Si veda anche *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. D, § 620.10, che evidenzia come l'entità della sanzione deve essere modificata tramite «*the inflation adjustment procedures prescribed in the Federal Civil Penalties Inflation Adjustment Act of 1990, as amended*».

[67] Cfr. 28 U.S.C. § 2462.

[68] Così W. M. Shaub Jr. – S. Turberville, *op. cit.*

3.2. *Il* Judicial Conduct and Disability *Act: l'istituzione di meccanismi di reclamo per le corti federali inferiori*

Il *Judicial Conduct and Disability Act* del 1980 disciplina i reclami presentati dal pubblico avverso comportamenti riconducibili ai giudici federali delle corti distrettuali e di appello, così come ai giudici fallimentari e ai *magistrate judges*[69]. La normativa non trova, dunque, applicazione nei confronti del Presidente e dei giudici associati della Corte Suprema, per i quali non sono previsti – almeno sino ad ora – procedimenti disciplinari diversi dall'*impeachment*[70]. Nell'escludere i *Justices* dal raggio di azione della legge, la Camera dei rappresentanti invocò il ruolo istituzionale svolto dalla Corte Suprema – l'unica tra le corti federali espressamente istituita dal testo costituzionale – e la necessità di preservane l'indipendenza[71]. Tuttavia, come vedremo di qui a poco, non mancano oggi proposte volte a prevedere meccanismi analoghi anche per *Chief Justice* e *Associate Justices*[72].

In particolare, l'*Act* prevede che chiunque ritenga che un giudice federale abbia tenuto una condotta pregiudizievole per l'efficace e rapida amministrazione della giustizia – o sostenga che questi non sia in grado di adempiere ai doveri del proprio ufficio a causa di una disabilità fisica o psichica –, possa presentare al cancelliere della corte di appello del circuito territorialmente competente un reclamo scritto che illustri brevemente i fatti e la condotta oggetto di contestazione. Il cancelliere è quindi chiamato a trasmettere prontamente il reclamo al *chief judge* della corte federale di appello – o, qualora la condotta contestata attenga a quest'ultimo, al giudice con maggiore anzianità di servizio. Una copia deve essere inoltre recapitata al giudice interessato dal reclamo[73].

---

[69] *Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act*, Pub. L. No. 96-458, 94 Stat. 2035 (1980).

[70] Nel definire l'ambito di applicazione della legge, la Sezione 351(d) del Titolo 28 definisce il giudice come «*a circuit judge, district judge, bankruptcy judge, or magistrate judge*».

[71] Cfr. H.R. Rep. No. 96-1313, 96th Cong., 2d Sess. 10 n.28 (1980) («*[...] high public visibility of Supreme Court Justices makes it more likely that impeachment can and should be used to cure egregious situations. Second, it would be unwise to empower an institution such as the Judicial Conference, which actually is chaired by the Chief Justice of the United States, to sit on cases involving the highest ranking judges in our judicial system. The independence and importance of the Supreme Court within our justice system should not be diluted in this fashion*»).

[72] Sul punto si veda *infra* § 5.

[73] 28 U.S.C. § 351.

Ricevuto il reclamo, il c*hief judg*e può condurre una breve indagine al fine di (a) stabilire se un'appropriata azione correttiva abbia già avuto luogo o se possa essere intrapresa senza un'indagine formale e (b) determinare se i fatti dichiarati nel reclamo siano palesemente falsi o non possano comunque essere accertati attraverso un'inchiesta. Al termine di questa fase preliminare, il *chief judge* può respingere il reclamo: qualora non lo ritenga adeguatamente motivato; quando questo sia correlato al merito di una decisione o di un provvedimento procedurale che il giudice ha adottato nei confronti del reclamante; quando l'indagine dimostra che le accuse contenute nella denuncia sono prive di qualsiasi fondamento fattuale o sono confutate in maniera definitiva da prove oggettive[74]. Alternativamente, il *chief judge* può dichiarare chiuso il procedimento se ritiene che nel frattempo siano state adottate misure adeguate al fine di modificare i comportamenti contestati[75].

Se il reclamo risulta essere invece fondato, il *chief judge* deve procedere all'istituzione di una commissione speciale di inchiesta, composta dallo stesso *chief judge* e da un pari numero di giudici distrettuali e di appello del circuito di riferimento. La commissione deve condurre un'indagine e predisporre una relazione conclusiva, da presentare al *judicial council* del circuito[76]. Quest'ultimo può condurre indagini supplementari, respingere il reclamo o intraprendere le azioni che ritiene più opportune rispetto al caso di specie – tra le quali rientrano ordinare che, in via temporanea, non

[74] 28 U.S.C. § 352(b)(1). Ai sensi della Sezione 352(c), la decisione del *chief judge* può essere impugnata dinanzi al *judicial council* del circuito territorialmente competente. Dal dettato normativo si evince evidentemente che la procedura di reclamo non possa essere impiegata al fine ultimo di contestare il merito della decisione; cfr. *In Re Complaint Judicial Misconduct*, 570 F.3d 1144 (9th Cir. 2009). Anche la carenza o insufficienza di motivazione non integra una condotta giuridicamente rilevante ai fini del *Judicial Conduct and Disability Act;* cfr. *In Re Judicial Misconduct*, 517 F.3d 558, 561 (9th Cir. 2008) («*The misconduct procedure is not designated as a substitute for, or supplement to, appeals or motions for reconsideration. Nor is it designed to provide an avenue for collateral attack or other challenges to judges' rulings*»). Inoltre, le corti federali hanno in più occasioni arginato l'abuso del meccanismo di reclamo di cui al *Judicial Conduct and Disability Act*; cfr., a titolo esemplificativo, *In Re Complaint Judicial Misconduct*, 567 F.3d 429, 431 (9th Cir. 2009) («*Complainant's complaints are obviously frivolous, an abuse of the complaint procedure, and have caused a considerable waste of judicial resources*») e *In Re Judicial Misconduct*, 527 F.3d 792, 796-797 (9th Cir. 2008) («*A complaint of judicial misconduct is not a vehicle for a disappointed litigant to vent his anger by accusing judges of lying, taking bribes, fixing cases, falsifying records and committing other misdeeds for which complainant has not the least bit of evidence*»).

[75] 28 U.S.C. § 352(b)(2).

[76] Cfr. 28 U.S.C. § 353.

vengano assegnati ulteriori casi al giudice la cui condotta è oggetto di reclamo e rimproverare, privatamente o pubblicamente, il giudice in questione. Inoltre, il *judicial council* può certificare l'invalidità del giudice o invitarlo ad avanzare richiesta di pensionamento[77].

Il *judicial council* può deferire il reclamo alla Conferenza Giudiziaria – rinvio peraltro obbligatorio in tutti i casi in cui si ritiene che la condotta contestata possa integrare uno o più motivi di *impeachment* oppure nel caso in cui, nell'interesse della giustizia, l'azione del consiglio non sia sufficiente per porre fine alla condotta oggetto di contestazione[78]. La *Judicial Conference* può adottare le misure che ritiene necessarie e, nelle ipotesi più gravi, trasmettere la decisione e il verbale del procedimento alla Camera dei rappresentanti per qualsiasi azione che quest'ultima ritenga necessario intraprendere[79].

Diversi sono i profili del *Judicial Conduct and Disability Act* che hanno suscitato perplessità in dottrina: il rapporto con il divieto dei giudici federali di fornire pareri consultivi; l'inadeguatezza delle difese approntate per il giudice la cui condotta sia oggetto di reclamo in violazione del principio del giusto processo; soprattutto, l'attribuzione ai *judicial councils* e alla Conferenza Giudiziaria di un potere di scrutinio e indagine che, secondo il dettato costituzionale, può essere esercitato solo dal Congresso nella forma dell'*impeachment*, così come la configurazione di sanzioni disciplinari diverse dalla rimozione dall'incarico e dall'interdizione da qualsiasi carica onorifica, di fiducia o retribuita[80]. In proposito, è stato detto che la legge «*upsets the precarious balance, established by the Framers, between the independence and*

[77] Cfr. 28 U.S.C. § 354(a)
[78] Cfr. 28 U.S.C. § 354(b).
[79] Cfr. 28 U.S.C. § 355.
[80] Cfr. L. A. Baker, *Unnecessary and Improper: The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, in *The Yale Law Journal*, 1985, 94(5), p. 1117 ss. In dottrina è opinione diffusa che l'unico provvedimento disciplinare ammesso dalla Costituzione sia la rimozione dalla carica tramite *impeachment*; si veda, a titolo esemplificativo, M. A. Ziskind, *Judicial Tenure in the American Constitution: English and American Precedents*, in *Supreme Court Review*, 1969, p. 135 ss.; F. J. Battisti, *An Independent Judiciary or an Evanescent Dream?*, in *Case Western Reserve Law Review*, 1975, 25(4), p. 711 ss.; I. R. Kaufman, *Chilling Judicial Independence*, in *The Yale Law Journal*, 1979, 88(4), p. 681 ss. Analogamente si sono espressi anche i *Justices* Douglas e Black in *Chandler v. Judicial Council of the Tenth Circuit*, 398 U.S. 74, 136 (1970) (Douglas, J., dissenting). Non mancano tuttavia voci di segno opposto; cfr. R. Berger, *Chilling Judicial Independence: A Scarecrow*, in *Cornell Law Review*, 1979, 64(5), p. 822 ss.

accountability of Article III judges»[81]. La Corte Suprema ha comunque evitato di pronunciarsi sulla sua costituzionalità[82].

Peraltro, le statistiche indicano che l'*Act* ha avuto un'efficacia limitata, sollevando così seri interrogativi in merito alla volontà dei giudici federali di giudicare la condotta dei propri colleghi[83]. Così, nonostante l'esistenza di procedure volte ad indagare e, eventualmente, sanzionare ipotesi di *judicial misconduct*, «*consequences seem exceedingly rare or nonexistent for judges who misbehave*»[84]. A ciò si aggiunge l'esonero dei giudici, statali e federali, da qualsiasi forma di responsabilità civile per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni – un'immunità assoluta che, nelle parole della Corte Suprema, risponde all'esigenza di garantire ai titolari della funzione giurisdizionale «*the maximum ability to deal fearlessly and impartially with the public at large*»[85]. Sebbene una qualche forma di immunità sia necessaria per una

[81] Così L. A. Baker, *op. cit.*, p. 1125.

[82] Cfr. *Hastings v. Judicial Conference of the United States*, 593 F. Supp. 1371 (D.D.C. 1984), *aff'd in part and vacated in part*, 770 F.2d 1093 (D.C. Cir. 1985), *cert. denied* 477 U.S. 904 (1986).

[83] Cfr. C. T. Rieger, *The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act: Will Judges Judge Judges?*, in *Emory Law Journal*, 1988, 37(1), p. 45 ss., 57-60 e J. N. Barr – T. E. Willging, *Decentralized Self-Regulation, Accountability, and Judicial Independence under the Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 142(1), p. 25 ss., *passim*.

[84] Così Note, *Judicial Immunity at the (Second) Founding: A New Perspective on § 1983*, in *Harvard Law Review*, 2023, 136(5), p. 1456 ss., 1459.

[85] *Ferri v. Ackerman*, 444 U.S. 193, 203 (1979). Nella giurisprudenza della Corte Suprema, l'immunità dei giudici da qualsiasi forma di responsabilità civile ha trovato il suo primo riconoscimento in *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. (13 Wall.) 335, 351 (1872), in cui i *Justices*, richiamando la tradizione di *common law*, conclusero che «*judges of courts of superior or general jurisdiction are not liable to civil actions for their judicial acts, even when such acts are in excess of their jurisdiction, and are alleged to have been done maliciously or corruptly*». Dunque, l'immunità del giudice può venire meno solo in caso di (a) condotte non riconducibili all'esercizio della funzione giurisdizionale e (b) azioni che, sebbene di natura giudiziaria, siano state compiute in difetto evidente di competenza. In tali circostanze, dunque, i giudici possono essere chiamati a risarcire i danni causati, anche qualora abbiano agito in assenza di dolo. Non è tuttavia agevole comprendere quando si possa parlare di «*clear absence of all jurisdiction*». Sul punto, emblematico è il caso *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978), che ancora oggi è annoverato tra le decisioni più controverse della Corte Suprema. La lite scaturì dalla richiesta di Spitler McFarlin, avanzata dinanzi al *circuit judge* dell'Indiana Harold D. Stump, di approvare la sterilizzazione della figlia quindicenne, Linda Sparkman, in quanto asseritamente affetta da una disabilità intellettiva. Sebbene la legge dell'Indiana non attribuisse al Giudice una tale autorità, Stump firmò l'ordine di sterilizzazione di Sparkman, alla quale fu detto che sarebbe stata sottoposta a un'appendicectomia. Quando due anni

corretta amministrazione della giustizia – nella misura in cui questa consente al giudice di agire liberamente, sulla base delle proprie convinzioni e senza timore di ripercussioni[86] –, la *absolute immunity doctrine* e la sua interpretazione da parte della corte di vertice del sistema federale comportano, di fatto, l'esistenza di una significativa barriera alla responsabilità dei giudici[87], da

dopo la Sparkman scoprì la verità, citò in giudizio il giudice Stump per danni. La Corte Suprema concluse che, poiché il ricorrente aveva l'autorità di sterilizzare persone detenute in carcere, Stump non aveva agito in «*clear absence of all jurisdiction*». Parimenti, non è sempre immediato stabilire quando la condotta contestata assurga ad un «*judicial act*». Cfr. *Ex parte Virginia*, 100 U.S. 339 (1879), in cui la Corte ritenne la selezione dei giurati un'attività di natura amministrativa, così negando l'immunità di un giudice che aveva escluso persone nere dalla lista da cui scegliere i componenti della giuria, e, nuovamente, *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978), ove l'autorizzazione della richiesta di sterilizzazione da parte del giudice Stump venne ricondotta alla più generale attività di approvazione di istanze relative a minori. Giova comunque rammentare che l'immunità giudiziale copre le funzioni e non individui specifici, con la conseguenza che saranno escluse da responsabilità civile anche le funzioni giudicanti poste in essere da soggetti diversi dai giudici; cfr. Note, *op. cit.*, p. 1462 ss. La Corte Suprema ha invece escluso che l'immunità giudiziale si estenda anche alle azioni penali; cfr. *O'Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 503 (1974), in cui i *Justices* hanno affermato l'applicabilità della Sezione 242 del Titolo 18 dello *United States Code* – che prevede che chiunque privi intenzionalmente una persona di un diritto o di un privilegio riconosciuto e protetto dalla Costituzione statunitense o dalle leggi degli Stati Uniti commetta un illecito penale – anche ai titolari della funzione giurisdizionale: «*[w]hatever may be the case with respect to civil liability generally [...] we have never held that the performance of the duties of judicial, legislative, or executive officers, requires or contemplates the immunization of otherwise criminal deprivations of constitutional rights. On the contrary, the judicially fashioned doctrine of official immunity does not reach "so far as to immunize criminal conduct proscribed by an Act of Congress…"*». Sull'immunità giudiziale nella giurisprudenza della Corte Suprema cfr. anche *Supreme Court of Va. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 446 U.S. 719 (1980); *Dennis v. Sparks*, 449 U.S. 24 (1980); *Cleavinger v. Saxner*, 474 U. S. 193 (1985); *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988); *Mireles v. Waco*, 502 U.S. 9 (1991). In dottrina si veda D. Thompson, *Judicial Immunity and the Protection of Justices*, in *The Modern Law Review*, 1958, 21(5), p. 517 ss.; E. Chemerinsky, *Absolute Immunity: General Principles and Recent Developments*, in *Touro Law Review*, 2008, 24(3), p. 473 ss.; S. A. Keller, *Qualified and Absolute Immunity at Common Law*, in *Stanford Law Review*, 2021, 73(6), p. 1337 ss.

[86] Così si è espressa la Corte Suprema in *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. (13 Wall.) 335, 347 (1872).

[87] Cfr. R. F. Nagel, *Judicial Immunity and Sovereignty*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1978, 6(1), p. 237 ss., 268 secondo cui «*[t]he implication of the modern Court's insistent retention of the doctrine of absolute judicial immunity [...] is that while the judiciary attempts to prevent lawlessness in other institutions, it creates pressures for tolerating lawlessness in itself*» e J. M. Shaman, *Judicial Immunity from Civil and Criminal Liability*, *in San Diego Law Review*, 1990, 27(1), p. 1 ss., 28, il quale osserva come «*[j]udicial independence should be scrupulously guarded and some degree of*

alcuni considerata anacronistica rispetto all'attuale dibattito sulle guarentigie di forze di polizia[88] e pubblici ministeri[89]. Ai nostri fini, tuttavia, sia sufficiente rilevare come l'immunità da responsabilità civile e la scarsa effettività delle procedure di reclamo di cui al *Judicial Conduct and Disability Act* contribuiscano, congiuntamente, alla mancanza di un deterrente per la cattiva condotta dei giudici federali.

3.3. *La ricusazione del giudice secondo la Sezione 455 del Titolo 28 dello* United States Code

Strettamente correlato al tema dell'imparzialità e della terzietà del giudice – e, in ultima istanza, a quello del *due process of law* di cui al Quinto Emendamento alla Costituzione – è l'istituto della ricusazione, la cui disciplina si estende a tutti i giudici federali, compresi il *Chief Justice* e gli *Associate Justices* della Corte Suprema[90].

immunity from civil liability must be maintained for judges. But absolute judicial immunity from civil liability remains a debatable practice».

[88] A titolo esemplificativo, si veda J. C. Schwartz, *How Qualified Immunity Fails*, in *The Yale Law Journal*, 2017, 127(1), p. 2 ss.; W. Baude, *Is Qualified Immunity Unlawful?*, in *California Law Review*, 2018, 106(1), p. 45 ss.; K. M. Blum, *Qualified Immunity: Time to Change the Message*, in *Notre Dame Law Review*, 2018, 93(5), p. 1887 ss.; J. C. Schwartz, *Qualified Immunity's Boldest Lie*, in *University of Chicago Law Review*, 2021, 88(3), p. 605 ss.

[89] A titolo esemplificativo, si veda S. M. Caspar – A. M. Joukov, *The Case for Abolishing Absolute Prosecutorial Immunity on Equal Protection Grounds*, in *Hofstra Law Review*, 2021, 49(2), p. 315 ss.; A. Ahmad, *The Next Step in Civil Rights: Abolish Absolute Prosecutorial Immunity so Prosecutors Cannot Use Their Power to Violate Others' Constitutional Rights*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2022, 72(3), p. 839 ss.

[90] Il filo conduttore che lega ricusazione, imparzialità del giudice e *due process of law* è stato riconosciuto – seppur a stretta maggioranza – dalla stessa Corte Suprema in *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009), vicenda scaturita dal rifiuto di un giudice della *Supreme Court of Appeals of West Virginia*, Brent Benjamin, di ricusarsi in un caso che vedeva coinvolta una società che aveva economicamente contribuito alla sua nomina. La componente conservatrice della Corte, in un'opinione dissenziente redatta dal Presidente Roberts e condivisa dai giudici associati Scalia, Thomas e Alito, si è dimostrata particolarmente critica nei confronti del parere di maggioranza. Nelle parole del *Chief Justice*, «[...] *opening the door to recusal claims under the Due Process Clause, for an amorphous "probability of bias," will itself bring our judicial system into undeserved disrepute, and diminish the confidence of the American people in the fairness and integrity of their courts*» (cfr. 556 U.S. 868, 902 (2009) (Roberts, C. J., dissenting)). Non sono mancate voci in dottrina che hanno letto nel dissenso di Roberts una scarsa sensibilità rispetto al tema della ricusazione; si veda, ad esempio, S. A.

Innanzitutto, il giudice deve ricusarsi in ogni procedimento in cui «*his impartiality might reasonably be questioned*»[91]. Nelle parole del giudice Scalia, trattasi di un'ipotesi di ricusazione onnicomprensiva, «*covering both "interest or relationship" and "bias or prejudice" grounds [...] but requiring them all to be evaluated on an objective basis, so that what matters is not the reality of bias or prejudice but its appearance*»[92]. Dunque, affinché il giudice proceda alla propria ricusazione è sufficiente che una persona comune possa anche solo sospettare della sua parzialità nel caso di specie[93].

Ifill – E. J. Segall, *Judicial Recusal at the Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2012, 160(1), p. 332 ss., 333, in cui Sherrilyn A. Ifill rileva come «*Chief Justice Roberts's dissent in Caperton powerfully foreshadows his resistance to entertaining calls for a more rigorous examination of Supreme Court recusal practice*». Prima ancora di *Caperton* si veda *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510, 523 (1927) («*[...] it certainly violates the Fourteenth Amendment, and deprives a defendant in a criminal case of due process of law, to subject his liberty or property to the judgment of a court the judge of which has a direct, personal, substantial, pecuniary interest in reaching a conclusion against him in his case*»).

[91] Così 28 U.S.C. § 455(a). Prima del 1974, la norma si limitava a prevedere la ricusazione del giudice «*[...] in any case in which he has a substantial interest, has been of counsel, is or has been a material witness, or is so related to or connected with any party or his attorney as to render it improper, in his opinion, for him to sit on the trial, appeal, or other proceeding therein*» (cfr. Pub. L. No. 80-773, 62 Stat. 869 (1948) e Pub. L. No. 53-912, 88 Stat. 1609 (1974)). Giova rammentare che la ricusazione è disciplinata anche in 28 U.S.C. § 144, seppur con solo riferimento ai giudici distrettuali e sulla base dei soli presupposti del *bias* e del *prejudice*. La norma prevede che la parte debba presentare un *affidavit* al giudice – che deve solo valutare la sua tempestività e la sufficienza dei contenuti, ma non il merito della questione –, a seguito del quale il caso sarà automaticamente assegnato ad un altro giudice. R. J. Litteneker, *Disqualification of Federal Judges for Bias or Prejudice*, in *The University of Chicago Law Review*, 1978, 46(1), p. 236 ss., 242 ha evidenziato come la modifica del 1974 abbia determinato una sovrapposizione tra le due disposizioni, in origine pensate per disciplinare, rispettivamente, *disqualification for bias* e *disqualification for interest*. Sul punto si veda anche W. E. Wegner, *Disqualifying the Judge*, in *Litigation*, 1996, 22(3), p. 44 ss., 45. Nella Sezione 144 affonda le sue radici la c.d. *extrajudicial source doctrine*, per cui il pregiudizio del giudice che ne giustifichi la ricusazione deve derivare da fatti esterni al processo e non dalle prove presentate nel corso del giudizio o dalla condotta tenuta dalle parti; cfr. L. M. McPherson, *Liteky v. United States: The Supreme Court Restricts the Disqualification of Biased Federal Judges Under Section 455(A)*, in *University of Richmond Law Review*, 1994, 28(5), p. 1427 ss. e T. Citera, *A Look at the Extrajudicial Source Doctrine under 28 U.S.C. 455*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1995, 85(4), p. 1114 ss.

[92] *Liteky et al. v. United States*, 510 U.S. 540, 548 (1994). Cfr. anche *Liljeberg v. Health Service Acq. Corp.*, 486 U.S. 847, 859-861 (1988).

[93] Ma quando un sospetto può dirsi abbastanza forte da suscitare dubbi sull'imparzialità del giudice? Secondo il giudice Kennedy, «[...] *under § 455(a), a judge should be disqualified only if it appears that he or she harbors an aversion, hostility or disposition of a kind that*

La norma enuncia poi delle ipotesi specifiche, legate alla sussistenza di motivi soggettivi di parzialità, in cui i giudici federali devono obbligatoriamente ricusarsi: l'esistenza di un pregiudizio personale nei confronti di una parte processuale; l'avere in precedenza svolto attività lavorativa privata o pubblica nell'ambito della questione in causa; la titolarità di un interesse finanziario proprio, del coniuge o del figlio minorenne nell'oggetto della controversia; il caso in cui il giudice, il coniuge o un familiare entro il terzo grado di parentela, o il coniuge di quest'ultimo, assumano la qualità di parte, testimone, avvocato nel procedimento o siano titolari di un interesse che potrebbe essere sostanzialmente influenzato dal suo esito[94]. A tal fine, «*[a] judge should inform himself about his personal and fiduciary financial interests, and make a reasonable effort to inform himself about the personal financial interests of his spouse and minor children residing in his household*»[95].

Come sopra evidenziato, la norma trova applicazione anche nei confronti dei *Justices* della Corte Suprema, della cui ricusazione la sentenza dà conto limitandosi a rilevare che uno dei giudici «*took no part in the consideration or decision of the case*»[96]. Dunque, le ragioni alla base della scelta di

a fair-minded person could not set aside when judging the dispute» (cfr. 510 U.S. 540, 557-558 (1994) (Kennedy, J., concurring in judgment). In proposito, W. Sinnott-Armstrong, *op. cit.*, p. 224 ha osservato come un simile standard renda la ricusazione, nei fatti, una circostanza piuttosto rara. Peraltro, è del tutto discutibile che un giudice avverso il quale è presentata istanza di ricusazione si trovi nella posizione migliore per determinare se il suo legame con la controversia appaia parziale ad un «*reasonable individual*»; cfr. R. J. Litteneker, *op. cit.*, p. 250 ss. e S. A. Ifill, *Do Appearances Matter*, cit., p. 617.

[94] Cfr. 28 U.S.C. § 455(b). Secondo la Corte Suprema i limiti soggettivi previsti dalla lettera (b) della Sezione 455 si estendono anche all'ipotesi generale individuata alla lettera (a). Nelle parole di Scalia, «*it would obviously be wrong, for example, to hold that "impartiality could reasonably be questioned" simply because one of the parties is in the fourth degree of relationship to the judge*» (cfr. 510 U.S. 540, 552-553 (1994)). Di parere contrario è tuttavia la minoranza, secondo cui una simile interpretazione finisce con il circoscrivere ulteriormente le ipotesi in cui può aversi la ricusazione del giudice; si veda, in particolare, 510 U.S. 540, 557 (1994) (Kennedy, J., concurring in judgment), secondo cui nel subordinare l'ampia tutela predisposta dalla sottosezione (a) ai limiti di cui alla sottosezione (b) «*the Court weakens the principal disqualification statute in the federal system*».

[95] Così 28 U.S.C. § 455(c).

[96] Si veda, a titolo meramente esemplificativo, *Credit Suisse Sec. (USA) LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007) («*Justice Kennedy took no part in the consideration or decision of this case*»); *Meacham v. Knolls Atomic Power Lab.*, 554 U.S. 84 (2008) («*Justice Breyer took no part in the consideration or decision of this case*»); *FERC v. Electric Power Supply Ass'n*, 577 U.S. 260 (2016) («*Justice Alito took no part in the consideration or decision of this case*»); *Beckles v. United States*, 580

ricusarsi – sebbene talvolta presumibili dalla società civile – non sono in alcun modo rese pubbliche. Al contrario, nella storia della Corte è accaduto, seppur sporadicamente, che i giudici motivassero apertamente la scelta di *non* ricusarsi[97]. È il caso, ad esempio, di *Microsoft Corp. v. United States*, in cui il Presidente Rehnquist avvertì l'esigenza di chiarire i rapporti sussistenti tra la *Microsoft Corporation* e il figlio James, all'epoca partner di uno studio legale impegnato nella difesa dell'azienda in cause in materia di concorrenza e antitrust. In tale circostanza, il Presidente ha ritenuto di escludere l'applicabilità delle Sezioni 455(b)(5)(iii) e (a) del Titolo 28 dello *United States Code* rilevando, rispettivamente, come la sentenza non potesse influenzare in alcun modo gli interessi economici e personali del figlio e che l'attività forense svolta da quest'ultimo a favore di una parte, ma in una causa diversa da quella pendente dinanzi alla Corte, non fosse tale da integrare «*an appearance of impropriety*». Soprattutto, Rehnquist colse l'occasione per rammentare la necessità di applicare l'istituto della ricusazione tenendo conto delle peculiarità della Corte Suprema come organo di ultima istanza della giurisdizione federale. Ciò implica valutare l'ampia portata delle sue decisioni e, in particolare, le conseguenze che possono derivare dalla mancata partecipazione al giudizio di uno o più *Justices*. Così, «*[...] it is important to note the negative impact that the unnecessary disqualification of even one Justice may have upon our Court. Here – unlike the situation in a District Court or a Court of Appeals – there is no way to replace a recused Justice. Not only is the Court deprived of the participation of one of its nine Members, but the even number of those remaining creates a risk of affirmance of a lower court decision by an equally divided court*»[98].

Già nel 1993, in una pubblica dichiarazione firmata da tutti i suoi componenti eccezione fatta per Blackmun e Souter, la Corte Suprema aveva reso nota la *policy* che la stessa avrebbe adottato per gestire la presenza –

U.S. 256 (2017) («*Justice Kagan took no part in the consideration or decision of this case*»); *Matal v. Tam*, 582 U.S. 218 (2017) («*Justice Gorsuch took no part in the consideration or decision of this case*»).

[97] Cfr., in ordine cronologico, *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824 (1972) (Memorandum of Rehnquist, C.J.); *Microsoft Corp. v. United States*, 530 U.S. 1301 (2000) (Statement of Rehnquist, C.J.); *Cheney et al v. United States District Court*, 541 U.S. 913 (2003) (Memorandum of Scalia, J.). Recentemente, anche la giudice Kagan ha fornito una motivazione, seppur sintetica, per la sua astensione in *Holland v. Florida*, 143 S. Ct. 2516, in cui si riporta quanto segue: «*Justice Kagan took no part in the consideration or decision of this petition. See 28 U.S.C. §455(b)(3) and Code of Conduct for U.S. Judges, Canon 3C(1)(e) (prior government employment)*».

[98] 530 U.S. 1301, 1303 (2000) (Statement of Rehnquist, C.J.).

assai frequente nella prassi – di coniugi, figli e familiari entro il terzo grado praticanti la professione forense[99]. In tale occasione, i giudici posero l'accento sulla necessità sia di garantire il regolare svolgimento delle attività della Corte (la c.d. *rule of necessity*)[100], che di evitare che la ricusazione fosse impiegata strategicamente dalle parti – attraverso un'opportuna selezione dello studio legale a cui rivolgersi al fine ultimo di alterare la composizione dell'organo giudiziario a proprio vantaggio[101].

Analoghe considerazioni si rinvengono, più recentemente, nello *Statement* rilasciato lo scorso 8 settembre da Samuel Alito, con cui quest'ultimo ha motivato pubblicamente la scelta di non ricusarsi nel caso *Moore v. United States*[102]. La dichiarazione di Alito segue ad una lettera inviata al Presidente Roberts dal democratico Richard Durbin, *Chair* della Commissione Giustizia del Senato, in cui quest'ultimo evidenziava la sussistenza di un rapporto personale tra il Giudice associato e David B. Rivkin, avvocato del ricorrente e giornalista di opinione per il *The Wall Street Journal* – rapporto emerso in occasione di due interviste che il *Justice* aveva rilasciato alla testata giornalistica rispettivamente nell'aprile 2023, quando la *petition of certiorari* era ancora pendente, e nel luglio seguente, quando il *writ* era stato concesso[103]. Nel rispondere alle contestazioni di Durbin, Alito evidenzia come i giudici intrattengano comunemente relazioni con i media

[99] Supreme Court of the United States, *Statement of Recusal Policy*, 1 novembre 1993.

[100] Cfr. *United States v. Will*, 449 U.S. 200, 213-216 (1980).

[101] La *policy* della Corte pone l'accento sull'esistenza di un pregiudizio effettivo legato alle attività lavorative dei propri familiari, ma non riconosce le problematicità legate alla «*appearence of impartiality*» di cui alla Sezione 455(a) del Titolo dello *United States Code*; sul punto si veda, in particolare, S. A. Ifill, *Do Appearances Matter*, cit., p. 624 ss. In dottrina è stato altresì suggerito che l'astensione di un giudice della Corte Suprema possa determinare un significativo svantaggio per la parte che presenta il *writ of certiorari*, qualora il motivo di ricusazione attenga proprio quest'ultima; cfr. S. Lubet, *Disqualifications of Supreme Court Justices: The Certiorari Conundrum*, in *Minnesota Law Review*, 1996, 80(3), p. 657 ss.

[102] *Moore v. United States*, 600 U.S. __ (2023). La dichiarazione è allegata alle ordinanze emesse in data 8 settembre 2023 ed è consultabile sul sito web istituzionale *supremecourt.gov*.

[103] Cfr. *Letter from Richard J. Durbin to the Hon. John G. Roberts, Jr., Chief Justice of the Supreme Court of the United States*, 3 agosto 2023, reperibile su *judiciary.senate.gov*, sito web della Commissione Giustizia del Senato; la lettera è cofirmata da tutti i membri della Commissione Giustizia di estrazione democratica, eccezione fatta per il senatore della Georgia Thomas Jonathan Ossoff. Secondo i Senatori, «*[t]his episode again illustrates why legislation establishing stronger, enforceable ethics standards for the Court is of paramount importance. The Court is mired in an ethical crisis of its own making, yet its only response has been a weak statement on ethics that Justice Alito has apparently ignored*».

e con gli esercenti la professione forense – rammentando altresì come alcuni suoi colleghi, come Ruth Bader Ginsburg e Neil Gorsuch, abbiano scritto libri in collaborazione con avvocati comparsi dinanzi alla Corte Suprema nella loro veste professionale. Le considerazioni del Giudice si estendono tuttavia ad ulteriori categorie di soggetti: membri del Congresso che hanno sostenuto o ostacolato la loro nomina, ex colleghi e *law clerks*. Così, osserva conclusivamente Alito, *«if we recused in such cases, we would regularly have less than a full bench, and the Court's work would be substantially disrupted and distorted»*[104].

Ciò detto, deve comunque rilevarsi come – sebbene il dettato normativo imponga la ricusazione in determinate circostanze – la scelta di un giudice di astenersi dal giudizio sia completamente rimessa alla sua personale determinazione e, pertanto, non sia sottoposta ad alcuna forma di controllo esterno[105]. Inoltre, la mancata ricusazione non costituisce una condotta tale da integrare un illecito disciplinare[106]. Dunque, l'unica garanzia di imparzialità del giudizio è legata al potere della parte soccombente di impugnare la sentenza dinanzi ad una corte superiore. Una possibilità, quest'ultima, tuttavia circoscritta per le decisioni delle corti federali di appello – la cui revisione è subordinata alla concessione del *writ of certiorari* – e nulla per la Corte Suprema che, come tale, è giudice di ultima istanza.

3.4. *Il codice etico per i giudici delle corti inferiori e le linee guida adottate dalla* Judicial Conference of the United States

Alle disposizioni dello *United States Code* si affianca la previsione di un *Code of Conduct of the United States Judges*, adottato per la prima volta dalla

[104] *Moore v. United States*, 600 U.S. __ (2023).

[105] Nelle parole del Presidente Rehnquist, «*[t]he judge will presumably know more about the factual background of his involvement in matters which form the basis of the motion than do the movants [...]*» (cfr. 409 U.S. 824, 824 n. 1 (1972) (Memorandum of Rehnquist, C.J.)). Anche nella maggior parte delle corti statali la decisione di ricusarsi è completamente rimessa al giudice; cfr. L. W. Abramson, *Deciding Recusal Motions: Who Judge the Judges?*, in *Valparaiso University Law Review*, 1994, 28(2), p. 543 ss., 545-551.

[106] Secondo la *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. E, Ch. 3, Rule 4(b)(1), «*[c]ognizable misconduct does not include an allegation that calls into question the correctness of a judge's ruling, including a failure to recuse*».

Judicial Conference nell'aprile del 1973[107]. Il Codice trova applicazione per i giudici federali delle corti distrettuali – compresi i giudici fallimentari e i *magistrate judges* – e delle corti di appello, così come per i giudici della *Court of International Trade* e della *Court of Federal Claims*. Successivamente, è stato fatto proprio anche dalla *Tax Court*, dalla *Court of Appeals for Veteran Claims* e dalla *Court of Appeals for the Armed Forces*. Al Codice si aggiungono inoltre i pareri consultivi rilasciati, su delega della *Judicial Conference*, dalla *Committee on Codes of Conduct*[108] e i regolamenti predisposti dalla stessa Conferenza in materia di regali[109] e di onorari e redditi diversi da quelli derivanti dallo svolgimento dell'attività giurisdizionale[110]. Questi ultimi due sono stati adottati formalmente dalla Corte Suprema con risoluzione datata 18 febbraio 1991[111].

Nella relazione annuale predisposta per il 2011 – anno in cui, si rammenta, vengono rivelate al pubblico le lacune delle precedenti dichiarazioni finanziarie di Clarence Thomas – il *Chief Justice* Roberts avverte l'esigenza di chiarire le ragioni per cui un codice etico pensato per i giudici delle corti federali inferiori non possa trovare applicazione anche nei confronti della Corte Suprema. Secondo il Presidente, «*The Code of Conduct, by its express terms, applies only to lower federal court judges. That reflects a fundamental difference between the Supreme Court and the other federal courts. Article III of the Constitution creates only one court, the Supreme Court of the United States, but it empowers Congress to establish additional lower federal courts that the Framers knew the country would need. Congress instituted the Judicial Conference for the benefit of the courts it had created. Because the Judicial Conference is an instrument for the management of the lower federal courts, its committees have no mandate to prescribe rules or standards for any other body*»[112].

Questo non vuol dire, afferma Roberts, che il Codice non costituisca un'importante linea guida *anche* per i giudici della Corte Suprema. Il

[107] JCUS-APR 1973, p. 9 ss. Il *Code of Conduct* non deve essere confuso con il *Model Code of Judicial Conduct* adottato dall'*American Bar Association* nel 1924. Esiste comunque una reciproca influenza tra la Conferenza Giudiziaria e l'ABA nell'elaborazione di princìpi etici per i giudici; cfr. A. J. Lievense – A. Cohn, *The Federal Judiciary and the ABA Model Code: The Partying of The Ways*, in *The Justice System Journal*, 2007, 28(3), p. 271 ss.

[108] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. B, Ch. 2.

[109] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. C, Ch. 6.

[110] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. C, Ch. 10.

[111] Supreme Court of the United States, *Resolution*, 18 febbraio 1991.

[112] J. G. Roberts, *2011 Year-End Report on the Federal Judiciary*, cit., p. 3 ss.

Presidente riconosce infatti come «*all Members of the Court do in fact consult the Code of Conduct in assessing their ethical obligations*», pur rilevando come il testo non possa rispondere adeguatamente a considerazioni etiche e morali attinenti specificamente alla corte di ultima istanza del sistema giudiziario federale[113]. A tal fine, i *Justices* – così come gli altri giudici federali – possono esaminare sentenze, trattati, decisioni disciplinari e consultarsi con i rispettivi colleghi. Affermazioni analoghe, si è detto, si rinvengono nello *Statement on Ethics Principles and Practices* rilasciato dalla Corte Suprema nell'aprile 2023[114].

I princìpi deontologici cui devono attenersi i giudici sono comunque formulati in termini assai lati. La disposizione di esordio del Codice individua in maniera chiara e lineare il legame che sussiste tra l'adozione di princìpi di comportamento improntati alla correttezza, imparzialità e diligenza e la fiducia dei cittadini nel giudiziario – l'unico, tra i poteri, a non godere di alcuna legittimazione democratica[115]. Così, «*an independent and honorable judiciary is indispensable to justice in our society*» e pertanto, «*[a] judge should maintain and enforce high standards of conduct and should personally observe those standards, so that the integrity and independence of the judiciary may be preserved*»[116]. I quattro canoni successivi enunciano poi princìpi e linee guida che devono indirizzare gli esercenti la funzione giudiziaria sia nello svolgimento delle attività specificamente attinenti al proprio ufficio, che nella conduzione della propria vita personale e sociale. Il giudice deve quindi evitare ogni condotta che sia o possa apparire sconveniente e inappropriata, impegnandosi nel rispetto della legge ed evitando che interessi di natura familiare, sociale, politica o finanziaria possano influenzare il suo comportamento e il suo giudizio[117]. Allo stesso tempo, il giudice è tenuto all'adempimento dei suoi doveri con equità, imparzialità e diligenza – nello svolgimento sia delle funzioni giurisdizionali, che di quelle prettamente amministrative[118]. Il Codice etico prende altresì in considerazione lo

[113] J. G. Roberts, *2011 Year-End Report on the Federal Judiciary*, cit., p. 4.

[114] Cfr. *supra* § 2.

[115] È la c.d. difficoltà contromaggioritaria, su cui si veda per tutti A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-London, 1986.

[116] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 1.

[117] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 2.

[118] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 3. In questa sezione del Codice è disciplinata anche la ricusazione – in maniera del tutto identica a quanto previsto da 28 U.S.C. § 455.

svolgimento di attività diverse da quelle giurisdizionali – ammesse purché non incompatibili con gli obblighi dell'ufficio[119] – e le interazioni tra potere giudiziario e politica[120]. Il testo non prevede, comunque, alcun meccanismo di *enforcement* ed evidenzia altresì come non tutte le violazioni debbano necessariamente determinare un'azione disciplinare[121].

Ciò detto, deve rammentarsi come le indicazioni fornite dal Presidente Roberts siano state giudicate dalla dottrina ampiamente insoddisfacenti. Così, è stato osservato come «*Chief Justice Robert's response gave very little new insight into how the Justices actually approach ethical issues*»[122]. Per alcuni, «*the Chief Justice's report was dissatisfying, question-begging, and at least a little bit arrogant*»[123]. Dalla prassi emerge invero che i giudici della Corte Suprema si siano talvolta significativamente discostati dai princìpi etici sanciti dal Codice[124].

---

[119] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 4.

[120] *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 5.

[121] Cfr., a titolo esemplificativo, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 114 (D.C. Cir. 2001) («*The Code of Conduct contains no enforcement mechanism [...]*») e *White v. NFL*, 585 F.3d 1129, 1140 (8th Cir. 2009) («*The Code of Conduct [...] established aspirational rules and relies upon self-enforcement [...]*»).

[122] Così S. A. Ifill, *Justice and Appearance of Justice*, cit., p. 334.

[123] Così si esprime Eric. J. Segall in S. A. Ifill – E. J. Segall, *op. cit.*, p. 337.

[124] Ad esempio, sebbene il Codice etico chieda ai giudici di evitare qualsiasi tipo di commento sui candidati ai pubblici uffici, *Justice* Ruth Bader Ginsburg – nel corso di un'intervista con il giornalista della CNN Joan Biskupic – ha criticato apertamente Donald Trump, lasciando altresì trasparire un personale convincimento sulla futura vittoria alle presidenziali del 2016 di Hillary Clinton; cfr. J. Biskupic, *Justice Ruth Bader Ginsburg calls Trump a "faker", he says she should resign*, in *CNN*, 13 luglio 2016, reperibile sul sito web *edition.cnn.com*. Anche Sandra Day O'Connor aveva manifestato contrarietà rispetto alla possibile vittoria di Al Gore alle presidenziali del 2000; cfr. J. Bravin – R. B. Schmitt – R. S. Greenberger, *Bush v. Gore Has Personal Angle for Some Supreme Court Justices*, in *The Wall Street Journal*, 12 dicembre 2000, reperibile sul sito web *wsj.com*. Un altro profilo rispetto al quale i *Justices* hanno dimostrato scarsa sensibilità è la partecipazione a eventi di beneficenza. Nonostante il Codice etico per i giudici delle corti federali inferiori – all'epoca, come si vedrà, l'unico codice di condotta in vigore – prevedesse che «*a judge should not personally participate in fund-raising activities, solicit funds for any organization, or use or permit the use of the prestige of judicial office for that purpose*», i giudici Scalia e Thomas risultano aver preso parte all'annuale cena di beneficenza organizzata dalla *Federalist Society* in qualità di ospiti d'onore; cfr. A. Rosenthal, *Step Right Up. Buy Dinner With a Justice*, in *The New York Times*, 10 novembre 2011, reperibile sul sito web *nytimes.com*. Più recentemente, è stata portata all'attenzione dell'opinione publica anche la partecipazione a cene di beneficenza da parte della giudice Kagan; cfr. M. Schwartz – J. Newsham – K. Long, *Buying face time: A secret invite list shows how big donors gain access to Supreme Court justices*, in *Business Insider*, 24 luglio 2023, reperibile sul sito web *businessinsider.com*.

4. *Il quadro normativo: alcune considerazioni d'insieme*

Il quadro normativo sino a qui sinteticamente illustrato suggerisce alcune riflessioni che appaiono preliminari alla valutazione delle proposte di legge in materia di condotta ed etica dei giudici della Corte Suprema.

Innanzitutto, si è già accennato al fatto che l'*Ethics in Government Act* – nonostante un ambito di applicazione assai esteso – tralasci alcuni aspetti di dettaglio che renderebbero i *financial disclosures* più esaustivi e, pertanto, il loro scrutinio più completo. È il caso, ad esempio, degli obblighi di trasparenza previsti al fine di supervisionare il potenziale conflitto di interessi derivante dai rapporti personali e professionali intrattenuti dal coniuge o dai parenti stretti[125]. Osservazioni analoghe possono essere tuttavia svolte anche con riferimento all'obbligo di denuncia delle transazioni immobiliari: il dichiarante è chiamato a fornire una breve descrizione della compravendita, la data in cui questa è stata perfezionata e il valore della stessa, ma non è tenuto a specificare il nominativo dell'acquirente – e, questo, nonostante tale voce sia presente nel modulo fornito ai giudici dalla Conferenza Giudiziaria, così creando, quantomeno, una legittima aspettativa nel pubblico[126].

In secondo luogo, non può non osservarsi come – anche volendo riconoscere una certa ambiguità nella nozione di ospitalità a titolo personale prima della sua ulteriore specificazione ad opera della *Committee on Financial Disclosures*[127] – il dettato normativo lasci scarso margine di interpretazione per le voci che, al contrario, devono essere obbligatoriamente inserite nella relazione. In altri termini, risulta difficile giustificare la mancata dichiarazione di regali ricevuti da un figlio in virtù del rapporto di parentela che lega quest'ultimo al giudice dichiarante, o della vendita di beni immobili il cui valore sia superiore ai mille dollari, richiamando l'applicazione di prassi condivise tra gli stessi *Justices*.

[125] Sul punto si veda *supra* § 3.1.

[126] Cfr., in particolare, 5 U.S.C. § 13104(a)(5). Formalmente, dunque, le contestazioni mosse da testate giornalistiche e società civile al giudice associato Neil Gorsuch con riferimento alla vendita di una proprietà immobiliare all'amministratore delegato dello studio legale *Greenberg Traurig* non costituiscono di per sé una violazione dell'*Ethics in Government Act*. Non rimane dunque che interrogarsi sulla finalità e utilità della voce «*identity of buyer/seller (if private transaction)*» inserita nella sezione VII del modulo, intitolata a «*investments and trusts*».

[127] Cfr. *supra* § 3.1.

Allo stesso tempo, è evidente che i sistemi di controllo predisposti dall'*Ethics in Government Act* al fine di verificare il corretto adempimento degli obblighi di dichiarazione non siano – quantomeno per il potere giudiziario – particolarmente efficaci: le vicende di cui si è reso protagonista il giudice Thomas negli anni sono chiara testimonianza del fatto che lacune significative nelle relazioni predisposte dai *Justices* possono passare inosservate per decenni. Peraltro, non può non osservarsi come le procedure adottate dalla Conferenza Giudiziaria per garantire il rispetto della legge nel caso in cui questa rilevi o venga a conoscenza di una sua violazione non siano affatto chiare e trasparenti. In una recente lettera indirizzata al Segretario della *Judicial Conference*, il senatore democratico Sheldon Whitehouse ha evidenziato l'opacità del procedimento svoltosi nel 2011 dinanzi alla *Committee on Financial Disclosure* per valutare la completezza delle relazioni di Clarence Thomas e, in particolare, la mancata dichiarazione da parte di quest'ultimo delle fonti di guadagno della moglie Ginni. Nelle parole di Whitehouse, «*[t]he public does not even know which members of the Judicial Conference serve on the Committee on Financial Disclosure. Nor does the public know the rules governing the Committee's process for deliberating on these matters*»[128].

Sintomo di una lacuna di trasparenza nella gestione dei *financial disclosures* dei giudici federali è indubbiamente la mancanza – quantomeno fino a poco tempo fa – di un database ufficiale che consentiva ai cittadini di accedere liberamente a suddette dichiarazioni. Invero, solo nel 2022 il Congresso ha approvato con una maggioranza bipartisan il *Courthouse Ethics and Transparency Act*, imponendo all'Ufficio amministrativo delle corti di giustizia statunitensi di predisporre una banca dati ufficiale entro sei mesi dalla promulgazione della legge[129]. Prima di allora, i *financial disclosures* di tutti i giudici federali erano reperibili online – seppur in forma limitata – solo tramite il database predisposto dall'associazione senza scopo di lucro *Free Law Project*[130].

---

[128] *Letter from Sen. Sheldon Whitehouse to the Hon. Roslynn R. Mauskopf, Director, Administrative Office of the United States Courts*, 5 maggio 2023, reperibile sulla pagina web del senatore S. Whitehouse all'indirizzo *whitehouse.senate.gov*.

[129] Cfr. *Courthouse Ethics and Transparency Act*, Pub. L. No. 117-125, 136 Stat. 1205 (2022).

[130] Il database creato dal *Free Law Project* – inizialmente impiegato in via esclusiva dal *The Wall Street Journal* per un'inchiesta relativa al rispetto dell'*Ethics in Government Act* e, poi, messo a disposizione del pubblico – raccoglie i *financial disclosures* di giudici statali e federali,

La mancanza di trasparenza pare essere il *leitmotiv* anche del rapporto tra *Justices* e ricusazione. Sebbene i giudici della Corte Suprema abbiano sporadicamente avvertito l'esigenza di spiegare al pubblico la scelta di non ricusarsi, «*the stunning lack of transparency in these practices remains unchanged, and leaves litigants and the public largely unable to understand, track, or assess how or whether the Court's determinations adhere to the letter and the spirit of the statute*»[131]. La prassi dimostra come la scelta di non partecipare alla discussione e alla decisione di un particolare caso sia essenzialmente rimessa alla sensibilità del singolo *Justice*[132]. Il ruolo della Corte Suprema come giudice di ultima istanza imporrebbe, al contrario, una maggiore chiarezza e comprensibilità delle scelte in materia di ricusazione, sia nella prospettiva di una piena garanzia del *due process of law* così come tutelato dal Quinto Emendamento, che nella direzione di fornire indicazioni circa l'interpretazione della legge federale alle corti inferiori, alle parti processuali e al pubblico. Nel rigettare la mozione di ricusazione presentata nei suoi confronti dal *Sierra Club* in *Cheney v. United States District Court*, Antonin Scalia osservava come l'istante non fosse stato in grado di citare un solo precedente rilevante ai fini del caso di

con una copertura completa delle dichiarazioni presentate da ogni *judge*, *justice* e *magistrate* tra il 2011 e il 2018. Non sono invece disponibili tutti i *financial disclosures* per il periodo precedente. Invero, fino al 2022, il dettato normativo prevedeva che le dichiarazioni fossero conservate per un periodo di sei anni, a seguito del quale si poteva procedere alla loro distruzione; cfr. 5a U.S.C. § 105(d)(2) e (3) (2021). La suddetta disposizione è stata tuttavia recentemente abrogata dal Congresso con *An Act to make revisions in title 5, United States Code, as necessary to keep the title current, and to make technical amendments to improve the United States Code*, Pub. L. No. 117-286, 136 Stat. 4196 (2022). Il database è reperibile al link: *courtlistener.com/financial-disclosures/*.

[131] Così S. A. Ifill, *Justice and Appearance of Justice*, cit., p. 336.

[132] Cfr. S. A. Ifill, *Do Appearances Matter*, cit., p. 620 ss., in cui l'Autrice confronta la particolare attenzione mostrata da Thurgood Marshall – che si è sempre ricusato in tutti i casi in cui la NAACP o il NAACP *Legal Defense and Educational Fund* comparivano in qualità di parte processuale, evitando altresì di partecipare alle decisioni relative alle istanze di presentazione di *amicus curiae briefs* da parte delle medesime associazioni – e lo standard, decisamente meno rigido, adottato in *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824 (1972) dal Presidente Rehnquist – il quale aveva in precedenza testimoniato davanti al Senato, in qualità di *Assistant Attorney General* per l'amministrazione Nixon, sulla questione oggetto di controversia. Peraltro, che la ricusazione dipenda fortemente dalla sensibilità del singolo giudice è dimostrato anche dal fatto che solo alcuni hanno deciso di rendere pubbliche le ragioni della propria scelta di non ricusarsi.

specie (sic!)[133]. Diversi commentatori hanno osservato come la Corte Suprema trarrebbe beneficio in termini di *accountability* dalla pubblicazione delle motivazioni sottese alla ricusazione – quantomeno nel caso in cui sia stata avanzata istanza di parte[134].

Altrettanto elusive appaiono le indicazioni fornite da Roberts rispetto al ruolo guida che il Codice etico per i giudici federali avrebbe anche nei confronti dei *Justices* – che nella prassi hanno tenuto condotte che, se non altro, sollevano dubbi circa l'immagine di imparzialità della *Supreme Court*. Come evidenziato dal Presidente, l'estensione aprioristica di un testo elaborato dalla Conferenza Giudiziaria suscita perplessità nei termini del rapporto di superiorità gerarchica che lega la Corte Suprema ai giudici federali distrettuali e di appello[135]. Soprattutto, un codice ideato per le corti

---

[133] Cfr. 541 U.S. 913, 922 (2003) (Memorandum of Scalia, J.) («*When I learned that Sierra Club had filed a recusal motion in this case, I assumed that the motion would be replete with citations of legal authority [...] the motion gives not a single instance in which, under even remotely similar circumstances, a Justice has recused or been asked to recuse. Instead, the argument section of the motion consists almost entirely of references to, and quotations from, newspaper editorials*»).

[134] Cfr. in ordine cronologico J. P. MacKenzie, *op. cit.*, p. 235 ss.; D. L. Bassett, *Recusal and the Supreme Court*, in *Hastings Law Journal*, 2005, 56(4), p. 657 ss., 695-697; A. Frost, *Keeping Up Appearances: A Process-Oriented Approach to Judicial Recusal*, in *University of Kansas Law Review*, 2005, 53(3), p. 531 ss., 589-590; G. D. Serbulea, *Due Process and Judicial Disqualification: The Need for Reform*, in *Pepperdine Law Review*, 2011, 38(4), p. 1109 ss., 1146; S. Levy, *Your Honor, Please Explain: Why Congress Can, and Should, Require Justices to Publish Reasons for Their Recusal Decisions*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2014, 16(4), p. 1161 ss., *passim*; R. J. Hume, *Ethics and Accountability on the Supreme Court: An Analysis of Recusal Practices*, Albany, 2017, p. 130 ss.; E. J. Segall, *Invisible Justices: How Our Highest Court Hides from the American People*, in *Georgia State University Law Review*, 2016, 32(4), p. 787 ss., 800. In senso contrario si esprime invece L. J. Virelli II, *Congress, the Constitution, and Supreme Court Recusal*, cit., p. 1551 ss.

[135] In termini analoghi a quelli del Presidente Roberts si è espresso anche Anthony Kennedy nell'ambito di un'audizione parlamentare tenutasi nell'aprile 2011. In particolare, secondo il Giudice associato, «*[it would be] structurally unprecedented for district and circuit court judges to make rules that Supreme Court judges have to follow*». Così riporta A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, in *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2013, 26(3), p. 443 ss., 455 n. 63. In dottrina si veda anche P. M. Shane, *Who May Discipline or Remove Federal Judges? A Constitutional Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 142(1), p. 209 ss., 236 n. 106, il quale manifesta la sua contrarietà rispetto alla possibilità che «*judges whose work is routinely reviewed by the Supreme Court might be authorized to discipline the justices reviewing them*». Giova sinteticamente rammentare come il rapporto gerarchico tra la Corte Suprema e le altre corti federali discenda direttamente dal dettato costituzionale, che attribuisce il potere giudiziario «ad una Corte Suprema e a quelle corti *di grado inferiore* che il Congresso

inferiori non è effettivamente in grado di cogliere le peculiarità di una corte di ultima istanza divenuta oramai una vera e propria corte costituzionale[136]. Indubbiamente, la sua posizione apicale nel sistema giudiziario e il ruolo che questa assume nel complessivo assetto istituzionale impongono considerazioni diverse in materia di ricusazione – e, questo, nella prospettiva di assicurare la funzionalità di un organo giurisdizionale composto da soli nove membri, l'assenza di uno dei quali può alterare significativamente gli esiti del giudizio. Ancora, la maggiore esposizione mediatica dei *Justices* rispetto ai colleghi di grado inferiore – in proposito, sia sufficiente rammentare la crescente attenzione con cui la società civile segue i *confirmation hearings*[137] – si accompagna ad un più frequente coinvolgimento in eventi pubblici di carattere anche non formativo, così come a necessità

potrà di volta in volta creare e costituire» (enfasi aggiunta). Sul punto J. E. Pfander, *One Supreme Court: Supremacy, Inferiority, and the Judicial Department of the United States*, Oxford, 2009, p. xii ha osservato come «*[a]part from creating one "supreme" court with supervisory authority, the Constitution takes care to ensure that all other adjudicative bodies remain inferior to that one court [...]. Inferiority means that the courts and tribunals in question must remain subject to the oversight and control of the Supreme Court*». Non mancano tuttavia voci secondo le quali l'esercizio del potere del Congresso di configurare eccezioni alla giurisdizione di appello della Corte Suprema abbia minato l'autorità di quest'ultima rispetto alle corti inferiori; così si esprimono S. Calabresi – G. S. Lawson, *Equity and Hierarchy: Reflections on the Harris Execution*, in *The Yale Law Journal*, 1992, 102(1), p. 255 ss., 276 secondo i quali la *Exception Clause* «*plainly diminishes the extent to which the Supreme Court is hierarchically dominant over the inferior courts*».

[136] Cfr. per tutti G. Morbidelli, *Il potere giudiziario*, in G. Morbidelli – L. Pegoraro – A. Reposo – M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, p. 683 ss., 708-711.

[137] Un profilo, quest'ultimo, frequentemente evidenziato dagli scienziati politici; si veda a titolo esemplificativo J. G. Gimpel – R. M. Wolpert, *Opinion-Holding and Public Attitudes Toward Controversial Supreme Court Nominees*, in *Political Research Quarterly*, 1996, 49(1), p. 163 ss., 164 in cui gli Autori rilevano che «*[t]he high salience of recent Supreme Court nominations and the new style of political campaigning appear to have transformed the selection process from an elite affair to one with a popular dimension*»; J. L. Gibson – G. A. Caldeira, *Confirmation Politics and the Legitimacy of the U.S. Supreme Court: Institutional Loyalty, Positivity Bias, and the Alito Nomination*, in *American Journal of Political Science*, 2009, 53(1), p. 139 ss., 145 osservano come «*[...] the Alito nomination was salient and significant to the American people*»; anche P. M. Collins Jr. – L. A. Ringhand, *The Institutionalization of Supreme Court Confirmation Hearings*, in *Law & Social Inquiry*, 2016, 41(1), p. 126 ss., 134 definiscono le audizioni come «*highly salient events*», con la conseguenza che «*the appearance of senators at the hearings raises their profile in the public eye, allowing them to advertise*». In dottrina, giova rammentare anche R. Davis, *Supreme Democracy. The End of Elitism in Supreme Court Nominations*, Oxford, 2017, p. 80 ss., che parla di una democratizzazione del processo di conferma dei giudici della Corte Suprema, evidenziando il ruolo assunto da gruppi di interesse, dai media e dall'opinione pubblica.

diverse in termini di sicurezza personale per il giudice e la sua famiglia[138]. Tali esigenze potrebbero essere affrontate attraverso la creazione di un *framework* specifico che regoli la vita personale e professionale dei *Justices* o comunque tramite un necessario adattamento del *Code of Conduct*. Allo stato attuale, tuttavia, il rischio è che nell'opinione pubblica si diffonda la percezione dell'esistenza di un duplice standard di moralità per i pubblici funzionari – con ripercussioni sulla legittimazione del potere giudiziario e, segnatamente, della *Supreme Court*: da un lato, un assetto più rigoroso per i membri di Esecutivo e Legislativo – rispetto ai quali, peraltro, i regolamenti prevedono obblighi e divieti più stringenti[139]; dall'altro, una maggiore flessibilità per i titolari del potere giurisdizionale, non eletti democraticamente e rimovibili solo tramite *impeachment*.

Da ultimo, alcune necessarie considerazioni sul rapporto tra legislatore, corti ed etica. Con quello che la dottrina ha definito un vero e proprio colpo di avvertimento – «*a shot across Congress's bow*»[140] –, la relazione di fine anno del 2011 solleva dubbi sul potere del Congresso di regolamentare la condotta professionale dei giudici federali. Nel menzionare l'imposizione degli obblighi di trasparenza di cui all'*Ethics in Government Act*, il Presidente Roberts ha tenuto a precisare che «*the Court has never addressed whether Congress may impose those requirements on the Supreme Court*»[141], rammentando poi come

[138] In proposito, deve rilevarsi come nel corso dell'ultimo anno il *Chief Justice* Roberts abbia posto l'accento sulla necessità di garantire la sicurezza dei giudici federali. Segnatamente, nella relazione di fine anno predisposta per il 2022, il Presidente rileva come «*[t]he law requires every judge to swear an oath to perform his or her work without fear or favor, but we must support judges by ensuring their safety*»; cfr. J. G. Roberts, *2022 Year-End Report on the Federal Judiciary*, 2022, p. 1 ss. reperibile sul sito web istituzionale *supremecourt.gov*. Analoghe considerazioni si rinvengono nello *Statement on Ethics Principles and Practices* rilasciato dalla Corte Suprema nell'aprile 2023, in cui il *Chief Justice* così osserva: «*judges at all levels face increased threats to personal safety. These threats are magnified with respect to Members of the Supreme Court, given the higher profile of the matters they address*»; cfr. *Letter from John G. Roberts, Jr., to the Hon. Richard J. Durbin, Chair, Committee on the Judiciary of the United States Senate*, 25 aprile 2023, cit.

[139] Sul punto si veda *infra* § 5.1., nota n. 169.

[140] Così A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, cit., p. 446. L'Autrice ha recentemente condiviso le sue riflessioni con la Commissione Giustizia del Senato, di fronte alla quale è stata chiamata a rendere testimonianza lo scorso 2 maggio 2023. Per la registrazione audiovisiva dell'audizione si rinvia al sito istituzionale della *Committee on the Judiciary* all'indirizzo *judiciary.senate.gov*.

[141] J. G. Roberts, *2011 Year-End Report on the Federal Judiciary*, cit., p. 6.

anche la disciplina in materia di ricusazione «*has never been tested*»[142]. Le parole del *Chief Justice* toccano quella che ancora oggi è una questione aperta, di rilevanza centrale nel dibattito sull'imposizione di un codice etico per la Corte Suprema. Seppur distinguendo talvolta tra la posizione delle corti federali inferiori e quella della corte di vertice, alcuni commentatori hanno sostenuto che l'intervento legislativo si tradurrebbe necessariamente in una violazione del principio di separazione dei poteri e dell'indipendenza del giudiziario. In proposito, è stato detto che «*a legislatively mandated code [...] would pose serious constitutional problems*»[143]. Tuttavia, a chi scrive appaiono più convincenti le riflessioni condotte da Amanda Frost[144], che rintraccia

[142] J. G. Roberts, *2011 Year-End Report on the Federal Judiciary*, cit., p. 7.

[143] Cfr. K. Hopkins, *Supreme Court Leaks and Recusals: A Response to Professor Steven Lubert's SCOTUS Ethics in the Wake of NFIB v. Sebelius*, in *Valparaiso University Law Review*, 2013, 47(4), p. 925 ss., 933 – in risposta a S. Lubet – C. Diegel, *Stonewalling, Leaks, and Counter-Leaks: SCOTUS Ethics in the Wake of NFIB v. Sebelius*, in *Valparaiso University Law Review*, 2013, 47(4), p. 883 ss. Il riferimento è al *Supreme Court Transparency and Disclosure Act* del 2011, H.R. 862, 112th Cong. (2011-2012), progetto di legge che, tra le altre cose, proponeva l'estensione del Codice etico per i giudici delle corti inferiori anche ai *Justices* della Corte Suprema. Il caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012) – in cui la Corte Suprema si espresse sulla costituzionalità della riforma sanitaria promossa dal Presidente Barack Obama conosciuta come *Obamacare* – è noto per la evidente e significativa divisione emersa in seno alla Corte Suprema in sede decisionale e motivazionale. In particolare, il testo dell'opinione dissenziente dei giudici Scalia, Kennedy, Thomas e Alito lasciava trasparire che il Presidente Roberts aveva inizialmente condiviso la posizione dei colleghi conservatori, per poi cambiare idea in un secondo momento. Tali impressioni furono confermate da un articolo pubblicato nel luglio 2012 da CBS, che rivelava i tentativi di Kennedy di convincere il Presidente a schierarsi nuovamente con la frangia conservatrice della Corte, oltre che una serie di informazioni piuttosto specifiche sul processo decisionale e di preparazione delle bozze. Dall'articolo traspariva dunque che la giornalista Jan Crawford avesse ottenuto informazioni direttamente da uno o più giudici della stessa Corte Suprema nell'ambito di una vera e propria fuga di notizie – da qui, l'attenzione dei commentatori sul tema della condotta professionale dei *Justices*, all'epoca dei fatti oggetto di discussione politica con la promozione da parte dei democratici del *Supreme Court Transparency and Disclosures Act*. Con specifico riferimento alla ricusazione si veda L. J. Virelli, *The (Un)constitutionality of Supreme Court Recusal Standards*, in *Wisconsin Law Review*, 2011, 6, p. 1181 ss., 1233, che commentando la normativa di cui alla Sezione 455 del Titolo 28 dello *United States Code*, conclude che «*constitutional text, history, practice, and structure all suggest that the Court, rather than Congress, should be the sole arbiter of its substantive recusal standards*».

[144] A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, cit., p. 456 ss. A favore delle tesi dell'Autrice si sono altresì espressi D. Epps – G. Sitaraman, *The Future of Supreme Court Reform*, in *Harvard Law Review*, 2020, 134(7), p. 398 ss., 403-404. Similarmente, C. G.

l'autorità del legislatore di disciplinare l'etica giudiziaria nel primo articolo della legge fondamentale, nella misura in cui questo attribuisce al Congresso il potere di emanare tutte quelle leggi che siano necessarie e adatte (*proper and necessary*) a svolgere il suo mandato costituzionale[145] – mandato in cui rientra anche assicurare una corretta amministrazione della giustizia[146]. Nella sinteticità ed essenzialità dell'articolo III, il Legislativo si è precocemente trovato a dover fissare con legge le modalità di funzionamento della Corte Suprema, determinandone la composizione numerica e il quorum[147], le date delle sessioni[148] ed imponendo ai suoi giudici un giuramento di imparzialità[149]. Nel fare questo, il Congresso ha gettato le basi per un esercizio del potere giudiziario che fosse efficace e legittimo – obiettivo nella cui direzione si pone anche la regolamentazione della condotta professionale della Corte Suprema. Nelle parole di Frost, dunque, «*Congress's authority over judicial ethics is less surprising once one realizes that Congress has long assumed the power to regulate many important aspects of the Court's daily activities*»[150]. Questo non vuol dire che il potere del Congresso di disciplinare l'etica giudiziaria sia illimitato, né tantomeno che un intervento esogeno sia

Geyh, *Judicial Independence, Judicial Accountability, and the Role of Constitutional Norms in Congressional Regulation of the Courts*, in *Indiana Law Journal*, 2003, 78(1), p. 153 ss., 160, osserva che «*[...] the judicial independence the Constitution gives to the third branch is counterbalanced by powers the Constitution delegates to the first branch to promote judicial accountability*».

[145] Cfr. art. I, sec. 8 della Costituzione statunitense («*The Congress shall have the power [...] 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*»).

[146] In proposito, J. Harrison, *The Power of Congress over the Rules of Precedent*, in *Duke Law Journal*, 2000, 50(2), p. 503 ss., 532 osserva che «*Congress's necessary and proper power is precisely the power to provide those rules that will enable the other two branches to do their jobs more effectively*». Sul punto A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, cit., p. 457 ss. evidenzia come il testo costituzionale taccia volutamente su numerosi aspetti relativi all'amministrazione della giustizia – e, questo, al contrario di quanto accada per il potere legislativo, rispetto al quale la Costituzione regola sessioni e quorum e riconosce il potere di autoregolamentazione.

[147] 28 U.S.C. § 1.

[148] 28 U.S.C. § 2.

[149] 28 U.S.C. § 453. Così recita il giuramento: «*I, __, do solemnly swear (or affirm) that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich, and that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent upon me as __ under the Constitution and laws of the United States. So help me God*».

[150] A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, cit., p. 459.

preferibile ad una spontanea attività di autoregolamentazione[151]. Tra le diverse soluzioni suggerite negli anni da esponenti politici e dottrina – diretta stesura di un codice da parte del legislatore, estensione dell'ambito di applicazione del *Code of Conduct of the United States Judges* alla Corte Suprema, attribuzione del potere regolamentare alla Conferenza Giudiziaria, imposizione di un obbligo redazionale in capo ai *Justices*[152] –, quest'ultima appare quella maggiormente in grado di preservare l'indipendenza decisionale della *Supreme Court* e mantenere inalterato il ruolo di vertice di quello che è uno dei tre rami del governo federale statunitense.

5. *Un codice etico per la Corte Suprema: le proposte di legge del 2023*

Due sono le principali proposte di legge che, nel corso del 2023, sono state promosse al Congresso al fine di imporre l'introduzione di regole etiche per i giudici della Corte Suprema statunitense: il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*, di matrice democratica, e il *Supreme Court Code of Conduct Act*, co-sponsorizzato dalla senatrice repubblicana Lisa Murkowski.

Non si tratta delle prime iniziative volte ad imporre ai *Justices* l'adozione di un codice etico. Nel corso degli ultimi anni si sono succeduti diversi progetti di legge finalizzati ad estendere l'applicazione del Codice etico per i giudici federali delle corti inferiori anche alla Corte Suprema – così l'*Anti-Corruption and Public Integrity Act* del 2020[153], l'*Anti-Corruption and Public Integrity Act* del 2022[154] e il *Judicial Ethics and Anti-Corruption Act* del 2022[155];

---

[151] Rispetto a quest'ultima soluzione esprime il suo favore K. Hopkins, *op. cit.*, p. 937, che in precedenza abbiamo detto essere contrario all'estensione legislativa del *Code of Conduct* ai giudici della Corte Suprema; cfr. *supra* § 4, nota n. 143. Parimenti si esprime A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, cit., p. 448, secondo la quale «*[...] even if Congress has the authority to enact such legislation, it may be preferable as a matter of both policy and precedent for the Court to regulate itself*».

[152] A queste diverse soluzioni fa riferimento, ad esempio, la relazione finale della *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* (PCSCOTUS), istituita dal Presidente Joe Biden con l'ordine esecutivo n. 14023 del 9 aprile 2021 al fine di fornire un'analisi bipartisan del dibattito contemporaneo sulla Corte Suprema. Il report è reperibile sul sito istituzionale della Casa Bianca all'indirizzo *whitehouse.gov*.

[153] H.R. 9029, 116th Cong. (2019-2020) e S. 5070, 116th Cong. (2019-2020).

[154] H.R. 9623, 117th Cong. (2021-2022) e S. 5315, 117th Cong. (2021-2022).

[155] H.R. 7706, 117th Cong. (2021-2022) e S. 4177, 117th Cong. (2021-2022).

ad autorizzare la *Judicial Conference* a predisporre un nuovo codice di condotta per tutti i giudici federali – è il caso del *For the People Act* del 2019[156], del *Supreme Court Ethics Act* del 2020[157], del *For the People Act* del 2021[158] e del *Supreme Court Ethics Act* del 2021[159]; ad imporre alla stessa Corte Suprema di procedere all'adozione di un codice per regolamentare deontologicamente la condotta dei *Justices* – così era previsto dal *Twenty-First Century Court Act* del 2020[160], dal *21st Century Courts Act* del 2022[161] e dal *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* del 2022[162].

Fino a questo momento, la lotta politica per una maggiore trasparenza, correttezza ed imparzialità della Corte è stata esclusivamente condotta da esponenti del Partito Democratico – salvo il saltuario appoggio di rappresentanti e senatori indipendenti. Le inchieste giornalistiche della scorsa primavera hanno nondimeno suscitato disapprovazione anche in alcuni repubblicani, tra i quali la senatrice Murkowski. Tuttavia, complessivamente, la maggioranza del Partito Repubblicano appare contraria all'adozione di un codice etico per la Corte Suprema, considerando la proposta degli avversari politici come un mezzo attraverso il quale contenere l'operato dell'attuale supermaggioranza conservatrice. Allo stato attuale, dunque, è il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* che rappresenta effettivamente terreno di scontro tra liberali e conservatori[163].

---

[156] H.R. 1, 116th Cong. (2019-2020) e S. 949, 116th Cong. (2019-2020).

[157] H.R. 1057, 116th Cong. (2019-2020) e S. 393, 116th Cong. (2019-2020).

[158] H.R. 1, 117th Cong. (2021-2022), S. 1, 117th Cong. (2021-2022) e S. 2093, 117th Cong. (2021-2022).

[159] H.R. 4766, 117th Cong. (2021-2022) e S. 2512, 117th Cong. (2021-2022).

[160] H.R. 6017, 116th Cong. (2019-2020).

[161] H.R. 7426, 117th Cong. (2021-2022) e S. 4010, 117th Cong. (2021-2022).

[162] H.R. 7647, 117th Cong. (2021-2022) e S. 4188, 117th Cong. (2021-2022).

[163] Giova rammentare che, sempre in data 9 febbraio 2023, i democratici hanno promosso sia alla Camera dei rappresentanti che al Senato il *Supreme Court Ethics Act*, H.R. 927, 118th Cong. (2023-2024), S. 325, 118th Cong. (2023-2024), «*to amend title 28, United States Code, to provide for a code of conduct for justices and judges of the courts of the United States, establish an ethics investigations counsel, and require disclosure of recusals*». La proposta attribuisce alla Conferenza Giudiziaria il compito di predisporre – entro un anno dalla promulgazione della legge – un codice etico per tutti i giudici delle corti federali, compresi i giudici della Corte Suprema. Al fine di indagare sulle presunte violazioni del codice, il *bill* propone l'istituzione di un *Ethics Investigation Counsel*, nominato dalla stessa Corte Suprema per un periodo di quattro anni. Infine, il *Supreme Court Ethics Act* dispone che nel caso in cui un *Justice* decida di ricusarsi o respinga un'istanza di ricusazione, questi

5.1. *Il* Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act: *una proposta di largo respiro*

Procedendo in ordine cronologico, in data 9 febbraio i rappresentanti del Partito Democratico Johnson, Nadler, Quigley e Cicilline hanno promosso alla Camera l'H.R. 926, conosciuto come *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*, il cui fine è quello di «*to amend title 28, United States Code, to provide for a code of conduct for justices of the Supreme Court of the United States, and for other purposes*»[164]. Allo stato attuale, l'H.R. 926 risulta essere sponsorizzato da ulteriori novantatré rappresentanti, tutti esponenti del Partito Democratico. In pari data una proposta analoga è stata introdotta al Senato dai democratici Whitehouse, Blumenthal, Merkley, Booker, Gillibrand, Reed, Feinstein, Warner, Markey, Durbin e Hirono e dall'indipendente Sanders – ai quali si sono aggiunti, poi, ventotto ulteriori co-sponsor[165]. Nel momento in cui si scrive, il progetto di legge presentato al Senato ha superato il vaglio della *Senate Committee on the Judiciary*.

La peculiarità del *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* risiede nel fatto che questo colloca l'introduzione di un codice etico per la Corte Suprema nel più ampio tema della trasparenza della Corte, delle campagne di finanziamento a supporto dei potenziali *Justices* e dei rapporti che intercorrono tra i giudici e soggetti esterni, compresi quelli che hanno economicamente sostenuto la loro selezione, nomina e conferma.

Innanzitutto, il *bill* accoglie la prospettiva del Presidente Roberts – secondo il quale, si è detto, l'estensione del Codice per i giudici federali delle corti inferiori ai *Justices* sarebbe inopportuna[166] – ed impone alla Corte Suprema, entro 180 giorni dalla sua promulgazione, di procedere alla redazione di un codice etico dopo averne dato opportuno avviso al pubblico e garantendo la possibilità di presentare osservazioni in conformità con

debba rendere note al pubblico le motivazioni della sua decisione. Nel momento in cui si scrive, la proposta di legge è stata assegnata alla Commissione Giustizia della Camera dei rappresentanti.

[164] Cfr. *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*, H.R. 926, 118th Cong. (2023-2024).

[165] Cfr. *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*, S. 359, 118th Cong. (2023-2024), «*to amend title 28, United States Code, to provide for a code of conduct for Justices of the Supreme Court of the United States, and for other purposes*».

[166] Si veda *supra* §§ 3.4. e 4.

quanto stabilito dal Titolo 28 dello *United States Code*[167]. Avvertendo l'inadeguatezza dell'attuale *Code of Conduct of the United States Judges*, la proposta di legge pone un obbligo analogo sulla Conferenza Giudiziaria, chiamata a redigere un nuovo codice etico per i giudici delle corti federali di appello, delle corti distrettuali – compresi i giudici fallimentari e i *magistrate judges* – e per i giudici della *United States Court for the International Trade*, sempre entro 180 giorni dalla promulgazione della legge e previa consultazione con la società civile. La proposta richiede altresì che la Corte Suprema assicuri la conoscibilità e reperibilità del codice etico, il cui accesso al pubblico deve essere garantito attraverso la sua pubblicazione sul sito istituzionale.

Allo scopo di supervisionare il rispetto da parte dei *Justices* del codice di condotta, il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* sostiene l'istituzione di meccanismi che consentano ai cittadini di sporgere reclamo in caso di violazione del codice, delle disposizioni in materia di ricusazione o, in termini più generali, qualora un giudice ponga in essere condotte in grado di compromettere l'integrità della Corte Suprema. A tal fine, la Corte è chiamata ad introduttore procedure analoghe a quelle previste dal *Judicial Conduct and Disability Act* del 1980, seppur con alcune, necessarie, modifiche in virtù del suo ruolo di vertice del sistema giudiziario federale[168]. La

[167] Il riferimento è a 28 U.S.C. § 2071(b). Specificare che la Corte Suprema debba coinvolgere in certa misura anche la società civile rappresenta peraltro un elemento di novità; secondo il dettato normativo, infatti, l'avviso pubblico e la possibilità di presentare osservazioni sono obbligatori per qualsiasi norma prescritta da una corte federale «*other than the Supreme Court*».

[168] Si veda *supra* § 3.2. In proposito, deve rammentarsi come in passato i repubblicani abbiano più volte presentato proposte di legge – sotto il nome di *Judicial Transparency and Ethics Enhancement Act* – volte all'istituzione di un *Inspector General for the Judicial Branch*, chiamato a condurre indagini sulla presunta negligenza professionale dei giudici federali. Il raggio di azione delle proposte risultava tuttavia variabile: i progetti di legge promossi al Senato attribuivano all'Ispettore Generale il compito di indagare anche sulla condotta dei giudici della Corte Suprema; cfr. S. 220, 111th Cong. (2009-2010); S. 348, 112th Cong. (2011-2012); S. 575, 113th Cong. (2013-2014). I disegni avanzati alla Camera, al contrario, circoscrivevano le funzioni dell'Ispettore «*to the Judicial Branch, other than the United States Supreme Court*»; cfr. H.R. 486, 111th Cong. (2009-2010); H.R. 727, 112th Cong. (2011-2012); H.R. 1203, 113th Cong. (2013-2014). In merito si veda, in dottrina, R. D. Rotunda, *Judicial Transparency, Judicial Ethics, and Judicial Solution: An Inspector General for the Courts*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2010, 41(2), p. 301 ss. Giova comunque evidenziare che le prime proposte in tal senso risalgono alla fine degli anni Novanta; si veda D. M. Hartmus, *Inspection and Oversight in the Federal Courts: Creating an Office of Inspector General*, in *California Western Law Review*, 1999, 35(2), p. 243 ss.

proposta promuove infatti la creazione di una commissione costituita da un numero di giudici pari a cinque scelti tra i *chief judges* delle corti federali di appello (il c.d. *judicial investigation panel*), alla cui attenzione devono sottoporsi i reclami ricevuti. Conclusa l'inchiesta – per lo svolgimento della quale la commissione gode, peraltro, di un novero assai ampio di poteri di indagine –, il *panel* è chiamato a presentare i risultati alla Corte Suprema, accompagnando la relazione finale a raccomandazioni in merito alle azioni più adeguate da intraprendere nel caso di specie, tra cui rientrano espressamente il rigetto del reclamo, l'adozione di provvedimenti disciplinari o la modifica di regole e procedure adottate dalla *Supreme Court* nello svolgimento delle sue attività. Entro trenta giorni dalla loro presentazione alla Corte, i risultati delle indagini e le raccomandazioni della commissione devono essere resi noti al pubblico in tutti i casi in cui quest'ultima non abbia concluso per il rigetto del reclamo. Nell'ipotesi di *dismissal*, la pubblicazione è facoltativa e può essere disposta qualora ritenuta rispondente all'interesse pubblico.

In secondo luogo, la proposta di legge prende in considerazione il tema dei regali, dei compensi e dei rimborsi ricevuti dai giudici o dai loro *law clerks*. Il *Counselor* del Presidente della Corte Suprema, con l'approvazione di quest'ultimo, è chiamato a redigere regole che impongano obblighi di trasparenza in misura almeno analoga a quanto previsto dai regolamenti di Camera e Senato[169].

[169] Si veda *Rules of the House of Representatives*, Rule XXV, clause 5, 118th Cong. (2023-2024) e *Standing Rules of the Senate*, Rule XXXV, 118th (2023-2024). Invero, entrambi i regolamenti disciplinano in maniera particolarmente dettagliata il ricevimento di regali da parte dei rappresentanti, delegati, delegati residenti, senatori, funzionari e dipendenti del Congresso. Lata è la nozione di regalo rilevante ai fini dell'applicazione del regolamento: «*[...] the term "gift" means a gratuity, favor, discount, entertainment, hospitality, loan, forbearance, or any other item having monetary value. The term includes gift of services, training, transportation, lodging, and meals, whether provided in kind, by purchase of a ticket, payment in advance, or reimbursement after the expense has been incurred*». I regolamenti pongono un divieto assoluto di accettare regali provenienti da rappresentanti di interessi registrati (i c.d. *registered lobbyist*), agenti per conto di governi stranieri o entità private che si avvalgono degli uni o degli altri. In tutti gli altri casi, il parlamentare non può accettare regali dal valore superiore ai cinquanta dollari e non può accettare – nel corso del medesimo anno – regali dal valore superiore ai cento dollari provenienti dalla medesima persona. Inoltre, i regali destinati a familiari o a qualsiasi altro individuo la cui ragion d'essere debba essere individuata nel rapporto che questi hanno con il parlamentare sono considerati alla stregua di regali direttamente presentati al rappresentante o al senatore. Dettagliata è anche la disciplina prevista per i

In terzo luogo, il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* introduce per tutti i giudici federali due ulteriori ipotesi di ricusazione: (a) il caso in cui una parte processuale o un terzo affiliato a quest'ultima abbiano avuto un contatto di tipo lobbistico con un giudice o abbiano contribuito economicamente alla sua selezione, conferma o nomina; (b) il caso in cui il giudice, il coniuge o figli minorenni abbiano ricevuto regali, compensi o rimborsi da una parte processuale o un terzo affiliato a quest'ultima nei sei anni precedenti all'assegnazione del caso.

Il *bill* affronta altresì le problematiche emerse in materia di ricusazione in termini di trasparenza ed imparzialità della decisione. Nel caso in cui il giudice ometta di ricusarsi spontaneamente, la proposta di legge introduce infatti la possibilità per le parti di depositare una *motion for disqualification*, da sottoporsi alla valutazione di un *reviewing panel*, per i giudici delle corti inferiori, e della Corte Suprema in assenza del giudice interessato, nel caso di mozioni presentate contro i *Justices*[170]. Il cancelliere di ogni tribunale è chiamato a rendere tempestivamente noti sul sito web della corte i casi di ricusazione e le decisioni sulle mozioni, specificandone le circostanze, ma senza includere alcuna informazione privata o sensibile che non sia necessaria al fine di fornire alle parti in causa e al pubblico una piena comprensione dei motivi della *disqualification* o della decisione del *panel*.

Infine, la proposta di legge prende in considerazione le criticità emerse con riferimento alle interazioni tra parti, «amici della corte» e *Justices*.

In particolare, ricorrente, convenuto e *amici curiae* sono chiamati ad indicare nelle rispettive memorie se (a) nei due anni precedenti dall'inizio della causa hanno predisposto a favore dei giudici regali, compensi o rimborsi – direttamente o tramite propri affiliati, avvocati, studi legali,

---

regali ricevuti a titolo di amicizia; sebbene, di regola, questi siano esclusi dall'applicazione dei limiti e divieti, il parlamentare è chiamato a valutare attentamente la natura del rapporto di amicizia – tenendo conto di come questo si è sviluppato nel corso del tempo, delle condizioni economiche del donante, della possibilità che regali analoghi siano stati presentati anche ad altri colleghi: qualora «*the Member, officer, or employee has reason to believe that, under the circumstances, the gift was provided because of the official position of the Member, officer, or employee and not because of the personal friendship*», si applicano infatti le restrizioni generalmente previste in materia di regali.

[170] Allo stato attuale, la possibilità per la parte di lamentare che il giudice davanti al quale la questione è pendente ha un pregiudizio personale contro di lui o a favore della parte avversa è prevista solo per le corti distrettuali federali (cfr. 28 U.S.C. § 144). Sul punto si veda *supra* § 3.3., nota n. 91.

funzionari, direttori o dipendenti, e (b) se in passato hanno svolto attività di *lobbying* o di supporto economico a sostegno della selezione, conferma e nomina dei giudici della Corte Suprema. Ancora, il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* richiede agli «amici della corte» che si presentano presso la Corte Suprema di rivelare l'identità di tutti coloro che hanno partecipato alla preparazione e all'inoltro della memoria; dei finanziatori che hanno contribuito ad almeno il 3% delle entrate annue lorde dell'*amicus* o di suoi affiliati, nell'anno precedente alla presentazione del *brief*; dei finanziatori che hanno versato all'*amicus curiae* o a suoi affiliati una somma di denaro superiore ai centomila dollari, sempre nel corso dell'anno precedente.

Inoltre, la proposta di legge promuove una modifica, ad opera della Corte Suprema e della Conferenza Giudiziaria, delle *Rules of the Supreme Court* e delle *Federal Rules of Appellate Procedure* al fine di vietare il deposito di *amicus curiae briefs* che possano comportare la ricusazione di un *Justice* o di un giudice federale[171].

5.2. *La minoranza repubblicana e il* Supreme Court Code of Conduct Act

Come in precedenza accennato, a seguito dello scandalo Thomas anche esponenti del Partito Repubblicano hanno manifestato preoccupazione verso il comportamento dei *Justices*, culminata nell'introduzione al Senato, in data 26 aprile 2023, del *Supreme Court Code of Conduct Act*, «*to require the Supreme Court of the United States to issue a code of conduct for the justices of the Supreme Court, and for other purposes*»[172]. Segnatamente, la proposta di legge è stata promossa dal senatore indipendente King ed è attualmente co-sponsorizzata dalla senatrice repubblicana Murkowski.

Il *Supreme Court Code of Conduct Act* si pone come unico obiettivo quello di regolamentare l'introduzione di un codice di condotta per i soli giudici della Corte Suprema. Dunque, in maniera non dissimile da quanto contemplato dalla proposta democratica, il *bill* prevede che, entro e non oltre un anno dalla promulgazione della legge, la Corte Suprema è chiamata

[171] Non può comunque sfuggire che, nel regolamentare la presentazione di *amicus curiae briefs* dinanzi alle corti federali di appello, la U.S.C. Fed. Rules App. Proc. R. 29(a)(2) preveda già che «*[...] a court of appeals may prohibit the filing of or may strike an amicus brief that would result in a judge's disqualification*».

[172] *Supreme Court Code of Conduct Act*, S. 1290, 118th Cong. (2023-2024).

a adottare – previo avviso al pubblico e garantendo la possibilità di presentare osservazioni secondo quanto previsto dal Titolo 28 dello *United States Code* – un codice etico che regoli la condotta del *Chief Justice* e dei *Justices*. Anche in questo caso, la proposta richiede che la Corte garantisca la conoscibilità del codice, che dovrà essere pubblicato in una sottosezione del sito istituzionale.

Diverse, invece, sono le procedure proposte al fine di garantire forme di supervisione sulla condotta dei giudici. Il *Supreme Court Code of Conduct Act* prevede infatti che la stessa Corte Suprema proceda alla designazione di un funzionario che si occupi di gestire «*complaints containing allegations that the Chief Justice of the United States or a justice of the Supreme Court has engaged in, or is engaging in, conduct that is prejudicial to the administration of justice; or in violation of Federal law or the code of conduct*». Il suddetto dipendente federale è chiamato a pubblicare una relazione annuale che dia conto dei reclami presentati e delle misure intraprese per porre rimedio alle violazioni. Infine, la proposta di legge prevede che il *Marshal* della Corte Suprema[173] – dopo essersi consultato con il Presidente e con il funzionario incaricato di gestire i reclami – possa incaricare il personale delle agenzie federali che ricopre ruoli investigativi per assisterlo nello svolgimento di indagini volte a determinare se i *Justices* o qualsiasi dipendente che fa capo a un giudice della Corte Suprema abbiano tenuto o stiano tenendo condotte pregiudizievoli per l'amministrazione della giustizia o contrarie alla legge federale o al codice etico.

6. *Trasparenza, lobbismo e* amici curiae

Tra i diversi profili presi in considerazione dal *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*, particolare significatività assume la proposta di regolamentazione degli *amici curiae* – un istituto, quest'ultimo, che a parere di chi scrive consente di cogliere le problematicità legate alle relazioni che i giudici della Corte Suprema intrattengono con soggetti esterni, alla trasparenza del suo processo decisionale e, da ultimo, al ruolo che la stessa assume nella forma di governo statunitense.

[173] Sulle funzioni del *Marshal of the United States Supreme Court* si veda 28 U.S.C. § 672.

Nell'illustrare le controverse frequentazioni private di alcuni membri della Corte, testate giornalistiche e *watchdog groups* non hanno mancato di evidenziare i rapporti amicali che alcuni giudici hanno intrattenuto o intrattengono con il copresidente della *Federalist Society* Leonard Leo[174]. Sebbene formalmente la *FedSoc* neghi di impegnarsi in qualsiasi forma di *political advocacy*, il suo CEO è da molti considerato l'artefice della svolta conservatrice che negli ultimi anni ha visto protagonista la Corte Suprema. Nell'ambito della crescente polarizzazione sorta attorno alla designazione dei *Justices*, Leonard Leo risulta infatti aver coordinato una rete di donazioni per oltre quattrocento milioni di dollari al fine di impedire la nomina di Merrick Garland da parte del Presidente Obama e sostenere la *confirmation* dei candidati della Presidenza Trump. Nella rete dell'organizzazione rientra anche il *Judicial Crisis Network* (JCN) che a sua volta ha speso decine di milioni di dollari in campagne finalizzate alla conferma dei giudici associati Gorsuch, Kavanaugh e Barrett[175].

L'influenza di simili gruppi sulla Corte Suprema non si limita, tuttavia, a controllare economicamente il sistema delle nomine e suggerire al Presidente degli Stati Uniti particolari candidati: con una certa regolarità, associazioni senza scopo di lucro e organizzazioni non governative partecipano al processo, in forma immediata o mediata, attraverso l'inoltro di *amicus curiae briefs*. Prescindendo in questa sede da un esame approfondito dell'istituto, è sufficiente rammentare come, nel contesto statunitense, l'«amico della corte» abbia conosciuto una significativa espansione a partire dalla seconda metà del Ventesimo secolo e, questo, sia dal punto di vista quantitativo, che qualitativo. In proposito, è stato detto che «*[...] at the close of the twentieth century, cases without amicus briefs have become nearly as rare as cases with amicus briefs were at the beginning of the century*»[176] – un dato, quest'ultimo,

[174] Cfr. *supra* § 2.

[175] Si veda, ad esempio, R. O. Harrow Jr. – S. Boburg, *A conservative activist's behind-the-scenes campaign to remake the nation's courts*, in *The Washington Post*, 21 maggio 2019, reperibile sul sito web *washingtonpost.com*.

[176] Così J. D. Kearney – T. W. Merrill, *Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, 148(3), p. 743 ss., 744. A partire dalla metà degli anni Cinquanta, la dottrina statunitense ha osservato con crescente attenzione l'emersione degli «amici della corte» al fine di comprenderne le origini, le prime manifestazioni nella giurisprudenza federale e il ruolo che questi sono andati assumendo nel corso del tempo. Tra i primi commenti nella riflessione giuridica si veda F. V. Harper

che trova conferma nella giurisprudenza del Ventunesimo secolo[177]. Allo stesso tempo, giuristi e scienziati politici ne hanno studiato l'efficacia, concludendo che memorie predisposte da soggetti esperti e preparati possono effettivamente esercitare una qualche influenza sul processo decisionale e motivazionale dei giudici[178].

– E. D. Etherington, *Lobbyists Before the Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1953, 101(8), p. 1172 ss.; F. M. Covey, *Amicus Curiae: Friend of the Court*, in *De Paul Law Review*, 1959, 9(1), p. 30 ss.; S. Krislov, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, in *The Yale Law Journal*, 1963, 72(4), p. 694 ss.; E. Angell, *The Amicus Curiae. American Development of English Institutions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1967, 16(4), p. 1017 ss.; G. C. Piper, *Amicus Curiae Participation – At the Courts Discretion*, in *Kentucky Law Journal*, 1967, 55(4), p. 864 ss.

[177] La rilevanza dell'istituto emerge non solo dalla presenza di *amici curiae* nella quasi totalità dei casi che giungono dinanzi alla Corte Suprema – sia nella fase del *certiorari*, che in quella di merito –, ma anche dall'elevato numero di memorie depositate per singolo caso. Si veda, ad esempio, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) e *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. __ (2002), in cui risultano essere stati presentati, rispettivamente, 147 e 140 *briefs*. Prima ancora, quantitativamente rilevanti sono *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), con 54 memorie; *Webster v. Reproductive Health Service*, 492 U.S. 490 (1989), con 78 memorie; *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990), con 39 memorie. Inoltre, la presenza di *amicus curiae briefs* è stata ritenuta dalla Corte Suprema indice della rilevanza assunta dal caso; cfr. *United States v. Dalm*, 494 U.S. 596, 612 (1990) (Stevens, J., dissenting), in cui Stevens osserva come «*this is not a decision that will be much celebrated or often cited. Few cases are affected, and not a single brief* amicus curiae *was filed*».

[178] Così J. D. Kearney – T. W. Merrill, *op. cit.*, *passim*. Sull'istituto nel contesto statunitense si veda anche P. Bianchi, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 6, p. 4751 ss.; E. Silvestri, *L'«amicus curiae»: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Civile e Procedura Civile*, 1997, 3, p. 679 ss. Più recentemente, B. Barbisan, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 2019, 4, p. 107 ss. e T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta Online*, 2019, 1, p. 123 ss. A seguito della modifica delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, la dottrina italiana si è profusamente diffusa sugli *amici curiae*. Tra i primi commenti si veda M. D'Amico, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, 2020, 4, p. 122 ss.; M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 402 ss.; A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 426 ss.; P. Ridola, *La Corte apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi*, 2020, 2, p. 4 ss.; R. Romboli, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle Norme integrative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1, p. 517 ss.; A. Ruggeri, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020; A. Sperti, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in Aa. Vv., *Liber Amicorum*

Il dettato normativo impone agli *amici curiae* che si presentano dinanzi alla Corte Suprema degli obblighi di trasparenza a partire dalla fine degli anni Novanta – quando gli stessi giudici avvertirono l'esigenza di chiarire i rapporti sussistenti tra parti ed «amici» allo scopo di evitare che i *briefs* fossero impiegati per eludere i limiti dimensionali imposti alle memorie difensive. In particolare, la *Rule* 37(6) delle *Rules of the Supreme Court* chiede (a) di segnalare se l'avvocato di una delle parti sia stato autore, in tutto o parzialmente, della memoria; (b) di precisare se il difensore e la parte abbiano fornito un supporto economico volto a finanziare la preparazione della stessa; infine, (c) di indicare ogni soggetto – diverso dall'*amicus*, dai suoi membri e dai suoi consulenti legali – che abbia contribuito economicamente alla preparazione della memoria[179]. L'effettività della *Rule* 37(6) è, tuttavia, ampiamente discutibile: la quasi totalità delle memorie si limita ad assolvere

per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione, Consulta Online, 2020, vol. III, p. 33 ss. Più di recente cfr. C. Masciotta, *Il ruolo dell'amicus curiae in alcune recenti decisioni costituzionali*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2021, 3, p. 174 ss.; A. Vuolo, *L'amicus curiae*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2022, 1, p. 74 ss. e L. Pedullà, *"Amicus curiae" ed "esperti" nella prassi del processo costituzionale: luci ed ombre*, in *Federalismi*, 2023, 2, p. 148 ss. L'introduzione nel giudizio costituzionale del c.d. «amico della corte» si inserisce nell'ambito di quella che la stessa Consulta ha definito un'apertura all'ascolto della società civile; cfr. Comunicato dell'11 gennaio 2020, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, disponibile sul sito web istituzionale della Corte costituzionale all'indirizzo *cortecostituzionale.it*. Giova in proposito rammentare come negli ultimi anni la Corte si sia resa protagonista di una serie di iniziative – tra le quali non può non rammentarsi il "Viaggio in Italia", articolato nei percorsi "Viaggio nelle scuole" e "Viaggio nelle carceri" – che hanno segnato il passaggio da una comunicazione mediata dagli organi di stampa ad un approccio comunicativo diretto. Sul punto si veda D. Chinni, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Diritto e Società*, 2018, 2, p. 255 ss.; A. Sperti, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e Società*, 2019, 4, p. 735 ss.; S. Pajno, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione Giustizia*, 2020, 4, p. 137 ss.; D. Stasio, *Il senso della Corte per la comunicazione*, in *Questione Giustizia*, 2020, 4, p. 156 ss. In senso critico si veda, in particolare, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, p. 251 ss. Sul tema si rinvia anche a F. Viganò, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 1, p. 15 ss.; R. Romboli, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in Quaderni costituzionali, 2023, 1, p. 45 ss. e, in una prospettiva comparata, T. Groppi, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 1, p. 73 ss. – contributi pubblicati a seguito del convegno *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, tenutosi a Bologna in data 25 novembre 2022 e promosso dalla rivista *Quaderni costituzionali* e dalla società editrice *Il Mulino*.

[179] *Rules of the Supreme Court*, *Rule* 37(6) (2023).

gli obblighi di trasparenza indicando in nota che «*none of the parties or their counsel, nor any other person or entity other than amicus or its counsel, made a monetary contribution intended to fund the preparation or submission of this brief*»[180]. Inoltre, la stessa Corte Suprema ha fatto sapere che il Cancelliere interpreta la norma nel senso di precludere la presentazione di qualsiasi *brief* finanziato da soggetti che intendono espressamente rimanere anonimi[181]. Nella prassi, dunque, «*federal courts routinely accept amicus briefs filed by anonymously funded special-interest groups*», con la conseguenza che «*to the extent the rules were devised to preclude amici from filing "supplemental merits briefs" on behalf of parties, or briefs whose financial backers are anonymous, they simply do not achieve these goals*»[182].

Negli ultimi anni la labilità degli obblighi di trasparenza di cui alla *Rule* 37(6) ha sollevato crescenti preoccupazioni nei democratici, che nel 2019 e nel 2021 hanno promosso alla Camera dei rappresentanti e al Senato l'*Assessing Monetary Influence in the Courts of the United States* (AMICUS) *Act* – una proposta di legge che (a) richiedeva che gli *amici curiae* che si fossero presentati presso la Corte Suprema o le corti federali di appello rivelassero l'identità di tutti i finanziatori che avessero contribuito ad almeno il 3% delle entrate annue lorde dell'ente o, comunque, con una somma di denaro superiore ai centomila dollari e (b) vietava a qualsiasi *amicus* di offrire regali

[180] A titolo esemplificativo, si veda *Internet Accountability Project Brief as* amicus curiae *in support of respondent*, *Google LLC. v. Oracle America Inc.*, 593 U.S. __ (2021) (No. 18-956), p. 1, n. 1.

[181] La necessità della Corte Suprema di specificare i termini di applicazione della *Rule* 37(6) delle *Rules of the Supreme Court* è legata alla presentazione in *Tennessee Wine & Spirits Retailers Association v. Thomas*, 588 U.S. __ (2019) di un *amicus curiae brief* da parte della *U.S. Alcohol Policy Alliance* – memoria la cui predisposizione risultava essere stata finanziata da comuni cittadini e associazioni attraverso *GoFundMe*, piattaforma di *crowdfunding* che consente di organizzare raccolte fondi e di sostenere economicamente un progetto, una persona o un'associazione anche in forma anonima. In un primo momento, il Cancelliere respinse il deposito della memoria della *U.S. Alcohol Policy Alliance*, che, quindi, richiese ai contribuenti di abbandonare l'anonimato per adempiere alla richiesta di trasparenza avanzata dalla Corte Suprema. Invero, la memoria successivamente depositata indicò specificamente i nomi dei privati cittadini che avevano contribuito economicamente alla presentazione della stessa tramite *GoFoundMe*; cfr. *Amici curiae brief of the U.S. Alcohol Policy Alliance and Public Health Researchers and Advocates in support of petitioner*, *Tennessee Wine and Spirits Retailers Association v. Blair, Interim Director of the Tennessee Alcoholic Beverage Commission et al.*, 588 U.S. __ (2019) (No. 18-96), p. 1 nota n. 1. Sulla vicenda si veda T. Mauro, *A Year in the Life of the Supreme Court 2018*, in *Journal of Law*, 2019, 9(1), p. 182 ss., 187.

[182] Così S. Whitehouse, *A Flood of Judicial Lobbying: Amicus Influence and Funding Transparency*, in *The Yale Law Journal Forum*, 2021 p. 141 ss., 159.

e/o viaggio ai *Justices* e ai giudici delle corti federali di appello, in misura analoga a quanto previsto per i membri del Congresso[183]. Come si è visto in precedenza, il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* recepisce a pieno i propositi dei diversi AMICUS *Acts*[184].

Tra le voci più critiche risalta quella del democratico Sheldon Whitehouse, senatore per il Rhode Island e membro della Commissione Giustizia, che in un recente articolo pubblicato sullo *Yale Law Journal Forum* ha messo in luce la facilità con cui è possibile adempiere al dettato normativo[185]. Innanzitutto, può accadere che una delle parti effettui a favore di terzi che intendono partecipare al processo in suo supporto in qualità di *amici curiae* delle donazioni in denaro che – quantomeno da un punto di vista strettamente formale – non sono destinate alla predisposizione e al deposito della memoria e, pertanto, non devono essere portate a conoscenza della Corte Suprema e del pubblico. Invero, nella nozione di «*monetary contribution intended to fund the preparation or submission of the brief*» rientrano esclusivamente i costi di formattazione, stampa e consegna della memoria nella causa specificamente considerata[186]. Trattasi, essenzialmente, di una lettura che

[183] Cfr. *Assessing Monetary Influence in the Courts of the United States* (AMICUS) *Act*, S. 1411, 116th Cong. (2019-2020), *to amend title 28, United States Code, to require certain disclosures related to amicus activities* – proposta di legge sponsorizzata dai senatori Mazie K. Hirono e Richard Blumenthal, cui poco dopo era seguita la presentazione di un analogo disegno di legge dinanzi alla Camera dei rappresentanti, sponsorizzato da Steve Cohen e Ted Lieu; cfr. *Assessing Monetary Influence in the Courts of the United States* (AMICUS) *Act*, H.R. 3993, 116th Cong. (2019-2020), *to amend title 28, United States Code, to require certain disclosures related to amicus activities*. Un disegno di legge identico è stato poi promosso nel 2021; cfr. *Assessing Monetary Influence in the Courts of the United States* (AMICUS) *Act*, S. 3385, 117th Cong. (2021-2022), *to amend title 28, United States Code, to require certain disclosures related to amicus activities*, sponsorizzato dai senatori Bernard Sanders, Richard Blumenthal, Mazie K. Hirono, Elizabeth Warren e Ben Ray Lujan, e *Assessing Monetary Influence in the Courts of the United States* (AMICUS) *Act*, H.R. 6266, 117th Cong. (2021-2022), *to amend title 28, United States Code, to require certain disclosures related to amicus activities*, sponsorizzato dai rappresentanti Mondaire Jones, Steve Cohen, Alexandria Ocasio-Cortez e Nikema Williams.

[184] Cfr. *supra* § 5.1.

[185] S. Whitehouse, *A Flood of Judicial Lobbying*, cit., *passim*. Sul punto si veda anche S. Whitehouse, *Dark Money and U.S. Courts: The Problem and Solutions*, in *Harvard Journal on Legislation*, 2020, 57(2), p. 273 ss.

[186] È il caso, ad esempio, di *Google LLC. v. Oracle America Inc.*, 593 U.S. __ (2021), avente ad oggetto l'utilizzabilità del codice sorgente del linguaggio Java nel sistema operativo Android. Secondo un'inchiesta pubblicata nel febbraio 2020, *amici curiae* presentatisi a supporto di *Oracle America Inc.* – tra cui l'*Internet Accountability Project*, la

ignora del tutto la fungibilità del denaro[187]. Ancora, la trasparenza delle fonti di finanziamento di cui si giovano gli *amici curiae* può venire meno nel momento in cui soggetti terzi interessati alla controversia – ma alla quale non possono o non vogliono prendere parte pubblicamente – offrano un supporto economico sia alla parte processuale, che agli «amici della corte» che intendono intervenire a sostegno di quest'ultima[188]. Infine, può accadere

Copyright Alliance, l'*American Conservative Union Foundation* e l'*Hudson Institute* – avevano ricevuto dalla multinazionale, nel corso dell'anno precedente, donazioni comprese tra i 25.000 e i 499.999 dollari. Anche *Google LLC* risulta aver finanziato almeno dieci diverse associazioni intervenute in qualità di *amicus* in suo sostegno; cfr. N. Nix – J. Light, *Google, Oracle Finance Many Supporters in Supreme Court Faceoff*, in *Bloomberg*, 6 ottobre 2020, reperibile sul sito web *bloomberg.com*. Peraltro, che simili donazioni gettino ombre sul rapporto tra parti processuali e «amici della corte» è apparso evidente anche ad alcuni degli enti partecipanti, che hanno avvertito l'esigenza di specificare nella propria memoria di aver ricevuto donazioni in denaro da *Google*, pur rilevando come i suddetti fondi non fossero stati impiegati per la predisposizione del *brief*. Cfr., a titolo esemplificativo, *Brief of* amici curiae *Center for Democracy and Technology, Institute for Intellectual Property & Social Justice, National Consumers League, and National Federation of the Blind supporting petitioner, Google LLC. v. Oracle America Inc.*, 593 U.S. __ (2021) (No. 18-956), p. 1 nota n. 1.

[187] In particolare, S. Whitehouse, *A Flood of Judicial Lobbying*, cit., p. 160 richiama il caso *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 31 (2010), in cui la Corte Suprema ha riconosciuto il potere del governo federale di vietare ad associazioni non-profit di fornire sostegno materiale non violento a organizzazioni di stampo terroristico. La vicenda scaturiva dalle attività condotte dall'ente senza scopo di lucro *Humanitarian Law Project*, che offriva servizi di consulenza legale al Partito dei lavoratori del Kurdistan e alle Tigri per la liberazione della patria Tamil – ritenute dagli Stati Uniti associazioni terroristiche finalizzate all'istituzione di Stati autonomi e indipendenti, rispettivamente, nel Kurdistan e in Sri Lanka. In tale circostanza, la Corte Suprema ha rilevato come proprio la fungibilità del denaro rendesse arduo stabilire se le donazioni effettuate dall'*Humanitarian Law Project* al fine di supportare attività civili ed aiuti umanitari non risultassero, poi, effettivamente impiegate per la realizzazione di azioni violente di stampo terroristico. Nelle parole della Corte, «*money is fungible, and when foreign terrorist organizations that have a dual structure raise funds [...] there is reason to believe that foreign terrorist organizations do not maintain legitimate financial firewalls between those funds raised for civil, nonviolent activities, and those ultimately used to support violent, terrorist operations*».

[188] Questo è ciò che accade, ad esempio, in *Friedrichs v. California Teachers Association*, 578 U.S. __ (2016) e *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council*, 585 U.S. __ (2018), vicende aventi ad oggetto la costituzionalità dei c.d. *agency shops* o *union shops*, per cui un datore di lavoro può richiedere a un dipendente di iscriversi al sindacato o, alternativamente, di pagare l'equivalente delle quote sindacali sotto forma di una *fair share service fee*. I ricorrenti e gli «amici della corte» intervenuti in supporto dei ricorrenti erano finanziati dall'associazione filantropica di stampo conservatore *Lynde and Harry Bradley Foundation*; cfr. L. Greenhouse, *The Supreme Court's Challenge to Civil Society*, in *The Supreme Court Review*, 2019, p. 335 ss.

che una parte processuale effettui donazioni in denaro a favore di enti e associazioni che prendono parte al giudizio in qualità di *amicus curiae* e che, tuttavia, non sono tenuti a fornire al pubblico i nomi dei propri membri e/o finanziatori[189]. La sponsorizzazione della causa e degli *amici curiae* può inoltre realizzarsi attraverso *donor-advised funds* (DAFs), ovvero enti no-profit che amministrano donazioni per conto di organizzazioni, famiglie o individui nella forma del *trust* e che sono esenti dalla maggior parte degli obblighi di trasparenza previsti, al contrario, per le fondazioni private. Il passaggio dalla fondazione privata alle DAFs – è stato detto – ha determinato «*a disturbing decline in philanthropic transparency*»[190].

Le evidenti lacune di trasparenza che caratterizzano il finanziamento degli *amicus curiae briefs* appaiono pertanto emblematiche di un clima politico in cui rappresentanti di interessi particolari organizzano strategicamente il contenzioso e sponsorizzano le parti processuali e i loro «amici» attraverso l'impiego di denaro dalla provenienza sconosciuta (il c.d. *dark money*). In un simile contesto, l'eventualità che tra terzi e *Justices* possa esservi o vi sia stata una qualche connessione – in termini di un supporto alla loro selezione e nomina o nella forma di regali o viaggi con copertura totale della spese – getta indubbiamente ombre su quella immagine di imparzialità che la stessa

[189] Cfr. 26 U.S.C. § 6033(a) e 26 C.F.R. § 1.501(c)(3). Le organizzazioni non profit che ricadono nel regime di esenzione fiscale ai sensi di 26 C.F.R. § 1.501(c)(3) devono presentare all'*Internal Revenue Service*, annualmente, informazioni attinenti al proprio reddito lordo e alle proprie entrate ed uscite, compresi i nomi e gli indirizzi di tutti coloro che abbiano effettuato donazioni dal valore pari o superiore a cinquemila dollari. Ciò non implica, tuttavia, che tali enti siano obbligati a rendere disponibili tali informazioni anche al pubblico generale.

[190] Cfr. K. Gibbons, *Show Me the Money: Addressing the Oversight Gap in Private Foundation Donations to Donor-Advised Funds*, in *Minnesota Law Review*, 2022, 106(3), p. 1583 ss., 1623. L'Autrice osserva in particolare come le DAFs possano essere istituite con grande facilità e a costi ridotti e che, pertanto, sono state presentate al grande pubblico come un veicolo attraverso il quale democraticizzare la filantropia. In realtà, si tratta di un meccanismo cui ricorrono gli americani più benestanti, che apprezzano le DAFs per la loro efficienza, convenienza e, soprattutto, per le esenzioni fiscali cui sono sottoposte. Giova infatti rammentare come le donazioni effettuate tramite DAFs diano diritto ad una detrazione fiscale che oscilla tra il 30 e il 60 percento dell'ammontare della donazione stessa. Inoltre, alle DAFs non si applicano gli obblighi di trasparenza tipici delle fondazioni private, come il c.d. *payout requirement* – che impone all'ente di investire una parte specifica dei suoi asset in attività di beneficienza –, e la divulgazione specifica dei finanziatori. In proposito, Gibbons osserva come «*[...] DAF sponsors report grantmaking from all accounts in aggregate – no data from each individual account or its grantmaking is identified*».

Corte Suprema ha ritenuto indispensabile per una corretta amministrazione della giustizia[191].

7. *Alcune osservazioni conclusive*

Nella relazione di fine anno predisposta per il 2021, il *Chief Justice* Roberts – rammentando l'imminente centenario dell'istituzione della Conferenza Giudiziaria – individuava tra le sfide future dell'organo di autogoverno della magistratura la necessità di potenziare l'etica professionale dei giudici federali[192]. Il Presidente richiamava espressamente la preoccupazione manifestata dai media e dal Congresso rispetto alla scarsa sensibilità dimostrata da alcuni in materia di ricusazione e *financial disclosures*: trattasi, rilevava Roberts, di episodi sporadici e isolati, ma a cui la *Judicial Conference* intendeva reagire sia tramite la predisposizione di ulteriori attività di formazione, che attraverso la revisione dei software impiegati per la gestione dei fascicoli al fine di migliorare il rilevamento automatico di potenziali conflitti di interesse. Nel fare questo, tuttavia, il *Chief Justice* rivendicava l'autonomia della Conferenza Giudiziaria e, più in generale, del potere giudiziario: pur notando come il Congresso dovesse supervisionare le attività della magistratura e promuovere un dialogo caratterizzato dal rispetto reciproco – in conformità con il sistema di pesi e contrappesi previsto dall'assetto costituzionale –, il Presidente evidenziava come «*[t]he*

[191] 348 U.S. 11, 14 (1954) («*[...] justice must satisfy the appearance of justice*»). Ma si veda anche *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951) (Frankfurter, J., concurring) («*The validity and moral authority of a conclusion largely depend on the mode by which it was reached. Secrecy is not congenial to truthseeking and self-righteousness gives too slender an assurance of rightness. No better instrument has been devised for arriving at truth than to give a person in jeopardy of serious loss notice of the case against him and opportunity to meet it. Nor has a better way been found for generating the feeling, so important to a popular government, that justice has been done*») e *Marshall v. Jerrico, Inc.*, 446 U.S. 238, 242 (1980) («*The neutrality requirement [...] preserves both the appearance and reality of fairness*»).

[192] J. G. Roberts, *2021 Year-End Report on the Federal Judiciary*, 2021, p. 1 ss. reperibile sul sito web istituzionale *supremecourt.gov*. La *Conference of Senior Circuit Judges* fu istituita con legge dal Congresso statunitense già nel 1922; a partire dal 1948 fu poi ribattezzata *Judicial Conference of the United States*; cfr. *An Act for the appointment of an additional circuit judge for the Fourth Judicial Circuit, for the appointment of additional district judges for certain districts, providing for an annual conference of certain judges, and for other purposes*, Pub. L. No. 67-298, 42 Stat. 837 (1922) e *An Act to revise, codify, and enact into law title 28 of the United States Code entitled "Judicial Code and Judiciary"*, Pub. L. No. 80-773, 62 Stat. 869 (1948).

Judiciary's power to manage its internal affairs insulates court from inappropriate political influence and is crucial to preserving public trust in its work as a separate and coequal branch of the government»[193].

Le inchieste di testate giornalistiche e *watchdog groups* che si sono susseguite nei quasi due anni successivi, tuttavia, hanno effettivamente dato contezza – da parte di alcuni giudici della Corte Suprema, ma non solo[194] – di significative violazioni degli obblighi di trasparenza previsti dal dettato normativo e, più in generale, di condotte che hanno contribuito a compromettere l'immagine di imparzialità che la giustizia federale vuole e deve offrire di sé al pubblico. Esiste un filo conduttore tra indipendenza della magistratura e fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario: nelle parole del Presidente Roberts, «*public trust is essential, not incidental, to [the courts'] function*»[195]. In un momento storico in cui l'opinione pubblica appare dubitare dell'operato dei *Justices*, l'adozione di princìpi etici alla stregua dei quali valutare la condotta dei giudici può contribuire a potenziare la trasparenza della Corte Suprema e, così, la sua *accountability* nei confronti della società civile – con il risultato ultimo di rafforzarne la legittimazione[196].

---

[193] J. G. Roberts, *2021 Year-End Report on the Federal Judiciary*, cit., p. 1.

[194] Cfr. Note, *op. cit.*, p. 1457 ss.

[195] J. G. Roberts, *2021 Year-End Report on the Federal Judiciary*, cit., p. 3. Cfr. anche *Liljeberg v. Health Service Acq. Corp.*, 486 U.S. 847, 859-861 (1988), in cui la Corte traccia una linea tra ricusazione, immagine di imparzialità della corte e fiducia del pubblico nell'amministrazione della giustizia, e *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 865 (1992), in cui l'opinione di maggioranza rileva come «*the Court must take care to speak and act in ways that allow people to accept its decisions on the terms the Court claims for them [...]*».

[196] Secondo gli ultimi sondaggi pubblicati dall'istituto per le ricerche statistiche e l'analisi dell'opinione pubblica Gallup, l'approvazione dei cittadini statunitensi nell'operato della Corte Suprema si conferma ai minimi storici anche per il 2022; cfr. J. M. Jones, *Supreme Court Approval Holds at Record Low*, in *Gallup*, 2 agosto 2023, reperibile sul sito web *gallup.com*. Segnatamente, solo il 40% degli intervistati si è dichiarato a favore delle attività della Corte, sebbene si registri una significativa variazione tra chi si identifica con il Partito Repubblicano (62%), chi si identifica con il Partito Democratico (17%) e chi, invece, si definisce indipendente (41%). La percentuale di supporto della Corte Suprema ha conosciuto un drastico declino nel settembre 2021, dopo che in *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U.S. __ (2021) i *Justices* avevano respinto il ricorso preventivo presentato da alcune cliniche abortive al fine di impedire l'esecuzione del *Texas Heartbeat Act* – una decisione, quest'ultima, considerata precursore di *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. __ (2022). In merito alla sentenza sia consentito rinviare a R. Bizzari, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *Federalismi*, 2022, 12, p. 1 ss. Sebbene la minore approvazione dei cittadini nell'operato

Lungo tale direzione si pongono peraltro alcuni recenti sondaggi di opinione condotti dalla *Massachusetts University Amherst*, dai quali emerge come nove intervistati su dieci si siano detti favorevoli all'adozione di un codice etico per la Corte Suprema[197]. In questa prospettiva, il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* ha il merito di garantire alla Corte il potere di autodeterminare le proprie regole di condotta, in modo tale da adattare princìpi morali che valgono per tutti i titolari della funzione giurisdizionale al suo peculiare ruolo istituzionale e, in particolare, alla sua maggiore esposizione pubblica. Nella direzione di un rafforzamento dell'immagine di imparzialità della Corte Suprema si colloca altresì la proposta di un'ulteriore regolamentazione degli obblighi di trasparenza imposti agli *amici curiae* – alle cui spalle si celano, di frequente, una rete di donazioni piuttosto opaca e interessi organizzati con una propria agenda politica, da perseguire anche sul fronte giurisdizionale.

L'aspetto forse più problematico della proposta di legge si ravvisa nell'introduzione di un procedimento disciplinare secondo lo schema già previsto per i giudici federali delle corti inferiori dal *Judicial Conduct and Disability Act*. Sebbene l'assenza di meccanismi di *enforcement* susciterebbe perplessità circa la reale effettività del codice di condotta, gli interrogativi che il *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* solleva in merito alla corretta applicazione del principio di separazione dei poteri e alla gerarchia tra le corti sono molteplici: può il Congresso introdurre un procedimento diverso dall'*impeachment* e, dunque, sanzioni differenti dalla rimozione dall'incarico per la Corte Suprema – l'unico, tra i giudici federali, richiamato espressamente in Costituzione? Può un *panel* composto da presidenti delle corti federali di appello indagare sulla condotta dei membri dell'organo di vertice del sistema giudiziario? Anche ammettendo che i Padri Fondatori

della Corte sia certamente legata all'attuale presenza di una supermaggioranza conservatrice, le controverse condotte di cui si sono resi protagonisti alcuni giudici federali possono aver contribuito ad alterare la percezione che il pubblico ha dell'imparzialità e indipendenza del giudiziario. Invero, secondo un sondaggio condotto da Gallup nel settembre 2022, solo il 47% dei cittadini si è detto avere molta o abbastanza fiducia nel sistema giudiziario federale – la percentuale più bassa mai registrata da Gallup dal 1972 ad oggi; cfr. J. M. Jones, *Supreme Court Trust, Approval at Historical Lows*, in *Gallup*, 29 settembre 2022, reperibile sul sito web *gallup.com*.

[197] Cfr. J. Sharpe, *Majority of Americans support Supreme Court reforms, including term limits and ethics requirements, according to new UMass Amherst poll*, 16 giugno 2023, reperibile sul sito web istituzionale della *Massachusetts University Amherst*, all'indirizzo *umass.edu*.

abbiano pensato l'*impeachment* come una *extrema ratio* tale da non escludere altre procedure e sanzioni di carattere disciplinare[198], il problema di *chi* possa valutare e giudicare i reclami presentati contro i *Justices* e *quali* rimedi possano essere imposti nei loro confronti suscita non poche perplessità sul piano costituzionale e pratico. Introdurre la possibilità per i cittadini di recriminare condotte riconducibili alla Corte Suprema rischia di creare una impasse nel bilanciamento tra l'esigenza di garantirne la responsabilità, individuale e collettiva, e la necessità di preservarne l'indipendenza e l'apicale ruolo istituzionale, evitando che questa possa essere soggetta a strumentalizzazioni di natura politica. Non può peraltro dimenticarsi che l'ultima parola spetta proprio alla Corte Suprema. Che cosa accadrebbe nel caso in cui questa fosse chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità della legge? La questione si annuncia divisiva: i giudici hanno già manifestato pubblicamente attitudini diverse rispetto al potere del Legislatore di regolamentare l'etica della Corte[199].

Ciò detto, va riconosciuto come il successo del *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act* non sia affatto certo: il progetto di legge ha superato il vaglio della Commissione Giustizia con l'esclusivo appoggio dei democratici che, sebbene in maggioranza al Senato, non hanno invece i numeri necessari per assicurarsi una vittoria anche alla Camera. Il dibattito che sta animando dottrina e società civile può tuttavia fungere da *wake-up call* per una Corte che è stata definita «*one of the least transparent institutions in American public life*»[200], gettando luce sulla necessità di assicurare – anche

198 Così si esprime, ad esempio, A. Frost, *Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism*, cit., p. 466 ss.

199 Cfr. J. Gerstein, *Alito: Congress can't regulate Supreme Court ethics*, in *Politico*, 28 luglio 2023, reperibile sul sito web *politico.com*; J. Gerstein, *Kagan enters fray over Congress' power to police Supreme Court*, in *Politico*, 8 agosto 2023, reperibile sul sito web *politico.com*. Altri giudici si sono invece espressi a favore della spontanea adozione di un codice di condotta da parte della stessa Corte Suprema; sul punto si veda A. VanSickle, *Justice Barrett Calls for Supreme Court to Adopt an Ethics Code*, in *The New York Times*, 16 ottobre 2023, reperibile sul sito web *nytimes.com*.

200 Così K. Shaw, *Friends of the Court: Evaluating the Supreme Court's Amicus Invitations*, in *Cornell Law Review*, 2016, 101(6), p. 1533 ss., 1536, in cui l'Autrice evidenzia l'opacità che caratterizza la prassi della Corte Suprema di invitare *amici curiae* per difendere sentenze delle corti inferiori rimaste prive di una difesa processuale. Deve comunque rammentarsi come gli aspetti dell'attività della Corte Suprema rispetto ai quali la dottrina ha rilevato una significativa e anacronistica mancanza di trasparenza siano molteplici. Criticata è ad

senza l'intervento coercitivo del Legislatore – migliori standard di etica professionale. In un momento storico in cui la fiducia nei giudici vacilla, il prestigio della Corte Suprema deve essere salvaguardato e questo dipende anche dal comportamento delle persone che la compongono. Per un potere che non può influire né sulla spada né sulla borsa, l'apparenza di imparzialità è centrale al fine di ammantare di legittimità le proprie pronunce: nelle parole del giudice Kennedy in *Caperton*, «*the power and the prerogative of a court to perform [its] function rest, in the end, upon the respect accorded to its judgements. The citizen's respect for judgements depend in turn upon the issuing court's absolute probity*»[201].

8. *Postilla. L'inaspettata adozione del* Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States

Nelle more della pubblicazione del presente contributo, la Corte Suprema ha spontaneamente adottato un *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*. Invero, in data 13 novembre 2023, con un sintetico comunicato stampa, i *Justices* hanno pubblicato un documento di quattordici pagine, reperibile in una specifica sottosezione del sito web

esempio la modifica del testo delle sentenze nel periodo che decorre tra la pubblicazione della *slip opinion* e la pubblicazione degli *official reports*; cfr. R. J. Lazarus, *The (Non)Finality of Supreme Court Opinions*, in *Harvard Law Review*, 2014, 128(2), p. 540 ss. Ancora, problematico appare il c.d. «*shadow docket*», ovvero il ruolo della Corte Suprema che ricomprende decisioni diverse da quelle attinenti al merito di un caso – tra cui i provvedimenti di urgenza adottati su richiesta della parte soccombente in un giudizio svoltosi dinanzi alle corti inferiori (i c.d. *emergency stays*); sul punto si veda W. Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, in *New York University Journal of Law and Liberty*, 2015, 9(1), p. 1 ss.; S. I. Vladeck, *The Solicitor General and the Shadow Docket*, in *Harvard Law Review*, 2019, 133(1), p. 123 ss.; B. P. McDonald, *SCOTUS's Shadiest Shadow Docket*, in *Wake Forest Law Review*, 2021, 56(5), p. 1021 ss. Ampiamente discussa è l'opportunità di garantire la presenza di telecamere in aula; si veda, a titolo meramente esemplificativo, T. Mauro, *Let the Cameras Roll: Cameras in the Court and the Myth of Supreme Court Exceptionalism*, in *Reynolds Court & Media Law Journal*, 2011, 1(3), p. 259 ss.; L. T. McElroy, *Cameras at the Supreme Court: A Rhetorical Analysis*, in *Brigham Young University Law Review*, 2012, 6, p. 1837 ss.; E. J. Segall, *op. cit.*, p. 788 ss. Opacità si registrano anche nella fase del *certiorari*: K. A. Watts, *Constraining Certiorari Using Administrative Law Principles*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, 160(1), p. 1 ss., sostiene ad esempio la necessità di rendere pubblici i voti dei giudici espressi in questo stadio del procedimento.

[201] *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868, 889 (2009), citando *Republican Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765, 793 (2002) (Kennedy, J., concurring).

istituzionale, che illustra i canoni di comportamento della corte di ultima istanza del sistema federale[202].

Il Codice, accompagnato da un *Commentary* e sottoscritto individualmente da tutti i giudici, ha inizio con una dichiarazione in cui la Corte illustra i motivi che l'hanno indotta a mettere per iscritto le regole e i princìpi etici – che, come si dirà di qui a breve, gli scriventi specificano essere in gran parte già consolidati nella prassi – che guidano la condotta dei suoi membri. Nelle parole della Corte, «*the absence of a Code [...] has led in recent years to the misunderstanding that the Justices of this Court, unlike all other jurists of this country, regard themselves as unrestricted by any ethics rules*»[203]. Dunque, «*to dispel this misunderstanding, we are issuing this Code, which largely represents a codification of principles that we have long regarded as governing our conduct*»[204].

Analogamente a quanto previsto dal *Code of Conduct for United States Judges*, il Codice etico della Corte Suprema è articolato in cinque canoni, attinenti rispettivamente alla tutela dell'integrità e dell'indipendenza del potere giudiziario; all'impegno del giudice ad evitare condotte che siano o possano apparire sconvenienti e inappropriate per coloro che sono chiamati a svolgere la funzione giurisdizionale; all'adempimento dei doveri relativi al proprio ufficio in modo equo, imparziale e diligente; alla partecipazione ad attività extragiudiziarie; infine, ai rapporti con la politica. Numerose disposizioni sono del tutto identiche a quelle previste per i giudici federali delle corti inferiori[205]. Tuttavia, specifica la Corte, il modello è stato adattato al singolare contesto istituzionale dell'organo di vertice di uno dei tre rami del governo statunitense. Parimenti, il Commento al Codice è più breve e meno dettagliato rispetto a quello che accompagna il *Code of Conduct for*

[202] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, reperibile sul sito web istituzionale *supremecourt.gov*. Il comunicato stampa si limita così a riferire: «*[t]he Court has today issued the attached Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*».

[203] Supreme Court of the United States, *Statement of the Court Regarding the Code of Conduct*, 13 novembre 2023.

[204] Supreme Court of the United States, *Statement of the Court Regarding the Code of Conduct*, 13 novembre 2023.

[205] Così, ad esempio, le disposizioni in materia di interazioni con la politica. Cfr. *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 5 e *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 5.

United States Judges – ritenuto dai *Justices* in gran parte inapplicabile alle peculiarità della Corte Suprema[206].

I profili che più permettono di cogliere la portata non innovativa del Codice emergono con riferimento alla ricusazione (Canone 3) e allo svolgimento di attività extragiudiziarie (Canone 4).

In particolare, il Canone 3(B)(1) introduce una curiosa presunzione di imparzialità per i giudici della Corte Suprema – «*[a] Justice is presumed impartial*» –, specificando altresì come questi abbiano l'obbligo di prendere parte al processo che si svolge dinanzi ad essa, eccezione fatta in caso di *disqualification*[207]. A seguire, il Canone 3(B)(2) prevede che un *Justice* dovrebbe ricusarsi qualora la sua imparzialità possa essere ragionevolmente messa in discussione, circostanza che si verifica qualora una persona imparziale, ragionevole e a conoscenza di tutte le circostanze rilevanti dubita che il giudice possa adempiere equamente ai propri doveri[208]. A tal fine, viene presentata una lista non esaustiva di ipotesi che possono integrare una simile circostanza – del tutto analoga a quella prevista dal *Code of Conduct for United States Judges*[209]. Il Commento al Codice specifica, tuttavia, che il caso in cui un familiare entro il terzo grado di parentela abbia un interesse che potrebbe essere sostanzialmente influenzato dall'esito del procedimento debba essere interpretato in maniera restrittiva e, questo, «*because of the broad scope of the cases that come before the Supreme Court and the nationwide impact of its decisions*»[210].

Ancora, il Codice fa espressamente salva la *rule of necessity*[211] – senza fornire indicazione alcuna sulle circostanze in cui la sua applicazione si renda talmente necessaria da ignorare ipotesi di astensione – e prevede che né il deposito di *amicus curiae briefs* né la partecipazione alla predisposizione di una memoria presentata a nome di un «amico della corte» possano costituire motivo di ricusazione[212].

---

[206] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Commentary, p. 10.

[207] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 3(B)(1).

[208] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 3(B)(2).

[209] Cfr. *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 3(B)(2) e *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 3(C).

[210] Cfr. *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Commentary, p. 11, con riferimento a Canon 3(B)(2)(d).

[211] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 3(B)(3). Sulla *rule of necessity* si veda supra § 3.3.

[212] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 3(B)(4).

Dunque, emerge nel complesso un regime maggiormente flessibile e più favorevole rispetto a quello previsto per i giudici delle corti inferiori – e, questo, tanto nei contenuti, quanto nella forma. Invero, i commentatori non hanno mancato di evidenziare la differenza lessicale tra il Codice di condotta della Corte Suprema e il Codice etico per i giudici delle corti federali inferiori: dove quest'ultimo impiega la forma verbale «*shall*», il primo opta per la struttura condizionale «*should*», connotata da una minore obbligatorietà, definitività e certezza[213]. Le ragioni della diversità di trattamento in materia di ricusazione rispetto ai colleghi delle corti inferiori sono individuate nel Commento al Codice[214]. A tal proposito, la Corte ribadisce gli argomenti già in precedenza espressi nella dichiarazione del novembre 1993 circa la necessità di evitare effetti distorsivi e garantire l'effettivo svolgimento delle attività dell'organo di vertice del sistema giudiziario federale – i cui componenti, si rammenta, non possono essere sostituiti[215]. Inoltre, poiché la ricusazione dipende dalla conoscenza, da parte del giudice, dell'esistenza di determinate relazioni ed interessi che potrebbero ragionevolmente mettere in discussione la sua imparzialità, i *Justices* evidenziano come la significativa mole di lavoro non consenta loro di approfondire la natura e l'identità di tutte le parti processuali che inoltrano una *petition of certiorari*, al di là delle informazioni da queste fornite ai sensi delle *Rules of the Supreme Court*[216].

Tali osservazioni si estendono anche all'istituto dell'*amicus curiae*. I giudici ricordano l'approccio estensivo che la Corte ha adottato nei

[213] Così osserva, ad esempio, l'istituto di politica *Centre for American Progress*; si veda Centre for American Progress, *With Its Release of a New Nonbinding Code of Conduct, the Supreme Court Fails on Ethics Again*, 15 novembre 2023, reperibile sul sito web *americanprogress.org*.

[214] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Commentary, p. 10 ss.

[215] Supreme Court of the United States, *Statement of Recusal Policy*, 1 novembre 1993. Sul punto cfr. *supra* § 3.3.

[216] Sebbene il Commento al Codice non faccia espressamente riferimento ad una specifica norma del Regolamento della Corte Suprema, deve ricordarsi come la *Rule* 29(6) delle *Rules of the Supreme Court of the United States* preveda che qualsiasi documento presentato da parti processuali e *amici curiae* in nome o per conto di una corporazione di diritto privato «*shall contain a corporate disclosure statement identifying the parent corporations and listing any publicly held company that owns 10% or more of the corporation's stock. If there is no parent or publicly held company owning 10% or more of the corporation's stock, a notation to this effect shall be included in the document*».

confronti di tutti quei soggetti terzi rispetto alle parti che intendono contribuire al processo attraverso l'inoltro di una memoria in qualità di «amici della corte». In proposito, il Commento fa esplicito riferimento alla modifica della *Rule* 37 delle *Rules of the Supreme Court* intervenuta nel gennaio 2023, che ha eliminato il requisito del consenso delle parti ai fini della presentazione della memoria e, in caso di diniego, la conseguente procedura di richiesta di autorizzazione (*motion for leave to file an amicus curiae brief*)[217]. In realtà, già a partire dagli anni Sessanta, la Corte Suprema ha costantemente manifestato un atteggiamento di apertura rispetto alla presentazione di *amicus briefs* – e, questo, pur in presenza di meccanismi di selezione delle memorie[218]. Dunque, è proprio l'elevato numero di *amicus curiae briefs* che la

[217] Cfr. *Rules of the Supreme Court of the United States*, *Rule* 37, 2023 e *Rules of the Supreme Court of the United States*, *Rule* 37, 2019. Secondo la previgente *Rule* 37(2)(b), nel caso in cui le parti avessero negato il consenso all'inoltro di un *brief* nella fase di valutazione di una *petition of certiorari*, di una questione di giurisdizione o di una *petition for extraordinary writ*, l'*amicus* poteva avanzare richiesta di autorizzazione alla Corte entro il termine concesso per la presentazione della memoria, indicando specificamente le parti contrarie e la natura dell'interesse del richiedente. Tuttavia, precisava la norma, «*[s]uch a motion is not favored*». Una previsione analoga era poi prevista al comma 3(b) della *Rule* 37 per la fase di merito; la disposizione, tuttavia, non faceva riferimento alcuno all'avversione della Corte rispetto a mozioni di questo tipo. A chi scrive, pare che la disparità di trattamento possa essere dettata dal divario tra il numero di *petitions of certiorari* presentate alla Corte e il numero esiguo di casi che la stessa decide effettivamente di ascoltare. Per entrambe le ipotesi, i commi 2(b) e 3(b) prevedevano una procedura volta a semplificare il meccanismo del consenso, secondo cui ricorrente e convenuto potevano inoltrare al Cancelliere una lettera di consenso in bianco («*a letter granting blanket consent to amicus curiae briefs*»), da annotare nel ruolo, che rilevava dunque la generale volontà della parte di acconsentire all'inoltro di memorie da parte degli «amici della corte».

[218] Deve rammentarsi come, tra gli anni Quaranta e Cinquanta del secolo scorso, di fronte al sorgere di vicende giurisprudenziali politicamente controverse, la Corte Suprema abbia manifestato una certa contrarietà nei confronti degli *amici* e del loro impiego come mezzo di pressione sul potere giudiziario, facendo leva sulle *Rules of the Supreme Court of the United States* per limitarne l'intervento in giudizio. Gli episodi in tal senso più significativi sono legati al clima di anticomunismo manifestatosi negli Stati Uniti del dopoguerra e, dunque, ai processi penali instaurati nei confronti degli autori di atti e comportamenti considerati sovversivi. Cfr. F. V. Harper – E. D. Etherington, *op. cit.*, p. 1172 ss.; C. E. Vose, *Litigation as a Form of Pressure Group Activity*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1958, 319, p. 20 ss., 29-30; F. B. Wiener, *Briefing and Arguing Federal Appeals*, Washington, 1961, p. 269 ss.; L. J. Barker, *Third Parties in Litigation: A Systemic View of the Judicial Function*, in *The Journal of Politics*, 1967, 29(1), p. 41 ss. Soprattutto, nel 1949 le *Rules of the Supreme Court* furono modificate così da

Corte riceve che giustificherebbe la non rilevanza degli stessi ai fini della ricusazione. Invero, conclude sul punto la Corte, «*in light of the Court's permissive amicus practice, amici and their counsel will not be a basis for an individual Justice to recuse*»[219].

Per quanto riguarda invece lo svolgimento di attività extragiudiziarie, il Codice fa salvo il principio per cui un giudice della Corte Suprema – al pari dei colleghi delle corti federali inferiori – può svolgere attività ulteriori rispetto a quelle prettamente giurisdizionali, purché queste non sminuiscano la dignità dell'Ufficio, non interferiscano con lo svolgimento dei suoi doveri e con la sua imparzialità, né comportino frequentemente ipotesi di ricusazione[220]. Tuttavia, seguono alcune precisazioni che sembrano specificamente volte a salvaguardare condotte che in precedenza hanno sollevato le rimostranze di politici, *watchdog groups* e cittadini.

Significativamente, il Canone 4(A)(1)(b) prevede che i *Justices* non dovrebbero partecipare ad eventi che promuovono prodotti e servizi commerciali, eccezione fatta nel caso in cui libri scritti dagli stessi siano disponibili per la vendita[221]. Inoltre, ai fini di tutte le attività consentite dal Canone 4, i giudici possono impiegare gli spazi, le risorse e i dipendenti federali che li assistono nello svolgimento della funzione giurisdizionale[222] – una circostanza, quest'ultima, che aveva suscitato la reazione dell'opinione pubblica al tempo della vicenda Sotomayor[223].

---

codificare la procedura per la mozione di autorizzazione al deposito della memoria nel caso in cui almeno una delle parti avesse negato il consenso alla presentazione del *brief*. Cfr. *Rules of the Supreme Court of the United States*, *Rule* 27, 1949 e *Rules of the Supreme Court of the United States*, *Rule* 27, 1939. Alla riduzione del numero di *amicus curiae briefs* contribuì anche l'Avvocato Generale che – percepito il mutato atteggiamento della Corte verso gli *amici* – rifiutò sistematicamente il consenso nei numerosi casi in cui gli Stati Uniti comparvero in qualità di parte processuale. Questo stato di cose è mutato a partire dagli anni Sessanta, quando l'atteggiamento della Corte è tornato nuovamente lungo i binari della c.d. porta aperta. Si veda, a titolo esemplificativo, K. O'Connor – L. Epstein, *Court Rules and Workload: A Case Study of Rules Governing Amicus Curiae Participation*, in *The Justice System Journal*, 1983, 8(1), p. 35 ss. e L. Epstein, *Interest Group Litigation During the Rehnquist Court Era*, in *Journal of Law & Politics*, 1993, 9(4), p. 639 ss.

[219] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Commentary, p. 11.

[220] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 4. Cfr. *Guide to Judiciary Policy*, Vol. 2, Pt. A, Ch. 2, Canon 4.

[221] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 4(A)(1)(b).

[222] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 4(G).

[223] Sul punto si veda *supra* § 2.

Ancora, ai sensi del Canone 4(A)(1)(c), i giudici della Corte Suprema non dovrebbero intervenire o partecipare ad eventi organizzati da un gruppo qualora siano a conoscenza del fatto che quest'ultimo ha un interesse economico sostanziale nell'esito di una causa attualmente pendente dinanzi alla Corte o che le sarà probabilmente presentata nel prossimo futuro[224]. Inoltre, secondo il Canone 4(A)(1)(d), un giudice può prendere parte ad eventi finalizzati alla raccolta di fondi organizzati da enti legali o altre associazioni senza scopo di lucro, purché non figuri *consapevolmente* come relatore o ospite d'onore[225]. La medesima disposizione offre peraltro una nozione assai circoscritta di «*fundraising event*», di cui si può parlare nel caso in cui i proventi dell'evento superino i suoi costi o qualora vengano sollecitate donazioni in relazione all'incontro. Il Codice lascia così aperto uno spiraglio – piuttosto consistente, a dire il vero – alla partecipazione dei *Justices* ad incontri con grandi donatori, in cui la loro presenza rappresenta indubbiamente un incentivo all'elargizione di consistenti somme di denaro[226]. A ciò si aggiunge che, nel decidere se

[224] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 4(A)(1)(c). Il Canone 4(A)(1)(a) stabilisce comunque che i *Justices* non dovrebbero intervenire ad eventi sponsorizzati o associati ad un partito o ad una campagna politica.

[225] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 4(A)(1)(d).

[226] Nel settembre 2023, un'inchiesta pubblicata da *ProPublica* ha rivelato la partecipazione di Clarence Thomas, nel 2018, al summit annuale dell'organizzazione filantropica *Stand Together*, in precedenza conosciuta come *The Seminar Network*, fondata dai fratelli Charles G. e David H. Koch. L'evento è riservato ai grandi donatori, ovvero coloro che versano almeno centomila dollari nel corso dell'anno. Quelli che elargiscono cifre più significative possono accedere ad incontri esclusivi con ospiti di alto profilo, tra cui è appunto figurato il giudice Thomas. In tale prospettiva, dunque, «*[t]hat puts Thomas in the extraordinary position of having served as a fundraising draw for a network that has brought cases before the Supreme Court, including one of the most closely watched of the upcoming term*». Il riferimento è innanzitutto al caso *Americans for Prosperity Foundation v. Bonta*, 594 U.S. __ (2021), avente ad oggetto la costituzionalità della legge dello Stato della California che imponeva alle organizzazioni senza scopo di lucro di rivelare annualmente l'identità dei propri principali donatori all'Ufficio del Procuratore Generale della California, all'epoca pendente dinanzi alla Corte di appello per il Nono Circuito. La maggioranza conservatrice della Corte ha concluso che la normativa californiana violava i diritti dei donatori e delle organizzazioni non profit di cui al Primo Emendamento alla Costituzione statunitense, non rispondendo ad uno specifico interesse governativo. L'*Americans for Prosperity Foundation*, organizzazione di stampo conservatore, è affiliata ai fratelli Koch. *ProPublica* chiama altresì in causa *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, No. 22-451, attualmente pendente dinanzi alla Corte Suprema, che terrà gli *oral arguments* nel gennaio 2024. Il

intervenire ad un evento, il Canone 4(A)(1)(e) statuisce che i *Justices* devono considerare se tale partecipazione possa creare una «*appearance of impropriety in the minds of reasonable members of the public*», specificando tuttavia che – salvo circostanze insolite – tale situazione non si ha qualora un giudice parli ad un gruppo di studenti o associato ad una istituzione educativa; ad un gruppo di avvocati; ad un gruppo religioso; infine, ad un gruppo, apartitico, di carattere scientifico o culturale[227].

Tra l'altro, al pari dei colleghi delle corti federali inferiori, i giudici della Corte Suprema possono assistere enti senza scopo di lucro nella pianificazione di attività di raccolta fondi. A tal fine, tuttavia, il Canone 4(C) autorizza il *Justice* all'impiego del nome, della posizione all'interno dell'organizzazione e della designazione giudiziaria – dunque, del suo prestigio in quanto componente dell'organo di vertice del sistema giudiziario federale – sulla carta intestata dell'ente, anche qualora questa venga utilizzata per sollecitare donazioni, purché informazioni analoghe siano fornite anche rispetto ad altri membri dell'associazione[228].

Tanto sinteticamente illustrato, non sorprende affatto che le reazioni dei democratici alla pubblicazione del *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States* siano risultate assai caute. Dick Durbin, *Chair* della Commissione Giustizia del Senato, ha definito la sua adozione «*a step in the right direction*», pur rilevando come il testo sottoscritto dai *Justices* «*fall short of what we could and should expect when a Supreme Court issues a code of conduct*»[229].

---

ricorrente – rappresentato in giudizio da avvocati del *Koch Network* – ha chiesto alla Corte Suprema di abrogare *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), in cui i *Justices* hanno stabilito che, quando uno statuto federale è ambiguo, i tribunali devono attenersi all'interpretazione dello stesso fornito da un'agenzia federale, purché sia ragionevole. Inoltre, l'inchiesta evidenzia che Clarence Thomas avrebbe usufruito di un viaggio a bordo di un jet privato, del quale non vi è menziona alcuna nel *financial disclosure* predisposto dal giudice per il 2018. Cfr. J. Kaplan – J. Elliott – A. Mierjeski, *Clarence Thomas Secretly Participated in Koch Network Donor Events*, in *ProPublica*, 22 settembre 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*. Sebbene il caso del giudice Thomas sia il più eclatante, tutti i giudici partecipano ad eventi di raccolta fondi in cui la loro presenza funge da catalizzatore per grandi donatori; sul punto si veda J. Becker – J. Tate, *A Charity Tied to the Supreme Court Offers Donors Access to the Justices*, in *The New York Times*, 30 dicembre 2022, reperibile sul sito web *nytimes.com*.

[227] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 4(A)(1)(e).

[228] *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Canon 4(C).

[229] Cfr. *Durbin Responds To Supreme Court's New Code Of Conduct In Speech On Senate Floor*, 13 novembre 2023, reperibile sulla pagina web del Senatore R. J. Durbin all'indirizzo *durbin.senate.gov*.

Parole, quest'ultime, che hanno trovato eco nel commento di Sheldon Whitehouse, il quale ha ribadito il suo impegno ai fini dell'approvazione del *Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act*, così da garantire l'introduzione di appropriati meccanismi di *enforcement* che si rendono assolutamente necessari dal momento in cui, in tutta evidenza, «*the honor system has not worked for members of the Roberts Court*»[230]. La mancata previsione di meccanismi di *enforcement* – che, come si è avuto modo di illustrare in precedenza, rappresentano forse l'aspetto più problematico delle attuali proposte legislative – è stata criticamente rilevata anche da *watchdog groups*[231] e dottrina[232].

Effettivamente, se l'adozione volontaria di un Codice di condotta è dimostrazione del fatto che la Corte Suprema non sia del tutto indifferente alla pressione dell'opinione pubblica, la non innovatività dei suoi contenuti, la discrezionalità con cui i giudici possono applicarne i princìpi e le regole ed il mancato rafforzamento della trasparenza e dell'*accountability* celano la possibilità che, dietro al *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, si nasconda un'iniziativa meramente simbolica che prescinde da una piena assunzione di responsabilità delle trasgressioni passate – che, nelle parole dei giudici, ammontano ad un *misunderstanding*, un mero equivoco. Gli unici, modesti, propositi che la Corte Suprema indica per il futuro consistono infatti nell'incaricare i funzionari di esaminare le buone pratiche emerse nell'esperienza di altri tribunali federali e statali; nel valutare se la Cancelleria e l'Ufficio Affari Legali necessitino di maggiori risorse per esaminare questioni attinenti alla ricusazione o ad altri profili etici; nel determinare se siano opportune modifiche alle norme del regolamento

[230] Cfr. *Whitehouse Statement on Supreme Court Releasing a Code of Conduct*, 13 novembre 2023, reperibile sulla pagina web del Senatore S. Whitehouse all'indirizzo *whitehouse.senate.gov*.

[231] A titolo esemplificativo, in data 14 novembre 2023 Gabe Roth, Direttore esecutivo di *Fix the Court*, ha rilasciato una dichiarazione a nome dell'organizzazione, in cui provocatoriamente domanda: «*if the nine are going to release an ethics code with no enforcement mechanism and remain the only police of the nine, then how can the public trust they're going to do anything more than simply cover for one another, ethics be damned?*». Cfr. *So SCOTUS Now Has an Ethics Code. It Could Be Better. (Much Better)*, 14 novembre 2023, reperibile sul sito web *fixthecourt.com*.

[232] Si veda E. Chemerinsky, *Opinion: The Supreme Court finally has a code of ethics, but it has a fatal flaw*, in *Los Angeles Times*, 14 novembre 2023, reperibile sul sito web *latimes.com*, e S. I. Vladeck, *Opinion: The Supreme Court code of conduct misses the big thing*, in *CNN*, 14 novembre 2023, reperibile sul sito web *edition.cnn.com*.

interno in materia di obblighi di informazione delle parti e dei loro rappresentanti legali[233].

Così, mentre l'inchiesta della Commissione Giustizia del Senato prosegue con l'emissione di un mandato di comparazione per Harlan Crow e Leonard Leo – al fine di richiedere un dettagliato resoconto dei regali, del trasporto e dell'alloggio che i due hanno fornito o aiutato ad organizzare per i *Justices* ed i loro familiari[234] –, l'adozione di un siffatto Codice corre il rischio di confermare lo storico eccezionalismo della Corte.

***

ABSTRACT: Over the past several years, watchdog groups and investigative journalists have brough to the public's attention alleged ethical

[233] Cfr. *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States*, Commentary, p. 13.

[234] Cfr. A. Kroll, *Senate Committee Authorizes Subpoenas of Harlan Crow and Leonard Leo as Part of Supreme Court Ethics Probe*, in *ProPublica*, 30 novembre 2023, reperibile sul sito web *propublica.org*. È opportuno evidenziare come l'emissione dei mandati di comparizione sia stata votata dalla sola componente democratica della Commissione Giustizia. I repubblicani, infatti, hanno manifestato forti rimostranze rispetto all'iniziativa, lasciando l'aula in segno di protesta durante le operazioni di voto. L'opposizione ha inoltre contestato la validità della votazione, rilevando il mancato raggiungimento di un quorum strutturale – e, questo, proprio a causa dell'allontanamento dei membri della Commissione di estrazione repubblicana –, così come la violazione della *two-hour rule* di cui alle *Standing Rules of the Senate*, Rule XXVI, par. 5, 118th (2023-2024). Già in precedenza, nella prima metà del novembre 2023, la votazione era stata posticipata a causa della presentazione di un folto numero di emendamenti da parte dei repubblicani; cfr. J. Kruzel – A. Chung, *US Senate Democrats scrub vote on Supreme Court ethics subpoenas*, in *Reuters*, 9 novembre 2023, reperibile sul sito web *reuters.com*. Peraltro, l'emissione del mandato è del tutto simbolica poiché, qualora Harlan Crow e Leonard Leo decidessero di sottrarsi al *subpoena*, l'*enforcement* dello stesso richiederebbe il voto favorevole di almeno sessanta senatori. Attualmente, il Partito Democratico detiene al Senato una strettissima maggioranza, che rende improbabile, se non impossibile, il successo di una eventuale votazione sul punto. Altrettanto inverosimile è che Harlan Crow e Leonard Leo decidano di presentarsi spontaneamente dinanzi alla Commissione Giustizia. Nonostante il primo abbia manifestato l'intenzione di continuare a collaborare all'inchiesta, ha affermato di ritenere il mandato di comparizione non valido e frutto di un'indagine illegale e faziosa. La dichiarazione rilasciata dal copresidente della *Federalist Society* è decisamente meno compromissoria: «*Senate Judiciary Committee Democrats have been destroying the Supreme Court; now they are destroying the Senate. I will not cooperate with this unlawful campaign of political retribution*».

lapses by the U.S. Supreme Court's Justices. Friendships with megadonors, errors and omissions in their financial disclosures, and failure to recuse themselves according to the law are just a few of the personal and professional conducts that are being questioned by scholarship, politicians, and civil society. With the Supreme Court Ethics, Recusal, and Transparency Act of 2023 – recently approved by the Dem-led Senate Committee on the Judiciary – the proposal for a code of conduct for the Justices of the Supreme Court has finally taken shape. This essay aims to provide a comprehensive analysis of the factual background and the regulatory framework in which the proposed bill is set, so as to assess its contents and purposes against the constitutional principle of the separation of powers, and the need to ensure both the independence of the judiciary and its accountability towards the public. Although the bill's chances to become law are slim, at a time when public confidence in the Supreme Court is at its historic low the current debate could still serve as a wake-up call for the highest court of the federal system.

KEYWORDS: Corte Suprema degli Stati Uniti – code of ethics – *accountability* – trasparenza – *amicus curiae*

***

Rachele Bizzari – Dottoranda in Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica, diritto e religione, Università di Pisa (rachele.bizzari@phd.unipi.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Il quadruplice verso e significato della "fondamentalità". – 2. I diritti fondamentali come *fondanti* l'ordinamento che ne dà il riconoscimento e, allo stesso tempo, da esso *fondati*. – 3. La "fondamentalità" come fondamento della inviolabilità dei diritti. – 4. Il rapporto di mutuo sostegno e costante alimentazione che s'intrattiene tra i diritti fondamentali. – 5. Il rischio della mitizzazione o sovraesposizione della Costituzione in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti, la viepiù vistosa torsione e confusione dei ruoli istituzionali di cui si ha al riguardo riscontro, il modo con cui dovrebbe farsi luogo alla salvaguardia dei diritti stessi, secondo modello e secondo esperienza. – 6. Il rilievo di cui è naturalmente dotata la "fondamentalità" nelle esperienze processuali, conducente all'esito di accordare la precedenza ai diritti che ne sono provvisti rispetto ad altre istanze emergenti nel corso dei giudizi, fatte valere sempre che si risolvano in un beneficio per i primi. – 7. La "fondamentalità" quale cerniera interordinamentale, la spinta formidabile da essa impressa al processo d'integrazione sovranazionale, specie per effetto del "dialogo" tra le Corti, il carattere "misto" dei diritti, nazionali in quanto anche europei ed europei perché nazionali.

1. Il quadruplice verso e significato della "fondamentalità"

Mi corre subito l'obbligo, prima di rappresentare con la massima sintesi il mio pensiero sul tema assegnatomi, di fare una confessione ad alta voce; ed è che, a prima impressione, la "fondamentalità" ha richiamato alla mia mente, per una singolare associazione di idee, la nota affermazione de *Il piccolo principe* di A. de Saint-Exupéry secondo cui "l'essenziale è invisibile agli occhi". Si sa, dunque, che c'è ma purtroppo non si vede. Fuor di metafora ciò significa che è assai arduo, forse per vero impossibile, darne la definizione; piuttosto, giova descriverne le più salienti movenze o – se si preferisce – i modi con i quali si afferma e radica nell'esperienza.

* Relazione al convegno su *Giustizia senza frontiere. Lo spazio europeo dei diritti fondamentali, sociali, civili*, Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma Tre, 9-10 novembre 2023, alla cui data lo scritto è aggiornato. Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico.

Ora, le questioni evocate dal titolo dato alla riflessione che mi accingo a svolgere appaiono essere plurime e teoricamente complesse, dal momento che ad essere evocata in campo – come si tenterà di mostrare – è, a conti fatti, la teoria della Costituzione, il modo con cui la legge fondamentale della Repubblica si pone a base dell'ordinamento, sorreggendolo ed orientandone le più salienti dinamiche.

Dico subito, con riserva di maggiori ragguagli a breve, che la "fondamentalità", quale attributo costitutivo e caratterizzante i diritti fondamentali, può farsi valere in più modi, aprendosi a ventaglio e proiettandosi in più direzioni.

Procediamo, dunque, con ordine.

2. *I diritti fondamentali come* fondanti *l'ordinamento che ne dà il riconoscimento e, allo stesso tempo, da esso* fondati

I diritti di cui qui si discorre meritano la qualifica che è usualmente loro data, in primo luogo, come si diceva, per il fatto di porsi a fondamento dell'ordinamento cui si riferiscono[1]: un ordinamento – è appena il caso qui di precisare – che è (e non può che essere) di tradizioni liberali o, meglio, liberal-democratiche[2]. Non che – sia chiaro – non possano darsi diritti fondamentali, specie di natura personale o patrimoniale, altresì in ordinamenti autoritari e illiberali in genere. E, invero, alcuni diritti elementari, quale quelli al nome, al cibo o alla salute, sono riconosciuti ovunque, sia pure con caratteri a volte significativamente diversi rispetto a quelli con cui se ne ha la salvaguardia negli ordinamenti cui si fa qui esclusivo

[1] Ho anticipato le notazioni che passo ora a svolgere sul punto in un intervento dal titolo *Atti politici e diritti fondamentali: un rapporto complesso e non poco sofferto*, presentato alla IV Conferenza annuale di ICON-Italian Chapter su *Politica e istituzioni tra trasformazioni e riforme*, Milano 13-14 ottobre 2023, che sarà pubblicato in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2023, 15 dicembre 2023.

[2] Una scelta di campo, questa, necessitata, ove si assuma che la Costituzione è, *in nuce*, un sistema di valori o, meglio di *certi* valori che hanno appunto il loro cuore pulsante nel riconoscimento dei diritti fondamentali o – se più piace dire – nel riconoscimento della "fondamentalità", nelle sue plurime articolazioni ed espressioni di cui qui si dirà, dei diritti stessi [sulla declinazione di questi ultimi come sistema di valori, opportuni rilievi sono ora in V. Baldini, *Approccio decisionista e limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero: un problema dello Stato costituzionale di diritto*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2023, 9 novembre 2023, p. 346 ss., spec. p. 350 ss.].

riferimento[3]. Ciò che, però, fa difetto è l'*insieme* dei diritti in parola, da cui soltanto può aversi l'appagamento della dignità della persona umana[4], in ispecie di alcuni diritti che più di altri appaiono essere direttamente conducenti allo scopo: in primo luogo, in campo civile e politico, senza peraltro trascurare altre specie di diritti ancora, talvolta parimenti soggetti a forti compressioni in ordinamenti non liberal-democratici. La qualifica di "liberale", d'altronde, rimanda naturalmente al riconoscimento delle libertà; e quest'ultimo, unitamente alla separazione dei poteri, è l'essenza – come si sa – della Costituzione, nell'accezione fatta propria e mirabilmente espressa dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

A conti fatti, dunque, dire che i diritti fondamentali si pongono a fondamento dell'ordinamento equivale a dire che quest'ultimo è fondato in Costituzione.

Ora, è interessante subito notare che, nel momento stesso in cui i diritti in parola si pongono a fondamento degli ordinamenti cui si riferiscono, sono però pure – come si diceva – dagli stessi *quodammodo* fondati, nel senso che richiedono pur sempre di essere dotati di una disciplina giuridica, ancorché essenziale, al fine di poter spiegare in seno ad essi la formidabile carica assiologica di cui sono dotati: una disciplina che, in primo luogo, ne dia il riconoscimento e quindi stabilisca modi, condizioni e limiti della loro tutela.

I diritti fondamentali – è ormai provato – non sono, infatti, *posti* bensì *presupposti*; preesistono alla loro positivizzazione e, tuttavia, non possono fare, in alcun caso o modo, a meno di essa, salvo ad accedere all'idea d'ispirazione giusnaturalistica secondo cui i soli diritti autenticamente fondamentali sono quelli che – come diceva San Tommaso – sono iscritti nel cuore di ogni essere umano ovvero hanno diretta ed esclusiva discendenza divina.

Una teoria giuridica positivamente fondata e laicamente connotata rigetta, però, un siffatto inquadramento metodico della questione. E, poiché l'atto fondativo dell'ordinamento è la Costituzione, se ne ha che, senza o al

[3] Emblematica, al riguardo, la vicenda del diritto all'istruzione che, negli ordinamenti di stampo autoritario ed illiberale in genere, va incontro, specie con riferimento a materie storico-umanistiche, a forti torsioni e complessivi adattamenti al contesto in cui s'inscrive, risultando asservito ai fini di ordine generale avuti di mira dal regime affermatosi nel luogo in cui l'istruzione stessa è impartita.

[4] Per vero, la dignità – come si è tentato di mostrare altrove – costituisce oggetto di un diritto fondamentale, anzi del primo dei diritti in parola, e, però, allo stesso tempo, è fondamento dei diritti restanti, il fine del quale questi ultimi costituiscono, ciascuno per la propria parte, il mezzo per la sua affermazione.

di fuori di questa, non possono esservi diritti propriamente "fondamentali". È pur vero che a volte l'aggancio costituzionale appare essere appena accennato, privo però di congruo svolgimento, sì da mettere in grado i diritti cui è fatto riferimento di essere adeguatamente salvaguardati. Così è, in particolare, per i c.d. "nuovi" diritti, di cui si dirà meglio a momenti, che nondimeno si tengono ugualmente – per la tesi maggiormente accreditata – dal laconico disposto di cui all'art. 2 della Carta.

Ora, giusta in premessa la tesi secondo cui la Costituzione è fondamento dell'ordinamento e che l'essenza della Costituzione è data dal riconoscimento dei diritti fondamentali, se ne ha che questi ultimi sono il *fondamento del fondamento*, la sua parte cioè maggiormente qualificante ed espressiva. È vero che la Costituzione non si esaurisce nel solo riconoscimento suddetto, ad esso accompagnandosi un pugno di canoni essenziali che definiscono le forme di esercizio del potere e i loro limiti[5], all'insegna – come si diceva – del principio dell'articolazione del potere stesso in più centri istituzionali, al fine di evitarne quella concentrazione che – come la storia dell'assolutismo regio insegna – si è posta quale pietra tombale per le libertà e, per ciò pure, la dignità della persona. Le forme in parola – è bene qui precisare – non soltanto non possono recare offesa ai diritti di cui ora si discorre ma, di più, devono costantemente tendere al loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto. Si dà, insomma, un *rapporto di strumentalità necessaria* tra quelle e questi; ed il modo con cui esso complessivamente si atteggia e fa valere nell'esperienza qualifica appunto come "liberal-democratico" l'ordinamento in cui il rapporto stesso si afferma.

È, dunque, da considerare ormai acquisito il dato per cui non v'è Costituzione (di un ordinamento liberal-democratico) senza diritti fondamentali e, circolarmente, non vi sono questi senza quella.

La circostanza, poi, per cui i diritti stessi hanno riconoscimento anche per il tramite di documenti normativi diversi dalla Costituzione non costituisce negazione di quanto si è appena venuti dicendo bensì ne dà ulteriore riprova, dal momento che – come si vedrà a momenti – le Carte dei diritti venute alla luce in seno alla Comunità internazionale (tra le quali, per ciò che è qui di maggior interesse, la CEDU) o in seno all'Unione europea (e, segnatamente, la Carta di Nizza-Strasburgo) si pongono pur sempre quali documenti *materialmente* (o – come si preferisce dire alla

[5] Sull'idea di Costituzione, per tutti, v. A. Spadaro, che ne ha trattato a più riprese, spec. nel suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.

Consulta[6] – *tipicamente*) costituzionali, proprio perché dotati della essenza della Costituzione, del suo cuore pulsante: il riconoscimento dei diritti fondamentali. È pur vero che la perdita del monopolio da parte della Costituzione in ordine al riconoscimento dei diritti, ormai condiviso con altri documenti normativi, è un fatto di straordinario rilievo, in primo luogo per ciò che attiene alla "invenzione" di nuovi diritti fondamentali e, quindi, in ordine alla loro salvaguardia, viepiù efficace grazie al c.d. "dialogo" tra le Corti – com'è usualmente (e sia pure con una certa imprecisione teorica) chiamato – che senza sosta s'intrattiene e svolge in forme viepiù raffinate ed incisive.

D'altro canto, inequivoca conferma del ruolo di cruciale rilievo giocato dal riconoscimento costituzionale è data dal fatto che quest'ultimo non è indifferente per ciò che attiene a condizioni, forme e limiti della salvaguardia in parola, che appunto varia da un ordinamento all'altro in ragione della disciplina allo scopo posta.

Possiamo, insomma, dire che la "misura" o, se si vuole, il senso complessivo della "fondamentalità" discende da previsioni normative che possono anche sensibilmente variare nel passaggio da un ordinamento all'altro, pur nella loro comune appartenenza alla grande "famiglia" delle liberal-democrazie, come pure col tempo, anche in ragione del mutare del contesto complessivo in cui la disciplina positiva s'inscrive ed aspira a farsi valere. Basti solo al riguardo pensare all'incidenza esercitata da condizioni complessive di sviluppo economico-sociale e da indirizzi politici perseguiti in ordine al godimento effettivo dei diritti, in ispecie di alcuni maggiormente legati a quelle ed a questi[7].

Se ne ha che se, per un verso, i diritti in parola sono *fondanti* l'ordinamento di appartenenza, risultano però, come si diceva, per un altro verso, dallo stesso *quodammodo fondati*. E si tratta allora di chiedersi come ciò

[6] … nella famosissima (e discussa) sent. n. 269 del 2017.

[7] Si pensi, ad es., al diverso trattamento riservato agli immigrati irregolari, rispettivamente, da forze politiche maggioritarie portatrici di indirizzi politici ispirati all'accoglienza e da altre dalla marcata connotazione nazionalista.

Particolarmente istruttiva la vicenda relativa al provvedimento del tribunale di Catania, sez. immigrazione, R.G. 10461/2023, con il quale non è stato convalidato il trattenimento di un richiedente asilo, provvedimento peraltro seguito da altri analoghi adottati anche presso altre sedi giudiziarie. Una vicenda – come si sa – fatta oggetto di animate contrapposizioni su basi politiche che hanno riguardato taluni atteggiamenti del giudice in circostanze temporalmente risalenti, anziché il provvedimento in sé e per sé [su ciò, tra gli altri, i penetranti rilievi di R. Bin, *I diritti dei magistrati vs. lo starnazzare dei politici*, in *La Costituzione.info* (www.laCostituzione.info), 8 ottobre 2023].

possa conciliarsi con l'affermazione fatta in premessa, secondo cui essi sono *riconosciuti*, non già *posti*, dall'ordinamento medesimo.

L'aporia è, in realtà, meramente apparente; e se ne ha subito la prova avuto riguardo ai "nuovi" diritti. Se è vero, infatti, che i diritti fondamentali – come si è tentato di mostrare altrove[8] – sono bisogni elementari dell'uomo il cui appagamento è condizione di un'esistenza "libera e dignitosa", per riprender la formula particolarmente espressiva che è nell'art. 36, I c., della Carta[9], se ne ha che, solo facendo riferimento ai bisogni che sono maggiormente diffusi e più intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, può stabilirsi quali di essi meritino appunto la qualifica di "fondamentali" e, di conseguenza, il regime giuridico proprio di questi. Interpellare il corpo stesso equivale, in buona sostanza, a verificare se si siano, o no, formate delle *consuetudini culturali di riconoscimento* – come a me piace chiamarle[10] – dei diritti in parola; ed è a queste, e solo ad esse, che il diritto deve far capo, portarle ad emersione, dotarle appunto della disciplina di cui nondimeno necessitano[11].

In un ordinamento autenticamente liberal-democratico sarebbe, dunque, inimmaginabile che possano aversi diritti fondamentali imposti a forza ad una comunità che non li senta come tali e, pertanto, non ne rivendichi il riconoscimento e la tutela. Sarebbe – come si è venuti dicendo

[8] Ne ho ripetutamente trattato, nei termini ora indicati, a partire da *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Napoli, 2017, p. 337 ss., nonché in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2016, 30 giugno 2016, p. 263 ss.

[9] … ancora una volta, come si vede, dotata di generale valenza, ben oltre dunque l'ambito, di cruciale rilievo, relativo al lavoro ed alla retribuzione commisurata al suo svolgimento [su di che, di recente, i contributi su *Esistenza libera e dignitosa: la rivoluzione promessa*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2023]. È poi chiaro che ciascuno dei termini di cui si compone la definizione riportata nel testo richiede di essere spiegato, a partire da quelli indicati nella formula costituzionale in cui è fatto richiamo di concetti – libertà e dignità – che, una volta di più, fanno rimando a ciò che è essenziale per ogni essere umano, come tale – si diceva – "invisibile agli occhi". Nulla, in particolare, vi è di più essenziale della dignità, in funzione servente della quale si dispongono le stesse libertà, dal momento che essa – come si è tentato di mostrare altrove – attiene alla *humanitas* stessa della persona e ne dà la cifra più immediatamente espressiva e qualificante.

[10] Ragguagli nel mio *La Costituzione come "sistema" e le sue proiezioni al piano delle innovazioni positive ed a quello delle pratiche interpretative (prime notazioni)*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2023, 23 aprile 2023, spec. p. 473 ss.

[11] Altra questione, di cruciale rilievo e della quale si dirà a momenti, è a chi spetti in un ordinamento democratico far luogo alla ricognizione in prima battuta delle consuetudini in parola, apprestando le basi adeguate sulle quali farle poggiare, sì da potersi affermare nel migliore dei modi, alle condizioni oggettive di contesto.

– un'autentica *contradictio in adiecto*, la negazione appunto della "fondamentalità" dei diritti stessi[12]. I doveri, quelli sì, possono – come si sa – essere autoritativamente imposti, specie in taluni ordinamenti; i diritti, di contro, richiedono sempre un atto d'impulso da parte del corpo sociale che porti alla loro emersione da quest'ultimo. Poi, è pur vero che, a mio modo di vedere, gli stessi diritti fondamentali, una volta riconosciuti e proprio perché tali, racchiudono in sé e costantemente esprimono nell'esperienza una carica deontica; *devono*, cioè, essere fatti valere, ad un duplice fine: la salvaguardia della dignità della persona che ne è titolare e l'integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo. E ciò, per il fatto che – come si è altrove rilevato –, in presenza di diffuse rinunzie all'esercizio dei diritti stessi, finirebbero con l'impiantarsi pratiche imitative degeneri che porterebbero alla lunga allo sfilacciamento del tessuto sociale e, dunque, alla dissoluzione stessa dell'ordinamento o, comunque, ad una sua profonda, strutturale involuzione, vale a dire all'impianto di un regime illiberale[13].

---

[12] A. Spadaro, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in *Dir. e soc.*, 3/1991, p. 453 ss., argomenta efficacemente la tesi secondo cui uno dei fondamenti dei diritti in parola è, appunto, da rinvenire nel consenso sociale.

[13] È anche (e soprattutto) così che una democrazia finisce a volte con il convertirsi innaturalmente in una "democratura", per fare ora utilizzo di un termine forse non del tutto felice ma alquanto efficace. Emblematiche, al riguardo, le vicende in corso in Polonia ed Ungheria (anche se con riguardo al primo Paese uno spiraglio di una possibile inversione di tendenza si è aperto a seguito delle elezioni dell'ottobre scorso), vicende fatte oggetto di una copiosa messe di commenti di vario segno [riferimenti in M.A. Orlandi, *La "democrazia illiberale". Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2019, p. 175 ss.; A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2019, 18 giugno 2019, p. 583 ss.; AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli, 2020; G. D'Ignazio, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online* (www.dpceonline.it), 3/2020, p. 3563 ss.; nella stessa *Rivista*, A. Spadaro, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla…. "democratura"*, p. 3875 ss.; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, p. 3999 ss.; P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria: recenti* sviluppi, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 8/2020, 1° aprile 2020, p. 166 ss.; pure *ivi*, S. Gianello, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, 116 ss., e, dello stesso, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2020, p. 489 ss.; nella stessa *Rivista*, M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, 1/2021, p. 91 ss.; pure *ivi*, A. Gatti, *Liberal Democracies and Religious Extremism. Rethinking Militant Democracy through the German Constitutional Experience*, p. 131 ss.; AA.VV., *Defending Checks and Balances in EU Member States*, a cura di A. von Bogdandy - P.

Bogdanowicz - I Canor - C. Grabenwarter - M. Taborowski - M. Schmidt, Springer, Berlin 2021; E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale:* from outside to inside*? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021; V.Z. Kazai, *Restoring the Rule of Law in Hungary. An Overview of the Possible Scenarios*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2021, p. 983 ss.; nella stessa *Rivista*, M. Coli, *Sfida al primato del diritto dell'Unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla* Rule of Law*? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, p. 1083 ss.; A. Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021; A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2021, 10 febbraio 2021, p. 1 ss.; nella stessa *Rivista*, I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, 14/2021, 2 giugno 2021, p. 178 ss.; F. Salmoni, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano – Padova, 2021; G. Guerra, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale.* Governance *economica, opposizione politica e populismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2021, p. 521 ss.; R. Calvano, *Legalità UE e Stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2022, 7 dicembre 2022, p. 166 ss.; A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in *Scritti in onore di F. Lanchester*, I, a cura di G. Caravale - S. Ceccanti - L. Frosina - P. Piciacchia - A. Zei, Napoli, 2022, p. 489 ss., e, della stessa, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2022, p. 121 ss.; A. Guazzarotti, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2022, 4 agosto 2022, p. 1 ss., e, dello stesso, ora, *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa. Riflessioni critiche sulla costituzione materiale dell'UE*, Milano, 2023; T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 4/2022, 7 novembre 2022, p. 65 ss.; AA.VV., *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, a cura di G. Azzariti, Napoli, 2022; L. Ferrajoli, *Il futuro del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2022, 23 settembre 2022, p. 182 ss. Con specifico riguardo alla Polonia, v., ora, C. Curti Gialdino, *La "legge bavaglio" polacca viola l'indipendenza, l'imparzialità e la vita privata dei giudici ed è incompatibile con principi fondamentali del diritto dell'Unione europea*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2023, 12 luglio 2023, IV ss., e, nella stessa *Rivista*, Z. Witkowski, *Il degrado del parlamentarismo in Polonia (2015-2023)*, *paper*, 25/2023, 18 ottobre 2023, 1 ss. Sul sistema costituzionale ungherese, in particolare, v., poi, i contributi che sono in *Evoluzione del sistema elettorale e democrazia pluralista: il caso dell'Ungheria*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2022. Sulla situazione in Romania, v. G. Vosa, *La tutela dello "Stato di diritto" in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 22/2022, 10 agosto 2022, p. 184 ss. Si discute inoltre *Sul costituzionalismo, oggi*, per iniziativa dell'AIC, *La Lettera* su *Lo Stato di diritto nell'Unione europea*; per una riflessione di ordine generale sul *rule of law* può vedersi A. Pin, *Il* rule of law *come problema*, Napoli, 2021, e, con specifica attenzione alla giurisprudenza eurounitaria, G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 27/2022, 19 ottobre 2022, p. IV ss. V., inoltre, utilmente anche AA.VV., *Rule of law vs. Majoritarian Democracy*, a cura di G. Amato - B. Barbisan - C. Pinelli, Hart, Oxford, 2021; AA.VV., *Attraverso lo Stato di diritto. Crisi e prospettive*, a cura di A. Lo

I diritti fondamentali, insomma, richiedono una costante tensione ed una vigorosa rivendica da parte del corpo sociale, pur se, in un ordinamento dalle ormai salde e ramificate radici che affondino in un terreno spianato e reso fertile dai valori propri delle liberal-democrazie, espressa in forme pacifiche e indolori, che non necessitino più dunque l'avvento di un potere costituente volto alla loro affermazione, al loro riconoscimento appunto, come invece si è avuto – è noto – per effetto dei moti di fine Settecento e primo Ottocento e come pure ancor oggi talora si ha in contesti nei quali i valori suddetti si sono trovati esposti a gravi minacce e, talora, a vere e proprie violazioni.

3. *La "fondamentalità" come fattore della inviolabilità dei diritti*

È dalla "fondamentalità", poi, che linearmente discende la qualità della inviolabilità dei diritti, cui fa esplicito riferimento l'art. 2 della Carta. Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, la qualità in parola presuppone il possesso della "fondamentalità" che è, dunque, un *prius* logico ed assiologico di quella.

L'inviolabilità può essere declinata in più modi. È, in primo luogo, garanzia della intangibilità dei diritti che, proprio per l'essere condizione della trasmissione dell'ordinamento nel tempo, sono indisponibili e vanno pertanto messi al riparo da qualsivoglia attacco ad essi recato, per mano dei privati così come dei pubblici poteri. Se ne ha, quindi, che gli enunciati che danno il riconoscimento ed apprestano la disciplina essenziale a presidio dei diritti stessi, pur essendo soggetti ad innovazioni positive, non possono, ad ogni buon conto, patire compressioni irragionevoli[14], richiedendo piuttosto

Giudice, Napoli, 2022; AA.VV., *The Rule of Law in the EU: Crisis and Solutions*, a cura di A. Södersten - E. Hercock, Swedish Institute for European Policy Studies, Report No. 1 (2023); A. Baraggia, Ricatto *democratico? L'utilizzo della condizionalità a protezione dello Stato di diritto*, in *Quad. cost.*, 2/2023, p. 355 ss.; AA.VV., *Rule of law, culture e territori*, a cura di V. Carlino e G. Milani, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), aprile 2023; G. Vosa, *La lunga marcia della clausola identitaria. Riflessioni per un esame comparato della recente giurisprudenza costituzionale euro-unitaria*, in *Riv. dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), anteprima 2023, 5 luglio 2023, spec. p. 40 ss.; M. Belov, *Rule of Law in Europe in Times of Constitutional Polycrisis, Constitutional Polytransition and Democratic Discontent*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2023, p. 875 ss., e, pure *ivi*, V. Perju, *Rule of Law Riddles*, p. 895 ss.].

[14] … specie in considerazione delle situazioni di fatto che ne giustifichino l'adozione: si pensi, ad es., a ciò che può aversi (come si è avuto) in presenza di talune gravi emergenze, quale da ultimo quella da covid-19 (in tema, nella ormai incontenibile lett., v., di recente e per tutti, V. Piergigli, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, 2023).

di andare incontro a modifiche *in melius*, volte cioè a far espandere l'ambito di azione dei diritti stessi, rafforzandone per quanto possibile, alle condizioni oggettive di contesto, la tutela.

Viene al riguardo evocata in campo l'annosa questione dei limiti alla revisione costituzionale[15] che – per come è qui pure vista[16] – non esclude la modificabilità dei principi fondamentali in genere, di cui peraltro – come si sa – si è già avuto riscontro[17], e, con essi, dunque, anche delle previsioni della Carta che danno il riconoscimento dei diritti, sempre che – beninteso – ciò porti all'effetto di rendere ancora più saldi ed incisivi i disposti in parola. Questione, questa, per vero nient'affatto agevole da impostare e risolvere a modo, sol che si pensi, per un verso, ai non lievi ostacoli che si frappongono alla ricognizione dei principi in parola, una volta ammesso in premessa il carattere comunque non risolutivo dell'autoqualificazione, e, per un altro verso, alle difficoltà che parimenti si pongono in ordine alla determinazione di ciò che porta all'innalzamento del livello della tutela o, all'opposto, al suo abbassamento, in ragione di condizioni di contesto che possono anche in un breve torno di tempo variare e che talvolta si rendono problematicamente qualificabili nella loro vera natura e consistenza.

Ad ogni buon conto, in nessun caso e per nessuna ragione possono aversi sacrifici dei diritti tali da tradursi in un sostanziale svuotamento della dignità della persona che – come si è tentato di mostrare altrove – è da considerare un autentico valore "supercostituzionale"[18]. Sta qui la radice da cui traggono giustificazione ed alimento talune vicende della normazione che appunto si spiegano in funzione della salvaguardia della inviolabilità e, risalendo, della "fondamentalità" dei diritti.

---

[15] … a riguardo della quale, per tutti, AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Napoli, 2019.

[16] Mi sono sforzato di argomentare la tesi cui faccio ora riferimento nel mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, p. 473 ss.

[17] Ovvio il riferimento qui alle novità introdotte negli artt. 9 e 10, per restare ora ai soli principi fondamentali così espressamente etichettati dalla stessa Carta, ma di altri disposti ancora potrebbe farsi menzione, specie laddove si adotti un criterio assiologico-sostanziale di qualificazione dei principi in parola.

[18] In questi termini ne discorrono A. Ruggeri - A. Spadaro, in più luoghi, a partire da *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino, 1992, p. 221 ss., nonché in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

Si pensi, ad es., ai limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale a talune applicazioni del canone della *lex posterior*, in ispecie all'abrogazione popolare (ma, a mia opinione, per logica conseguenza, all'abrogazione *tout court*), laddove possa conseguirne un pregiudizio per la "tutela minima" di beni della vita (e, segnatamente, appunto di diritti) costituzionalmente protetti. Un esito teorico-ricostruttivo, questo, che può agevolmente riferirsi al disposto di cui all'art. 117, II c., lett. *m*) che, con il fare menzione dei "livelli essenziali" delle prestazioni, non ha inteso, a mio modo di vedere, avere riguardo al solo riparto di competenze tra Stato e Regioni ma, ancora prima e di più, ha stabilito un canone fondamentale di azione per i pubblici poteri, obbligandoli – come si viene dicendo – a non recare irragionevoli sacrifici alla inviolabilità dei diritti[19].

Se ne ha che – come vado dicendo da molti anni[20] – le dinamiche della normazione richiedono pur sempre di essere osservate *dal punto di vista dei diritti e dei principi fondamentali* cui dà voce la Carta, in applicazione dunque di canoni di ordinazione in sistema assiologicamente ispirati; e, poiché il riconoscimento dei diritti è il cuore pulsante della Costituzione[21], ne discende che le dinamiche in parola possono essere messe a punto come si conviene unicamente alla luce della teoria della Costituzione (e, segnatamente, di una teoria di stampo assiologico-sostanziale)[22]. D'altro canto, è pur sempre da quest'angolo visuale che vanno viste le relazioni tra gli ordinamenti, alle quali pure, per le peculiari esigenze di questo studio, si farà cenno a momenti.

---

[19] Ancora una volta, poi, il livello dei… *livelli* – se così può dirsi – rimanda a condizioni di contesto in ordine alla sua determinazione, fermo restando che l'eventuale abbassamento è pur sempre da considerare l'eccezione (per ciò stesso, presuntivamente irragionevole), comunque non tollerabile oltre una certa soglia.

[20] Ho manifestato l'opzione per un inquadramento assiologico-sostanziale delle fonti e della loro composizione in sistema nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, spec. 240 ss., sforzandomi quindi di precisare ulteriormente la tesi nella quale mi riconosco in più luoghi di riflessione scientifica.

[21] … perlomeno, appunto, di una Costituzione di tradizioni liberali. Non tratto, tuttavia, qui della vessata questione se il lemma in parola possa essere in modo appropriato utilizzato anche in relazione ad ordinamenti diversamente connotati (su di che faccio qui nuovamente richiamo, per tutti, del *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., di A. Spadaro).

[22] Desidero qui fare una confessione ad alta voce. Non c'è problema di diritto costituzionale da me fatto oggetto di studio che non m'induca ogni volta ad interrogarmi se la soluzione che mi parrebbe giusto patrocinare risulti strumentale ad una accresciuta affermazione dei diritti o, all'opposto, possa recare ad essa pregiudizio. Considero, infatti, questa prospettiva particolarmente promettente interessanti esiti ricostruttivi e, come tale, mi permetto di consigliarne l'adozione soprattutto ai giovani studiosi.

4. *Il rapporto di mutuo sostegno e costante alimentazione che s'intrattiene tra i diritti fondamentali*

La "fondamentalità" porta, poi, naturalmente ogni diritto che ne è dotato a disporsi – come si diceva – a fondamento degli altri, tutti dunque dandosi mutuo sostegno ed alimento. È così, infatti, che prende forma ed incessantemente si rinnova il sistema dagli stessi composto. D'altronde, è ormai provato che il *vulnus* recato in modo diretto anche ad uno solo di essi ridonda altresì a carico degli altri; più ancora, il venire meno di uno di essi – per remota che obiettivamente sia siffatta eventualità – farebbe fatalmente venire meno anche i restanti, esattamente come si ha per effetto di una valanga che man mano si ingrossa sempre di più e si porta rapidamente a valle travolgendo ogni cosa.

Può, insomma, ancora una volta, dirsi che ogni diritto è *fondante* e *fondato* allo stesso tempo, nel suo fare "sistema" con i diritti della sua stessa specie.

Il punto richiede, nondimeno, un supplemento di analisi. È da chiedersi, infatti, come mai, fintantoché un nuovo diritto non sia stato riconosciuto, i restanti possano ugualmente affermarsi, mentre a partire dalla venuta alla luce del nuovo hanno pur sempre bisogno di tenersi ed alimentarsi anche da questo.

La risposta rimanda, ancora una volta, alla teoria della Costituzione e, dunque, al modo di essere e di divenire di questa. Ciò che, infatti, può, a tutta prima, sembrare una vera stranezza, riguardato alla luce della teoria in parola, cessa immediatamente di esserlo.

È bene tenere al riguardo presente che la Costituzione esprime una naturale, irrefrenabile vocazione alla propria crescente espansione, a portarsi cioè verso territori dapprima inesplorati, conquistandoli e in essi piantando e facendo radicare i valori fondamentali ai quali dà voce, a partire da quelli che compongono – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento: libertà ed eguaglianza, le maggiori ed emblematiche espressioni della dignità della persona[23]. La "materia" costituzionale – come

[23] Sulle mutue implicazioni che tra si intrattengono tra i valori in parola, v., part., G. Silvestri, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari-Roma, 2009; dello stesso, è la nota qualifica della dignità quale "bilancia" su cui si

si è soliti chiamarla –, insomma, si dilata sempre di più, fino a comprendere elementi dapprima ritenuti inesistenti o, come che sia, non avvertiti come costitutivi della stessa[24].

È in questo quadro che s'inscrive la "invenzione" a ritmi viepiù accelerati di nuovi diritti, molti dei quali – come si sa – legati allo sviluppo scientifico e tecnologico che, allo stesso tempo, porta alla luce "cose" nuove e sollecita l'invenzione di nuove parole per esprimerle[25]. Anche il linguaggio

dispongono i beni della vita bisognosi di "bilanciamento", e dunque in primo luogo i diritti fondamentali [v. *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Ass. AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti), 14 marzo 2008].

[24] Questa vicenda è rappresentata nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Torino, 2019, 299 ss., nonché in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2017, 12 dicembre 2017, p. 1 ss., dal quale, volendo, possono aversi maggiori ragguagli.

[25] Sull'incidenza esercitata dalla scienza e dalla tecnologia in ordine alla invenzione e salvaguardia di nuovi diritti v., tra gli altri, AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Napoli, 2018; G. Ragone, Eine empirische Wende? *La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020; AA.VV., *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, a cura di G. Ferri, Napoli, 2022; L. Del Corona, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022; AA.VV., *Diritti di libertà e nuove tecnologie*, a cura di A. Morelli, in *Dir. cost.*, 1/2023; O. Pollicino - M. Bassini - G. De Gregorio, *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*, Milano, 2023; O. Pollicino, *Potere digitale*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, V (2023), 410 ss., e, dello stesso, ora, *La forma quadrangolare della geometria del/i potere/i digitale/i e il passaggio ad un costituzionalismo digitale procedurale*, in *European Law Journal*, 14 agosto 2023, nonché *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quad. cost.*, 3/2023, p. 569 ss.; AA.VV., *Processi democratici e tecnologie digitali*, a cura di G. Di Cosimo, Torino, 2023; F. Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo*, Zaragoza 2023; M. Ladu - N. Maccabiani, *L'autodeterminazione popolare nell'era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 3 giugno 2023, p. 415 ss.; AA.VV., *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità*, a cura di E. Di Carpegna Brivio e A. Sancino, Torino, 2023; V. Corneli, *Sovranità tecnologica: intelligenza artificiale e valori costituzionali*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 2/2023, 4 giugno 2023, p. 41 ss.; v., inoltre, ora, i contributi su *Diritti fondamentali e democrazia nel costituzionalismo digitale* che sono in *La citt. eur.* (www.lacittadinanzaeuropeaonline), 2/2023, e, con specifico riguardo alle neurotecnologie, F. Cirillo, *Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in Consulta OnLine (www.giurcost.org), 2/2023, 12 luglio 2023, p. 666 ss., e, dello stesso, Neuroprivacy. *Problemi teorici e prospettive costituzionali*, Torino, 2023. Infine, volendo, v. anche il mio *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2022, 4 febbraio 2022, p. 130 ss.

costituzionale si è, infatti, evoluto[26]. Se ne ha riscontro non solo ponendo a raffronto le Carte costituzionali di fine Settecento e primo Ottocento con quelle del secondo dopoguerra ma anche osservando il modo con cui gli enunciati costituzionali, pur rimanendo immutati nella loro esteriore rappresentazione, "parlano" per bocca degli atti che in modo continuo vi danno specificazione-attuazione o – il che è lo stesso – degli operatori (specie, legislatore e giudici) che senza sosta li convertono in norme e pratiche di diritto in genere, sì da assicurarne l'implementazione nell'esperienza.

Ora, è noto a tutti che, fino a quando scienza e tecnologia non hanno messo a disposizione dell'uomo talune risorse, non se ne avvertiva il bisogno proprio perché non se ne aveva consapevolezza, mentre a partire dalla loro venuta alla luce, in buona sostanza, si ha diffusa sensazione di non poterne fare più a meno. Ancora una volta, questa vicenda è complessivamente governata da *consuetudini culturali* di riconoscimento della impellenza di taluni bisogni, alle quali occorre quindi assicurare la opportuna traduzione in atti giuridici (in ispecie, normativi e giurisprudenziali) idonei a darvi voce.

Possono, ovviamente, farsi molti esempi in tal senso. Basti solo pensare al fatto che nessuno di noi pensa di tornare ad usare la diligenza a cavalli per spostarsi da un luogo all'altro, preferendo allo scopo avvalersi di una comoda ed accessoriata automobile o di altri mezzi ancora di locomozione, come pure nessuno più ricorre ai segnali di fumo e, sempre più di frequente, a lettere spedite per posta ordinaria per comunicare con altri, avendo ormai a disposizione cellulare e posta elettronica.

È interessante notare che anche gli enunciati costituzionali soggiacciono alla legge inesorabile del tempo; e, dunque, può assistersi al loro incessante avvicendamento semantico per via d'interpretazione, nel senso che alcuni esiti ricognitivi di senso risultano col tempo inesorabilmente invecchiati, mentre altri ne prendono il posto. E, tuttavia, la tendenza è pur sempre nel verso dell'incameramento dei dati nella

[26] Se n'è, ancora di recente, discusso in occasione del convegno dell'AIC svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*, Napoli, 2023; nella dottrina anteriore, v., almeno, G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, p. 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa 2016; B. Barbisan, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 8 giugno 2022, p. 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. Visconti, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, p. 110 ss., e, ora, G. Cavaggion - M. Orofino, *Lingua e Costituzione: l'irrompere dei linguaggi algoritmici*, 4/2023, 24 ottobre 2023, p. 155 ss.

memoria costituzionale, che dispone di una formidabile e potenzialmente incommensurabile capienza. Come dire, insomma, che tutto (o quasi) si conserva e non va perduto. D'altronde, è pur sempre invocabile anche un lontano precedente per attingervi alla bisogna. È sufficiente tenere a mente come vanno le cose al riguardo nella giurisprudenza che pure non esita talora a dichiarare essere ormai obsoleto un certo indirizzo interpretativo dapprima invalso ma che assai di frequente non si trattiene dal far richiamo ad anteriori prese di posizione, proprio perché pur sempre astrattamente disponibili.

La sfera costituzionale – se così vogliamo dire – va, dunque, espandendosi sempre di più. L'interpretazione della Carta non ha, però, un andamento lineare e progressivo, senza ritorni all'indietro, come pure non disdegna di intraprendere percorsi imprevedibili, fare luogo a giri anche assai larghi, prima di pervenire alla meta. Il "moto" della Costituzione – per dirla con un'accreditata dottrina[27] – non è mai astrattamente precostituito, varia piuttosto in ragione delle esigenze complessive del contesto in cui s'inscrive e matura la singola vicenda ordinamentale. E così è pure, dunque, per gli enunciati che esprimono diritti: per quelli che li nominano espressamente come pure per quello, di cui all'art. 2 della Carta, che – come si diceva – è usualmente utilizzato come base di appoggio per i nuovi diritti.

Per ricorrere ad una immagine che dà l'idea di quanto si viene ora dicendo, il sistema dei diritti somiglia ad un caleidoscopio, che si scompone e ricompone senza sosta dando vita ad immagini sempre diverse. D'altronde, sono i casi della vita, con la loro incontenibile varietà, a portare a quest'esito ed a far sì che se ne abbiano alcune particolarmente istruttive rappresentazioni.

È la fame insaziabile di nuovi diritti, manifestata dal corpo sociale col fatto stesso di avanzare pretese crescenti di tutela, a dare conferma dello scenario qui sommariamente delineato. E, tuttavia, le consuetudini culturali di riconoscimento di bisogni generalmente avvertiti in seno alla comunità, al tempo stesso in cui si pongono a fondamento dei nuovi diritti, ne fissano altresì il limite; sono, cioè, una garanzia avverso eccentriche e sporadiche pretese accampate da singoli o gruppi, prive però del necessario riscontro da parte della *maior pars* del corpo sociale. I numeri in democrazia

[27] M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013; di "evoluzione" della Costituzione e di quest'ultima come "processo", più (e prima ancora) che come "atto", ha in più occasioni discorso A. Spadaro, del quale v., almeno, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, p. 343 ss.

stabiliscono l'esito del "gioco" politico: la maggioranza, infatti, vince, anche se – come suol dirsi – non sempre ha ragione. La formazione delle consuetudini in parola è però – come si diceva – una garanzia particolarmente efficace, per il fatto stesso che in esse si riconosce tutta o quasi la comunità organizzata. Proprio per ciò, come si dirà a momenti, lo strumento elettivo, in uno Stato costituzionale e democratico, per far luogo alla loro ricognizione e prima disciplina è quello espressivo della normazione in forma eminente, venuta alla luce con le procedure di cui all'art. 138.

5. *Il rischio della mitizzazione o sovraesposizione della Costituzione in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti, la viepiù vistosa torsione e confusione dei ruoli istituzionali di cui si ha al riguardo riscontro, il modo con cui dovrebbe farsi luogo alla salvaguardia dei diritti stessi, secondo modello e secondo esperienza*

Ora, i nuovi diritti – è doveroso riconoscere – possono non poche volte, forse davvero il più delle volte, giovarsi della conformazione a maglie larghe e talora larghissime della struttura degli enunciati costituzionali per trovare in questi il riconoscimento che attendono al fine di potersi inverare nell'esperienza. Il che vale come dire che i c.d. "nuovi" diritti non sono, poi, davvero tali, facendosi riportare a formule preesistenti, a partire da quella dotata di straordinaria ampiezza di ventaglio di cui all'art. 13, I c.

Occorre, tuttavia, guardarsi dal rischio della mitizzazione della Costituzione, della sua capacità generativa di sensi e della sua forza, assumendosi che la legge fondamentale della Repubblica – come si è in altre occasioni rilevato – dica, a conti fatti, *tutto su tutto* e, magari, lo dica sempre nel migliore dei modi, sì da non richiedere alcun suo aggiustamento o aggiornamento, specie appunto nella sua parte sostantiva (e, segnatamente, in relazione ai diritti).

A considerare (ed a rappresentare) la Carta costituzionale quale documento normativo perfetto in sé e per sé, privo di mende o lacune di sorta, non le si rende però un buon servizio, non foss'altro perché in tal modo risulta naturalmente spianata la via a gravi torsioni di ordine istituzionale, sovraccaricandosi di aspettative e di responsabilità il ruolo degli interpreti, in ispecie dei garanti, e, di contro, sottostimandosi quello dei decisori politici, a partire dagli organi della normazione, costituzionale ed ordinaria. È, infatti, evidente che in tal modo ne vengono viepiù marginalizzate le sedi della rappresentanza politica, avuto specifico riguardo – per ciò che è qui di diretto interesse – a quell'opera di disvelamento e

"razionalizzazione" dei nuovi diritti di cui si viene dicendo, di ricognizione cioè di quelle consuetudini culturali da cui in buona sostanza dipende l'incessante svecchiamento della Costituzione e la sua più qualificante rigenerazione semantica.

Il rischio, insomma, è quello della esposizione degli enunciati a continue e corpose manipolazioni semantiche, seppur a volte abilmente mascherate grazie ad un uso sapiente e raffinato delle tecniche retorico-argomentative di cui è solita avvalersi l'interpretazione giuridica. E così, per un verso, si reca un *vulnus* profondo, sovente non rimarginabile, alla Costituzione, praticamente in ogni sua parte (ma, specialmente, in quella sostantiva e, più ancora, nei suoi principi fondamentali) soggetta a "modifiche tacite" ora più ed ora meno incisive[28], nel mentre, per un altro verso e quale lineare conseguenza di siffatte alterazioni, si determinano – come si diceva – profonde alterazioni dei ruoli istituzionali, viepiù tendenti ormai alla loro reciproca confusione[29].

---

[28] Il confronto su queste ultime è tornato, nel tempo a noi più vicino, ad animarsi, esibendo orientamenti di vario segno ed orientamento [*ex plurimis*, v. A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, VIII (2016), p. 263 ss.; S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019, 23 marzo 2019, p. 335 ss.; M.P. Iadicicco, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., p. 231 ss.; pure *ivi*, se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, p. 415 ss.; ulteriori indicazioni possono poi aversi dal mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze,* in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2020, 15 dicembre 2020, p. 1031 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. Citino, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2021, 21 maggio 2021, p. 40 ss. Con specifico riguardo al procedimento legislativo, v. M. Manetti, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, p. 531 ss., e M. Michetti, *Procedimento legislativo e decisione politica. Itinerari Regole Prassi*, Torino, 2023. Infine, A. Mangia, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, p. 61 ss.; V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023; E. Olivito, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2023, 19 ottobre 2023, p. 26 ss., e, per ciò che attiene alla dimensione sovranazionale, F. Savastano, *Trasformazioni costituzionali nell'allargamento dell'Unione europea*, Torino, 2023].

[29] Se ne tratta, di recente, nel mio *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. fond.*

La Costituzione è, sì, soggetta a continue evoluzioni[30] che, nondimeno, dovrebbero aversi restando ad ogni buon conto fedeli all'impianto originario quale delineato dai *framers*, non già *per saltus*, rinnegandosene cioè le basi portanti o, come che sia, debordando dai confini segnati dalla lettera degli enunciati.

Il ristabilimento dei ruoli[31] non soltanto dovrebbe aversi tenendo ferma la *summa divisio* tra organi (ed attività) di direzione politica ed organi (ed attività) di garanzia, ma, unitamente a ciò (e prima ancora di questo), sarebbe necessario tenersi alla larga dall'abnorme commistione dei ruoli dei massimi decisori politici, Parlamento e Governo, quale invece ormai pressoché quotidianamente si ha, specie in conseguenza dello spostamento dal primo al secondo della produzione normativa di rango primario.

Per ciò che più da presso attiene al tema che è qui di specifico interesse, è venuta dunque ad affermarsi una duplice torsione: in primo luogo, per il fatto che vistose e perduranti carenze dei decisori politici hanno portato all'effetto di demandare ai giudici, ancora prima della salvaguardia dei nuovi diritti, lo stesso loro riconoscimento[32] e, secondariamente, per il venir meno o, come che sia, la sostanziale emarginazione del Parlamento nell'adozione di alcune leggi, peraltro non di rado non fatte a modo[33], volte a dar voce ai diritti.

Di contro, secondo modello –, come si è fatto in altri luoghi notare – il riconoscimento dei diritti avrebbe dovuto (e sempre dovrebbe) aversi a mezzo di un atto venuto alla luce con le procedure di cui all'art. 138, ricongiungendosi in tal modo forma e materia costituzionale e spianandosi, pertanto, il terreno per quelle autentiche, paritarie operazioni di

(www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 14 luglio 2023, p. 631 ss. Notazioni di vario segno, infine, nei contributi al convegno AIC svoltosi a Brescia il 27-28 ottobre scorso su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, in *Ass. cost.* (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

[30] … per riprendere, ancora una volta, il termine caro ad A. Spadaro, che figura nel suo *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, sopra cit.

[31] Un fermo richiamo in tal senso si è di recente avuto da M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Milano, 2023.

[32] Quella che è qui, così come già in altri luoghi, vista come una torsione istituzionale è, invece, ancora da ultimo qualificata come fisiologico svolgimento della vita istituzionale da A. Cariola, *Come nasce un diritto*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 14 luglio 2023, p. 607 ss., se mal non se n'è inteso il pensiero.

[33] … tant'è che le stesse sono state spesso fatte a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, obbligata essa pure ad un'innaturale opera di supplenza (si pensi, ad es., alle sofferte esperienze cui è andata soggetta la legge 40 del 2004).

bilanciamento secondo i casi cui i diritti tutti vanno pressoché quotidianamente soggetti: i vecchi con i nuovi e gli uni o gli altri *inter se*.

È singolare che la dottrina corrente non si avveda dell'aporia di costruzione costituita da diritti che assumano tutti, in tesi, di trovare riconoscimento (nell'accezione ristretta e propria del termine) in fonti dalla diversa natura e – ciò che più conta – reciprocamente graduate e, ciononostante, di potersi ogni volta giocare la partita alla pari in vista della loro ottimale affermazione. Dotare i nuovi diritti della veste positiva più preziosa di cui si dispone (la costituzionale, appunto), di contro, giustifica la stessa discesa in campo dei nuovi diritti, il loro confronto e, se del caso, lo scontro con i vecchi, con esiti imprevedibili, comunque accettabili se idonei a risolversi nel minor sacrificio possibile per l'*insieme* dei diritti e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti, ovverosia – se si preferisce altrimenti dire – per la massimizzazione della loro tutela[34].

[34] Sul canone della miglior tutela si hanno vedute sensibilmente discordi tra gli studiosi, per un verso negandosene la stessa esistenza e, per un altro ed opposto verso, rinvenendosi in esso uno dei canoni fondamentali dell'ordinamento, anzi un autentico "metaprincipio" [nel primo senso, v., part., R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Milano, 2020, 1 ss.; nel secondo, v., part., i miei *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 18 dicembre 2019, p. 707 ss., spec. p. 714 in nt. 30; *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 8 aprile 2020, e *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2022, 12 settembre 2022, p. 1 ss., spec. p. 16 ss.; v., poi, variamente, A. Randazzo, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 10 giugno 2020, p. 689 ss.; B. Nascimbene, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 3/2020, p. 277; I. Anrò, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 19/2020, 17 giugno 2020, p. 109 ss.; F. Donati, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, p. 49 ss.; I. Del Vecchio, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Napoli, 2020; C. Caruso, Granital reloaded *o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 19 ottobre 2020; R. Conti, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 2 novembre 2020, spec. p. 588 ss.; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Torino, 2022, ed *ivi*, spec., G.

È ben possibile, poi, che all'atto primo d'*inventio* dei diritti seguano atti ulteriori, di grado primario, volti a dare la necessaria specificazione-attuazione alla disciplina di base, presentandosi nondimeno – fin dove possibile – *per principia*, sì da dotarsi di una struttura ad ogni buon conto assai duttile ed aperta a plurimi inveramenti nell'esperienza, specie per mano dei giudici, ai quali è dunque demandata la produzione delle regole di volta in volta più adeguate ai casi, vale a dire di far luogo ad una ulteriore attuazione dei principi in parola, con un processo che dunque si fa per gradi discendenti di generalità-astrattezza, secondo la ispirata ed insuperata intuizione kelseniana.

Come si vede, anche le forme sono chiamate a concorrere alla qualificazione della "fondamentalità" che appunto si rispecchia nelle procedure aggravate messe in atto al fine di dar voce ai nuovi diritti. O, per dir meglio, così *dovrebbe* essere *secondo modello*, per come è qui pure visto e nei suoi lineamenti di fondo rappresentato. L'abbandono di quest'ultimo comporta, però, l'innaturale "declassamento" dei nuovi diritti rispetto ai vecchi e rischia di rendere irriconoscibili i primi. Una questione, questa, di cruciale rilievo, specie laddove dovesse ammettersi che, accanto ai diritti dotati dell'attributo della "fondamentalità", se ne diano altri che ne siano invece privi e che bene, pertanto, potrebbero essere fatti oggetto per intero di regolamentazione con legge comune. La circostanza, poi, che – come si diceva – la disciplina legislativa fa non di rado difetto, innaturalmente "supplita" dall'opera dei giudici, comporta il rischio, assai grave e per vero quotidianamente incombente, dell'appiattimento di tutti i diritti anche per ciò che concerne il loro riconoscimento e, a conti fatti, l'occultamento della "fondamentalità" propria di alcuni di essi. Ed è singolare che non ci avveda

---

Scaccia, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, p. 146 ss.; AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022. V., inoltre, F. Medico, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, 2023, e A. Morrone, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relaz. al conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit., spec. § 15, nonché, con specifica attenzione alla materia penale, S. Bissaro, *Corte costituzionale e "materia penale". I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, 2022, e P. Maggio, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Torino, 2023, spec. p. 25 ss., e ancora i contributi al convegno su *La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti*, in *Riv. dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), 1/2022, e, di recente, le indicazioni che, in ordine alla salvaguardia dei diritti in ambito sovranazionale, si hanno dal *Report* della Commissione su *A thriving civic space for upholding fundamental rights in the EU 2022 Annual Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*].

del fatto che, non facendosi precedere il riconoscimento dei nuovi diritti a mezzo di fonte costituzionale – come qui pure caldeggiato –, possa determinarsi una grave torsione tanto dell'ordine delle fonti quanto del sistema istituzionale, ove si consideri che, a conti fatti, i diritti stessi potrebbero ottenere il riconoscimento cui aspirano dalla disciplina dei LEP[35], assai sommariamente offerta da norme di legge e, di contro, in buona sostanza venuta da atti di secondo o addirittura terzo grado, quali i decreti del Presidente del Consiglio, dei quali – non a caso – va facendosi largo uso[36], anche oltre il tempo della emergenza sanitaria che pure ne ha giustificato l'adozione, ovvero – come si è veduto – *omisso medio* per bocca dei giudici.

6. *Il rilievo di cui è naturalmente dotata la "fondamentalità" nelle esperienze processuali, conducente all'esito di accordare la precedenza ai diritti che ne sono provvisti rispetto ad altre istanze emergenti nel corso dei giudizi, fatte valere sempre che si risolvano in un beneficio per i primi*

Quest'esito può essere parato solo in un modo: facendosi da parte dei giudici un uso sapiente delle tecniche retorico-argomentative, sì da far risultare con molta chiarezza quali sono i diritti autenticamente fondamentali in gioco, in relazione alle complessive esigenze dei casi, e rimarcarne la "fondamentalità" accordando loro la precedenza in sede di bilanciamento con altri interessi pure astrattamente meritevoli di considerazione.

Il punto merita una particolare attenzione. La "fondamentalità", infatti, porta naturalmente a far valere i diritti che si ritengono esserne dotati rispetto ad altri beni della vita o interessi con questi in conflitto.

Si faccia caso. Quando pure dovesse aversi l'impressione che i diritti vengano sacrificati a fronte di altre esigenze giudicate prioritarie, in realtà le

[35] È appena il caso qui di avvertire che la disciplina in parola dovrebbe richiedere il previo riconoscimento (appunto, nelle forme dovute) dei nuovi diritti, mentre – come si viene dicendo – potrebbe darsi il caso che si profitti della fissazione dei livelli in parola per far luogo negli atti che la determinano al riconoscimento stesso.

[36] … tant'è che, sempre non a caso, si è prontamente ridestata l'attenzione degli studiosi su di essi, anche a mezzo di contributi si respiro monografico [v., infatti, M. Rubechi, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del Governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022, e L. Castelli, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Napoli, 2022; altri riferimenti, ora, in A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Bologna, 2023, p. 193 ss.].

cose stanno così solo ad una prima ma superficiale osservazione delle vicende processuali e dei loro esiti che possono essere infatti ugualmente accettati, ad una condizione però: che le esigenze stesse si dimostrino pur sempre funzionali alla salvaguardia di altri diritti fondamentali rimasti nondimeno sullo sfondo, magari non dichiaratamente evocati in campo ma, appunto, pur sempre idonei a giustificare la soluzione raggiunta.

Faccio solo un esempio per rendere l'idea di quanto si viene ora dicendo[37]. E, dunque, si pensi ai casi che si hanno ogniqualvolta alcuni diritti fondamentali sono sottoposti a limiti di varia intensità a fronte di istanze collettive, quale quella alla sicurezza ed alla incolumità pubblica. Ebbene, è chiaro che queste ultime sono, per natura, serventi il bene della vita o della integrità personale che, in determinati frangenti, possono trovarsi a rischio. D'altronde, la stessa Costituzione – come si sa – prevede espressamente limitazioni varie per taluni diritti in nome di tali istanze o di altre analoghe.

È chiaro che non sempre l'accertamento delle circostanze e/o le operazioni di bilanciamento sono fatti a modo. Non è di tutto questo che, nondimeno, siamo oggi chiamati a discutere. Errori di vario segno sono pur sempre ricorrenti nelle pratiche di diritto, in ispecie – per ciò che ora importa – in quelle giudiziarie. Ciò che solo conta è tener fermo il principio secondo cui i diritti fondamentali possono soggiacere a bilanciamento unicamente *inter se*, lo si faccia alla luce del sole e in modo diretto ovvero pure in modo mascherato e indiretto. Ed è così – qui è il punto – per il fatto che le istanze facenti capo all'intera collettività esprimono pur sempre una naturale vocazione di scopo, al servizio della persona, dei suoi diritti, della dignità[38]. Laddove, di contro, dovessero presentarsi come istanze pubbliche, nel senso appena indicato, quelle che in realtà tali non sono, l'impianto dell'operazione posta in essere si presenterebbe eretto in modo maldestro e, perciò, l'intera vicenda processuale risulterebbe viziata nel suo andamento e nella conclusione.

Se ne ha che la "fondamentalità" dei diritti è *anche* qualità o condizione del "giusto processo" o, diciamo pure, del processo *tout court*, qualità cioè della funzione che linearmente si svolge e si fa apprezzare proprio per l'esito

[37] … che riprendo dal mio *Atti politici e diritti fondamentali: un rapporto complesso e non poco sofferto*, cit., § 2, Sez. I.

[38] Sulla centralità di posto del principio personalista in seno alla trama costituzionale e sulle sue forme espressive, mi permetto di rimandare al mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2013, 28 agosto 2013. V., inoltre, utilmente, A. Morelli, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2019, 18 luglio 2019, p. 359 ss. e, dello stesso, *Persona e identità personale*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Napoli, 2021, p. 2791 ss.

di volta in volta raggiunto e conducente – come si è veduto – alla prioritaria affermazione dei diritti che ne sono dotati.

7. *La "fondamentalità" quale cerniera interordinamentale, la spinta formidabile da essa impressa al processo d'integrazione sovranazionale, specie per effetto del "dialogo" tra le Corti, il carattere "misto" dei diritti, nazionali in quanto anche europei ed europei perché nazionali*

La "fondamentalità" ha, poi, una proprietà dimostratasi col tempo viepiù preziosa e che risulta particolarmente evidente proprio grazie all'opera diuturna posta in essere dai giudici a salvaguardia dei diritti, una proprietà che specificamente si coglie ed apprezza al piano delle relazioni interordinamentali, risolvendosi in una spinta formidabile resa al processo d'integrazione sovranazionale, nel suo pur non lineare e non di rado sofferto avanzamento. È pur vero che lo stesso è stato (ed è) talora frenato e deviato dal solco entro il quale è naturalmente portato a svolgersi, con riguardo agli obiettivi politici man mano definiti in sede di Unione, specie per effetto di pervicaci resistenze frapposte da Stati che antepongono l'interesse nazionale al bene comune. È, tuttavia, un dato elementare e di comune evidenza quello per cui il riconoscimento dei diritti fondamentali *ope juris prudentiae* non ha mai subito pause o sostanziali ripensamenti, portandosi avanti in modo risoluto in ambito nazionale così come, appunto, in sede europea[39]. Qui pure – è doveroso ammettere – non sono mancati ritardi e resistenze, specie per ciò che attiene al "seguito" da dare nell'ordine interno alle pronunzie dei giudici, non solo – si badi – di quelli europei ma anche degli stessi giudici nazionali che non poche volte hanno fatto (e fanno) da battipista, dando voce a diritti dapprima ignorati o vilipesi, senza però che le sollecitazioni in tal senso venute da coraggiose ed innovative pronunzie siano state adeguatamente raccolte e, seppur con non secondarie innovazioni, tradotte in provvedimenti legislativi, sì di assicurare quella generalizzata tutela che altrimenti non potrebbe aversi.

Sta di fatto che il "dialogo" tra le Corti ha dato e, senza sosta, dà una spinta formidabile all'integrazione sovranazionale e, allo stesso tempo, alla "invenzione" a ritmi crescenti di nuovi diritti, facendo pertanto da eco a

[39] Adopero quest'aggettivo per scorrevolezza espositiva; in realtà, dovrebbe distinguersi tra la salvaguardia dei diritti in ambito europeo (in senso stretto), in ispecie ad opera della Corte di Strasburgo, da quella che si ha in sede eurounitaria, dalla Corte di Giustizia. Laddove necessario, nondimeno, si farà luogo alle opportune precisazioni.

quelle *consuetudini culturali* profondamente radicate nel corpo sociale, di cui si è venuti dicendo. Il "dialogo", insomma, rende conferma dell'attitudine della "fondamentalità" a riprodursi ed a rigenerarsi da se medesima, risolvendosi in un fattore di crescita per i diritti, gli individui che ne sono titolari, l'intera comunità in cui questi vivono ed operano[40].

È sufficiente, per avvedersene, tenere a mente i modi con cui la Corte di Strasburgo, per un verso, e quella dell'Unione, per un altro[41], si pongono davanti agli ordinamenti nazionali, dai quali quest'ultima in ispecie attinge le c.d. tradizioni costituzionali comuni in fatto appunto di riconoscimento e di tutela dei diritti fondamentali, tradizioni che quindi sono dalla Corte stessa originalmente rielaborate in ragione delle peculiari esigenze dell'Unione e, dunque, poste in funzione servente nei riguardi del processo d'integrazione sovranazionale.

Si faccia caso. I materiali di cui si compongono i diritti fondamentali dell'Unione sono, sì, il frutto particolarmente succoso di un pluriennale ed infaticabile lavorio giurisprudenziale, cui ha fatto seguito la "razionalizzazione" da parte della Carta di Nizza-Strasburgo che, quindi, a sua volta, è venuta ed incessantemente viene a trovarsi soggetta ad aggiornamento interpretativo da parte della stessa Corte, oltre che dei giudici nazionali che ne hanno talora prospettato letture particolarmente avanzate ed incisive. Tra il diritto giurisprudenziale ed il diritto positivo risultante dalla Carta suddetta si intrattiene, insomma, un rapporto di mutua, circolare alimentazione, ciascuno di essi ponendosi, per la propria parte, a

---

[40] Il ruolo di cruciale rilievo esercitato dai giudici in seno al processo d'integrazione sovranazionale è rimarcato da una copiosa dottrina, pur con varietà di accenti e di orientamenti (per tutti, S. Gambino, in molti scritti, tra i quali *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009).

[41] Il poderoso contributo offerto da entrambe le Corti europee al riconoscimento prima ed alla salvaguardia poi dei diritti fondamentali è testimoniato già solo a scorrere i principali commentari venuti alla luce negli ultimi anni [con specifico riguardo al nostro ordinamento, v., con riferimento alla giurisprudenza eurounitaria, AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Milano, 2017, e, quanto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, a cura di A. Di Stasi, Milano – Padova, 2020; più di recente, v. i contributi al ciclo di seminari su *La CEDU dopo i primi 70 anni*, tenutosi presso l'Università "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara dall'11 febbraio al 23 aprile 2023, ospitati da *Federalismi* (www.federalismi.it), 20/2023, 4 agosto 2023, introdotti dall'*Editoriale* di G. Raimondi, *Il contributo della Corte EDU all'effettività dei diritti umani in Italia*, IV ss. Altri riferimenti in P. Mezzanotte, *Giusto procedimento e tutela dei diritti. Riflessioni a margine della giurisprudenza CEDU in rapporto alle tradizioni costituzionali nazionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2023, 3 luglio 2023, p. 5 ss.].

fondamento dell'altro. Ebbene, in questo circolo produttivo che non conosce pause o rallentamenti, s'immettono con centralità di posto anche i diritti fondamentali nazionali, *tutti* i diritti: quelli provvisti di esplicito riconoscimento in Costituzione e quelli che, pur essendone privi, si sono ugualmente fatti spazio ed affermati nell'esperienza, principalmente appunto per bocca dei giudici.

Diritti nazionali e diritti eurounitari si danno mutuo sostegno ed alimento, anzi (e di più) si mescolano tra di loro, ciascuno di essi offrendo agli altri quanto di meglio in sé racchiude ed è in grado di esprimere, a beneficio dei più avvertiti bisogni dell'uomo e, in ultima istanza, della sua dignità. Lo impone il principio della mutua apertura degli ordinamenti, di cui agli artt. 10 e 11, con le specificazioni di cui all'art. 117, I c., Cost. e 4.2 TUE, nel loro fare "sistema" con i principi fondamentali di libertà ed eguaglianza, per un verso, e, per un altro verso, appunto, il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti stessi.

Le tradizioni costituzionali comuni sono la più attendibile testimonianza di questo flusso incessante di materiali e suggestioni che in modo ininterrotto si svolge per il tramite del "dialogo" intergiurisprudenziale. E il vero è che è praticamente impossibile stabilire, in questo mutuo *dare-avere*, chi più dà e chi più riceve, per quanto l'origine culturale – se così può dirsi – sia innegabilmente negli ordinamenti nazionali, dal momento che è in seno agli Stati che è maturata la vicenda, come si sa non poco sofferta, che ha portato alla nascita delle Costituzioni e, perciò, al riconoscimento dei diritti fondamentali.

I materiali – come si diceva – li hanno, dunque, offerti gli Stati ma l'Unione, per mano della Corte di Lussemburgo, li ha lavorati dando loro forme di cui gli Stati stessi non si erano dapprima dotati. Non ci si faccia al riguardo fuorviare da assonanze linguistiche di cui si ha diffuso riscontro nel dettato della Carta di Nizza-Strasburgo ed in quelli delle Costituzioni nazionali, come pure delle analogie rinvenibili nei linguaggi delle Corti. Ciò che fa gioco è, infatti, la circostanza per cui i diritti riconosciuti in sede sovranazionale hanno pur sempre una naturale funzionalizzazione di scopo, in vista della progressiva integrazione tra gli Stati, di cui non si avverte il bisogno in seno agli ordinamenti nazionali ormai *pleno iure* al loro interno integrati.

D'altronde, è risaputo che anche nel raffronto tra le Carte costituzionali si rinvengono non poche convergenze e vere e proprie identità di formulazione in ordine al riconoscimento dei diritti che, nondimeno, s'inverano in modi complessivamente, marcatamente diversi,

in ragione delle differenze di contesto in cui essi s'inscrivono e aspirano a farsi valere.

Ora, se si tiene conto del fatto che i materiali di cui si compongono i diritti dell'Unione hanno matrice culturale e positiva nazionale, non appare forzato affermare che, *per quest'aspetto*, i diritti nazionali sono *fondanti* i diritti europei[42].

È però vero anche l'inverso. "Imponente"[43] appare, infatti, essere l'incidenza esercitata dalla giurisprudenza delle Corti europee nei riguardi di quella nazionale; ed è perciò che può altresì a buon titolo dirsi che i diritti europei sono, per la loro parte, *fondanti* quelli nazionali, nel circuito ermeneutico in cui tutti s'immettono ed incessantemente svolgono caricandosi, per effetto del "dialogo" tra le Corti, di significati sempre nuovi o rinnovati, in ragione del mutare dei contesti e dei casi, con le complessive esigenze di cui questi si fanno portatori.

Ebbene, onestà intellettuale impone di riconoscere che molto si è fatto per la causa dei diritti grazie al "dialogo" in parola; molto di più, però, deve ancora farsi. Ciò che richiede un'incisiva opera simultaneamente condotta su due fronti: su quello delle *regole*, innanzi tutto, rimediando a talune strutturali carenze dei meccanismi processuali che a tutt'oggi non consentono di dare compiuto ristoro ai diritti, e, quindi, su quello delle

[42] Quest'esito vale, pur con significativi adattamenti, anche per ciò che attiene ai diritti riconosciuti dalla CEDU: vuoi per il fatto che i giudici di Strasburgo provengono pur sempre dagli Stati aderenti alla Convenzione e vuoi pure per l'incidenza culturale esercitata dalle tradizioni nazionali, in ispecie di alcune, sugli orientamenti dei giudici stessi. È pur vero, tuttavia, che le letture della Convenzione prospettate a Strasburgo non racchiudono in sé quel vincolo teleologico, in vista della progressiva integrazione sovranazionale, che – come si è veduto – è proprio degli indirizzi di cui si fa portatrice la Corte di giustizia. D'altro canto, non si trascuri il largo utilizzo della teoria del margine di apprezzamento fattosi dal giudice convenzionale [riferimenti, ora, in T. Catalano, *Obblighi degli Stati in materia di abusi sessuali su minori e margine di apprezzamento: il caso D.K. c. Italia*, di prossima pubblicazione in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2023, 15 dicembre 2023], seppur in un quadro complessivo connotato da sensibile attenzione dallo stesso dimostrata per diritti vilipesi in ambito nazionale; e non si trascuri neppure la circostanza per cui le misure adottate dagli operatori di diritto interno possono variamente andare soggette al controllo dei giudici nazionali, i cui verdetti nondimeno non sempre ricevono il lineare, dovuto seguito da parte dell'amministrazione e dei privati. Il giudizio finale, insomma, deve tener conto delle frequenti oscillazioni riscontratesi negli orientamenti giurisprudenziali che hanno, poi, non di rado la loro speculare proiezione in quelli che si affermano in ambito interno, laddove è dato riscontrare movenze di vario segno in sede d'implementazione dei verdetti europei.

[43] … per riprendere la qualifica datane da una sensibile operatrice, L. Tria, *Il dialogo tra giudici nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 26 giugno 2023.

regolarità, delle pratiche interpretative concretamente affermatesi per effetto di letture delle Carte (Costituzione compresa!) che potrebbero, in qualche caso, mostrarsi ancora più avanzate ed incisive.

Sono fermamente convinto (e vado, anzi, viepiù radicandomi nel convincimento) che il futuro dei diritti debba simultaneamente giocarsi tanto in sede nazionale quanto nelle sedi europee. Ne dà conferma la circostanza per cui l'una non di rado appare essere inadeguata, tant'è che i soggetti portatori di diritti sempre più di frequente si rivolgono ai giudici europei al fine di essere appagati nei loro bisogni maggiormente avvertiti e pressanti; i giudici non statali, d'altro canto, necessitano di fattive e corpose prestazioni di "leale cooperazione" – come si suole chiamarla – da parte degli operatori nazionali, giudici e legislatori, in vista della ottimale implementazione dei loro verdetti nelle pratiche quotidiane di diritto.

Il vero è – qui è il punto – che la "fondamentalità" ha, come Giano bifronte, doppio volto: l'uno orientato verso l'interno, l'altro verso l'esterno, per la elementare ragione – si è ora in grado di poter dire – che *i diritti nazionali sono anche europei e quelli europei anche nazionali*. Rimarcare a forza solo l'uno aspetto, lasciando volutamente nell'ombra l'altro, equivale a far luogo ad una rappresentazione comunque monca, parziale e, a conti fatti, forzosa tanto rispetto al modello, quale risultante dal "gioco" senza fine che si ha tra le Carte (e le Corti), quanto rispetto all'esperienza, riguardata nelle sue più genuine e vigorose tendenze.

Dobbiamo, infine, convenire che una cultura autenticamente europea non può affermarsi laddove non ne sia diffusamente ed intensamente avvertito il bisogno in seno alle comunità statali che, peraltro, possono ricevere (ed effettivamente ricevono) dall'ambiente sovranazionale suggestioni e stimoli idonei a far crescere e viepiù radicare una sensibilità in tal senso.

La dottrina ha da fare, fino in fondo, la propria parte a questo scopo.

Sono sicuro che l'incontro di studi odierno offrirà un apporto rilevante alla costruzione dell'edificio comune, nel quale la Costituzione europea *in progress*[44] e le Costituzioni nazionali potranno congiuntamente farsi valere, per il tramite appunto dei diritti fondamentali, europei e

[44] Di questa idea mi sono dichiarato fermamente convinto nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. Costanzo - L. Mezzetti - A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2022, cap. I.

nazionali a un tempo, che ne sono il "nucleo duro"[45] emblematicamente qualificante ed espressivo.

***

ABSTRACT: The essay deals with the most salient articulations and expressions of "fundamentality," as they become evident from: a) the attitude of the rights that possess it, both in positioning themselves as the foundation of the system in which they are recognized, and yet, at the same time, being somehow founded by it; b) the property of "fundamentality" in establishing the inviolability of rights; c) the propensity of each of these rights to also serve as the foundation for others of the same kind; d) the nature of "fundamentality" as a hinge that allows various systems (specifically, the state and the European Union) to integrate with each other, precisely due to the recognition of universally shared rights, albeit subject to partly different regulations within those systems themselves.

KEYWORDS: diritto fondamentale - inviolabilità dei diritti - rapporti interordinamentali - esperienze processuali - teoria della Costituzione

***

Antonio Ruggeri – Professore emerito di diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina (antonio.ruggeri@unime.it)

[45] Sulla qualifica in parola si è animatamente discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Capri il 3 e 4 giugno 2005 su *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, i cui Atti, a cura di S. Staiano, sono stati editi dalla Giappichelli di Torino nel 2006.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

The Principle of Reflective Judiciary in Divided Societies: Challenges and Opportunities in the Western Balkans[*] [**]

Roberto Toniatti

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. - 1.1 New perspectives on the judiciary. - 1.2 New perspectives on diversity in the judiciary. - 1.3 A new constitutional space for identities in the judiciary. - 2. The reflective judiciary: the impact of diversities on the judiciary. - 2.1 The reflective judiciary and judicial independence. - 2.2 The reflective judiciary: rules and practices in Western constitutional democracies. - 3. The phenomenon in the Western Balkans: (i) divided societies and protection of minorities. - 3.1 Constitutional provisions framing a divided society and protecting minorities in North Macedonia. - 3.2 Constitutional provisions framing a divided society and protecting minorities in Kosovo. - 3.3 Constitutional provisions framing a divided society and protecting minorities in Montenegro. - 4. The phenomenon in the Western Balkans: (ii) the reflective judiciary. - 4.1 The principle of the reflective judiciary in North Macedonia. - 4.2 The principle of the reflective judiciary in Kosovo. - 4.3 The principle of the reflective judiciary in Montenegro. - 5. The rationale of the reflective judiciary.

1. Introduction

The evolution of constitutional law and – more in general – of constitutionalism in Europe in the 20th century has left a rich legacy of unsettled issues that are hopefully expected to find some proper and stable answers in the current 21st century cycle.

Among them, two of such issues that deserve to be emphasised here are, first, a new systematic, contemporary and realistic revisiting of traditional definitions of the judicial function, at large, and, more in particular, of judicial constitutional review; and, secondly, a recognition of

[*] L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

[**] The paper was originally presented as the Robert J. Abernethy Opening Lecture at the 2023 Summer School "European Union and Legal Reform" organised by the Center for Constitutional Studies and Democratic Development (CCSDD), The Johns Hopkins University - SAIS Europe, by the Center for the Study of Democratic Institutions (CSDI), University of Belgrade, and by the Department of Legal Studies, University of Udine.

the conceptual boundaries of the constitutional space to be acknowledged to the factor currently referred to as "identity" – individual and collective – and its impact on governance in a context of multiculturalism.

In fact, the two issues are mutually interactive, as will be explained more in detail. Their interaction may be indicated as a new constitutional issue by itself, namely the issue of "*diversity in the judiciary*". Thus framed, such issue is, in part, consistent with traditional settings – such as separation of powers and checks and balances -, and, in part, thoroughly innovative: in fact, it entails a non-conformist consideration of the meaning of the "nation" within the concept of nation-state as the exclusive frame of reference for the organisation of public power.

Each one of the two issues deserves some further preliminary elements of explanation that will make their mutual interaction clearer: in fact, the more the judicial function is called to play a vital role for the governance of the system, the more such governance requires to deal with questions of identity and diversities in society, the more the judiciary itself is directly involved in dealing with questions of identity and diversities that affect its very composition and organisation.

1.1 New perspectives on the judiciary

In the first place, our synthetic survey is to recall how the original ideology of Western constitutionalism was strongly oriented toward recognising a fairly weak and specific role for the judiciary, a role limited to deciding individual controversies by applying the law and without any more general governmental task: routine descriptions such as the judiciary as «*the*

least dangerous branch»[1], or such as «*le juge est la bouche de la loi*»[2] are quite representative – although mainly symbolically – of that ideology, both in the common law and in continental European legal theory.

The sense of such descriptions needs being revisited in the light of contemporary developments. Although the adjudicatory function is still bound by the law, its context requires to be adjusted to the constant expansion of public intervention in most – if not all – of the matters of economic and social life since the end of the 19th and throughout the 20th century. The growth of public policies – that reach ethical issues concerning life and death of individuals – has caused a conspicuous enactment of legislation – primary and secondary – that inevitably and correspondingly raises litigation and carries with it the involvement of the judiciary.

Furthermore, the amount of legislation is often characterised also by quite a loose and generic regulatory impact, that allows a wide share of interpretive discretion not only to the benefit of public administration but also of courts: the judiciary is, in fact, called to deal with a larger amount of contentious issues that require written regulatory provisions to be interpreted, applied to the case and transformed (from provisions) into law.

Enforcement of the law must be the outcome of interpretation, *per se* and also in order to check its formal and substantive consistency with higher laws, such higher laws being the entrenched provisions of a written constitution (since Marbury v. Madison, 1803); or, in continental Europe since the 20th century, also with sources of international and supranational law[3].

---

[1] See the well-known words from *The Federalist Papers*, No. 78, (Alexander Hamilton): «Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them […] The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither *force* nor *will*, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments» (emphasis original),

[2] As stated in C. de Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, 1748: «*Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle*» and «*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*».

[3] On the impact of the growing complexity of the system(s) of sources of law on judicial interpretation and consequently on the systemic role of the judiciary, see R.

The relevant contemporary phenomenon and process is well known and the physiological tension between the political and the judicial method of law-making does at times appear quite pathological. It is to be recalled that such trend has been critically and significantly qualified as *juristocracy*[4].

The concept of juristocracy makes reference to the attribution of larger shares of public power to the judiciary (ordinary and constitutional) that ends up being able to adopt judicial decisions that are in fact intrinsically of an evaluative and political nature and ultimately express a policy founded on constitutional values. Thus the judiciary becomes to some extent a

Toniatti, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in G. Di Federico (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, p. 191; and Id., *L'impatto sistemico della protezione europea e interamericana dei diritti fondamentali: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale fattore di asimmetria fra la Corte Europea e la Corte Interamericana dei diritti dell'uomo*, in https://cocoaproject.eu/images/CocoaWP_Toniatti_Impacto.pdf (2017).

The phenomenon somehow affects the United Kingdom as well: it is to be stressed that - in spite of Brexit - a reference still needs being made to the Human Rights Act (1994) and to the judicial "declaration of incompatibility" of domestic rules of law with regard to the European Convention of Human Rights and to the case-law of the ECtHR: indeed, not judicial review with its typical effects impacting the formal validity of sources of law, obviously, but nevertheless a cause for courts to evaluate the consistency of the law with regard to higher sources, although the final decision on such (in)consistency is ultimately up to Parliament to examine and cope with.

[4] See R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), 2004 & 2007: «Courts have become crucial fora for dealing with the most fundamental questions a democratic polity can contemplate. This global trend towards juristocracy is arguably one of the most significant developments in late-twentieth and early-twenty-first century government. Armed with judicial review procedures, constitutional courts in most leading democracies have been frequently called upon to determine a range of matters, from the scope of expression and religious freedoms, privacy and reproductive rights, to public policies pertaining to education, immigration, criminal justice, property, commerce, consumer protection, and environmental regulation. Bold newspaper headlines reporting on landmark court rulings concerning hotly contested issues such as same sex marriage, limits on campaign finance, or affirmative action have become a common phenomenon. This is true in the United States, where the legacy of active judicial review recently marked its bicentennial anniversary, and where courts have long played a significant role in policy-making and also in younger constitutional democracies that have established active judicial review mechanisms only in the past few decades». On juristocracy see C. Closa, *Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.* in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 581.

policy-making institution, competing with the thoroughly political branches of government[5].

A different qualification of the current evolved judicial role – in fact not necessarily in opposition to the previous one – is best caught by a distinct reasoning[6]. According to this reading, it is essential to acknowledge that «*the introduction of constitutional jurisdiction in Europe has not been the product of an evolution, but rather of a revolution*»; and that what is most needed is «*a theory of jurisdiction more descriptive of its true nature than the theory of the "automaton judge", a theory that would accentuate the creative moment*».

A new adequate and contemporary theory of jurisdiction needs being founded upon an assessment of its authentic nature – as distinct from the one traditionally linked to it –, a meaning of its nature that ought to distance itself from the reductive orthodox view and include a creative moment. Eventually, this theory – to be developed as yet – promises to be consistent with the innovative idea of a living judiciary appropriately acting within the current non-traditional complex legal context[7].

1.2 New perspectives on diversity in the judiciary

Thus sketched the need of a new perspective on the judiciary, it is time now to approach the second main issue, namely, "identity" and "diversities" and their mutual interaction with the judicial system. The issue must be critically taken into account on the background of the traditional constitutional theory that has shaped the role of the judiciary – both as to its functions and to the organisation - as part of the ideological construction of the nation-state.

The main feature of the nation-state – indeed, its very historical *raison d'être* – is the emphasis on unity and uniformity: one nation, one language, one law, (originally even) one religion (*cujus regio ejus et religio)*, since the peace

[5] Of course, when the political branches are seen as acting against the constitution, a proactive intervention by the judiciary in support of mainstream constitutionalism is to be qualified correspondingly, as suggested in R. Toniatti, *Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies*, in *DPCE online*, 2021, p. 989.

[6] These are the words of F. Rubio LLorente, in A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin-Heidelberg, 1988, p. 165.

[7] See R. Toniatti, *A Living Judiciary for a Living Law: Constitutional Transitions and Governmental Checks and Balances*, 2016 (International Conference on "Judicial Power in the Countries in Transition", Moscow, May 2016) in http://cocoaproject.eu/index.php/co-co-a-publications?id=7

of Augsburg (1555), whereby individuals were expected to share the same religion of the prince (either Roman Catholic or Protestant) in the in Germany.

Since then, and in particular in the second half of the 20th century, the pluralist paradigm has deeply evolved into being itself a typical competing character of (nation)-states in Europe, certainly with regard to religion and – to some extent - to language as well[8]. The normative framework is still one of legal monism, although some relevant exceptions to it are accepted by national governments in order to accommodate some space for legal pluralism (especially inclusive of religious law in family matters)[9].

The (nation)-state continues being the main theoretical reference of organisation of all polities in Europe, although many relevant functions are either transferred to or exercised within the supra-state setting of the European Union. Furthermore, while the "nation" also holds on as the main reference of political organisation, its compatibility with the pluralist paradigm is confirmed by all those countries that have adopted a sophisticated domestic order open to the protection of national and language minorities or communities: this is the case of Austria, Belgium, Finland, Italy, Spain, Switzerland, of Norway, Sweden and Finland with regard to the Sami, and of *all* the countries of Central, Eastern, and South-Eastern Europe.

On the ground provided by their own respective legal system, I would argue that protection of national minorities and the pluralist principle itself have become a component of the "constitutional traditions common to the member states" elaborated by the Court of Justice of the EU and formalised in art. 6 of the treaty on the EU as a source of EU law[10].

The consolidation of the plural paradigm allowing a new way of being and conceiving of the nation as a founding concept is suggested also by the symptomatic conclusion, in 1995, of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FC) promoted by the Council of Europe:

---

[8] See F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, 3rd ed., Milan, 2021; R. Toniatti, *La tutela delle minoranze linguistiche nello spazio costituzionale europeo*, in A. Sperti - R Tarchi (a cura di), *Minoranze e maggioranze nella democrazia pluralista*, Pisa, 2020.

[9] R. Toniatti, *Consensual Legal Pluralism: Assessing the Method and the Merits in Agreements between State and Church(es) in Italy and Spain*, in C. Piciocchi - D. Strazzari - R. Toniatti (eds.), *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes*, Naples, 2021.

[10] R. Toniatti, *Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2000, p. 17.

the very choice of the denomination of "*national* minorities" clearly implies some separation between *citizenship* of one state and sharing the condition of being the *member of a different nation*[11].

In fact, most European (nation)-states are suitable to be regarded as "culturally compound systems", just as federal (nation)-states are territorially compound systems. Although basically the general setting is one of *equal undifferentiated citizenship*, new forms of *cultural citizenship* are to be perceived in constitutional rules and legislative implementation concerning the status of minorities, cultural citizenship referring to the content of rules that combine the value of equality with the pluralist principles affecting diversity.

The law of diversity itself is a consistent development of equality and proves to be able to be compatible with both the idea of the nation (equal citizenship) as well as the principle of pluralism (cultural citizenship).

[11] Reference to the text of a few general provisions does help to emphasise the significant impact of the FC on those features of unity and uniformity indicated as characterising the traditional understanding of the concept of "nation": art. 1 «The protection of national minorities and of the rights and freedoms of persons belonging to those minorities forms an integral part of the international protection of human rights, and as such falls within the scope of international co-operation»; art. 4 «1. The Parties undertake to guarantee to persons belonging to national minorities the right of equality before the law and of equal protection of the law. In this respect, any discrimination based on belonging to a national minority shall be prohibited. 2. The Parties undertake to adopt, where necessary, adequate measures in order to promote, in all areas of economic, social, political and cultural life, full and effective equality between persons belonging to a national minority and those belonging to the majority. In this respect, they shall take due account of the specific conditions of the persons belonging to national minorities. 3. The measures adopted in accordance with paragraph 2 shall not be considered to be an act of discrimination«; art. 5 «1. The Parties undertake to promote the conditions necessary for persons belonging to national minorities to maintain and develop their culture, and to preserve the essential elements of their identity, namely their religion, language, traditions and cultural heritage. 2. Without prejudice to measures taken in pursuance of their general integration policy, the Parties shall refrain from policies or practices aimed at assimilation of persons belonging to national minorities against their will and shall protect these persons from any action aimed at such assimilation»; art. 6 «1. The Parties shall encourage a spirit of tolerance and intercultural dialogue and take effective measures to promote mutual respect and understanding and co-operation among all persons living on their territory, irrespective of those persons' ethnic, cultural, linguistic or religious identity, in particular in the fields of education, culture and the media. 2. The Parties undertake to take appropriate measures to protect persons who may be subject to threats or acts of discrimination, hostility or violence as a result of their ethnic, cultural, linguistic or religious identity».

1.3 A new constitutional space for identities in the judiciary.

One of the consequences to be drawn from these introductory remarks is that policies of normative accommodation of diversities do contribute to the efficient and shared governance of divided societies. Diversities are not (any longer) repressed, nor are they (any longer) denied[12].

It is essential, nevertheless, to avoid any over-simplification and acknowledge that societies may be divided along several lines (national/ethnic, linguistic, religious, ideological, etc.) and that each polity invariably selects those diversities of theirs that need being accommodated.

Furthermore, one has to bear in mind that the qualification of "divided societies" does not necessarily mean "conflictual societies". In the context of this paper, diversities we are concerned with are established and autochthonous diversities (national/ethnic, linguistic, to a much lesser extent religious). The specification is needed in order to avoid an automatic and uncritical application of the same rules and their rationale to all the minorities - other than those indicated above – who live in the same polity. What matters is not the question of citizenship as it is the historical circumstance of "belonging to the land" and of sharing the territory as their own, just as it happens with other communities[13]. It is this circumstance that not only allows but makes it necessary to deal with diversities within the frame of the nation-state and its original incomplete and insufficient construction of to the relevance of diversities to the institutional organisation of the state.

This is the premise for considering the impact of diversities and plurality of identities on the judiciary and arguing in support of the idea of a "reflective judiciary" that rules out discrimination directed to keeping those diversities out of the judiciary and that, at the same time, is structured in order to be aware and inclusive of them. The more the judicial function is crucial to the extent of being qualified as "juristocracy", the more the crucial issues connected to diversities require a normative guaranty for pluralism within the judiciary itself.

---

[12] See R. Toniatti, *Minorities and Protected Minorities: Constitutional Models Compared*, in T. Bonazzi and M. Dunne (eds.), *Citizenship and Rights in Multicultural Societie*s, London, 1996.

[13] See R. Toniatti (a cura di), *Minoranze autoctone e altre minoranze*, Milan, 2022, available in http://www.liatn.eu/; see also R. Medda-Windischer, C. Boulter - T. H. Malloy (eds), *Extending Protection to Migrant Populations in Europe. Old and New Minorities*, London, 2019.

A judiciary organised in conformity with the paradigm of cultural pluralism marks a synthesis between uniformity and equality, on the one hand, and diversity and differentiation, on the other[14].

Of course, the task of reflecting diversities within the judiciary does not – and is not meant to - transform the judiciary itself into a "representative" institution. The focus here is on sociological representation and not on representation bearing any legal or political significance; it is on mirroring somehow the outer society within the judicial institution and not on carrying on any political will or substantive interests – if not the one not to be discriminated – into judicial proceedings[15].

The phenomena we are dealing with are inevitably divisive *within* scholarship and involve innovative choices that may be at odds with established legal and constitutional theory[16].

Ultimately, the main question that we may end up debating is whether «*constitutional law is to adapt itself to the living political reality of the jurisdiction it is meant to rule* or whether *it is the exclusive role of constitutional law to establish a binding normative frame irrespective of the peculiarities of the political reality*». In other words, the choice is between «*adaptive constitutional law*», or «*transformative constitutional law*».

[14] The phenomenon has been defined as «the projection of institutional, cultural, linguistic, religious and ethnic pluralism on the judiciary», in M. Caielli and A. Mastromarino, *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*, in *Federalismi.it*, 2018, 5; more in particular, the same Authors approach the topic by noting that «some composite and fragmented legal systems have decided to preserve the institutional unity of the judiciary, incorporating social pluralism in the composition of judicial organs by imposing criteria for the selection of both constitutional and ordinary judges related to, for example, gender, ethnicity, territorial origin, religious or linguistic affiliation, thus exposing the myth of neutral and impersonal adjudication and constitutional decision-making».

[15] The rationale of the reflective judiciary has been described as oriented to a plurality of aims: «the search for or achievement of a certain degree of judicial diversity seeks to meet multiple needs. For example, measures adopted to increase the presence of women in the judiciary have been traditionally conceived as a means of alleviating female exclusion from decision-making positions. But, at the same time, they can be also considered as a way to raise gender awareness in the courts and therefore counter act gender stereotyping and promote gender justice. Both these results are, in turn, a way to reduce the sense of isolation of courts from the community they serve and enhance the acceptability of judicial decisions», in M. Caielli and A. Mastromarino, *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 6.

[16] See M. Comba, *Reflective Judiciary: more an illusion than a temptation*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 173.

2. The reflective judiciary: the impact of diversities on the judiciary

Features of a reflective judiciary are already a reality – as we shall see – that is based on positive law as well as on practice. Hypothetically, such existing experiences and possible future developments may be framed within the wide perspectives of the fundamental multifaceted "right to a fair trial" and to the "right to a natural judge"[17].

2.1 The reflective judiciary and judicial independence

Independence, neutrality and impartiality of the judiciary as a whole as well as of individual judges are structural features of the Western constitutional legal tradition although they are differently ensured. Professional qualification and personal integrity of candidates are essential components of selection, in conformity with the respective civil law and common law systemic standards and procedures of recruitment.

In the common law tradition, recruitment takes place according to the so-called *meritocratic method*, which focuses on the personal individual record of candidates (*intuitus personae*).

In the UK, the method of selection and royal appointment from within the legal profession is rather opaque[18]. In the US, the method is very transparent, and it operates through a three-stage procedure which includes, first, a presidential nomination, later, a confirmation by the Senate and, eventually, the appointment by the President. Each one of the three stages happens to be administered by political institutions, whose political discretion is limited only by (constitutional or legislative) requirements, dealing with personal character, ethical standards and professional qualification of the appointees. Occasionally, in some 25-30 USA member

[17] See L. Montanari, *Le droit au juge dans le «droit constitutionnel global»*, in CoCoA Working Papers, 2019, available at https://cocoaproject.eu/images/MONTANARI_droit_au_juge_finale.pdf.

[18] Historically, in 1701 «the Act of Settlement removed the power of the King to appoint judges at pleasure and introduced new protections: tenure during good behavior and fixed judicial salaries.10 These safeguards protecting judges' impartiality were developed in parallel with the doctrine of parliamentary sovereignty, 11 so that an "independent judiciary" was understood as comprising independent individual judges, rather than seen as a separate and independent branch», in E. Delaney *Searching for constitutional meaning in institutional design: The debate over judicial appointments in the United Kingdom*, in *I•CON*, 2016, p. 752.

states, recruitment of state judges takes place through popular elections, that normally are regulated by their own rules, distinct from the ones that regulate competitive political elections. Again, the personal record of candidates does matter for achieving the eventual appointment.

On the contrary, in the civil law legal tradition, recruitment is of a *bureaucratic nature*, in the sense that modalities of admission into the judiciary are not different from the ones established for achieving a position in any department of public administration: a competitive exam, meant to check the possession of an appropriate professional education and of technical skills that are the outcome of higher training in the field, any assessment of the personal character of the appointees – other than moral integrity - being ruled out because it might serve as a screen for an improper selection on non-admissible ground (philosophical, ideological or religious worldview, political affiliation, social origin, gender, else). Each judge, therefore, is at least theoretically fungible with any other.

Nevertheless, also countries with a civil law tradition resort to the *meritocratic method* of recruitment for members of constitutional courts as well as for members of the two European Courts, namely the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union[19]. The same happens – although with a variety of nuances that are to be explained by the specificity of the respective context – with regard to other international courts[20].

[19] On the case-law of the European Court of Human Rights on judicial independence see G. Raimondi, *L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2018, p. 3; R. Toniatti, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali e internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 2010, p. 1763; L. López Guerra, *The national judge and judicial independence,* in A. Torres Pérez (ed.), *The independence of the international judiciary: Concept, methods, and current challenges*, in special issue, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 459.

[20] For example, the Rome Statute of the International Criminal Court makes explicit reference to the principle of the reflective judiciary: «Composition and administration of the Court. See art.36: 3. (a) The judges shall be chosen from among persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective States for appointment to the highest judicial offices. (b) Every candidate for election to the Court shall: (i) Have established competence in criminal law and procedure, and the necessary relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings; or (ii) Have established competence in relevant areas of international law such as international humanitarian law and the law of human rights, and extensive experience in a professional legal capacity which is of relevance to the judicial work of the Court; (c) Every candidate for election to the

In such cases, the shared underlying rationale for the adoption of the meritocratic method is the consequence of the need of *some sort of compensation* between, on the one hand, the loss of full political and legislative discretion (either by national Parliaments, domestically, or by sovereign member states as such in the international and supranational contexts) and, on the other hand, the attribution of powers of adjudication to a judicial institution.

Such attribution produces an impact on the outcome of the legislative function (to the extent of preventing the applicability or of invalidating legislation) and is therefore to some extent compensated by the power of selecting and appointing the members of such courts: in fact, they are meant to perform a role quite in contrast with the traditional and mechanistically interpreted principle of separation of powers, not sufficiently integrated by an anticipation of what in the United States is referred to as the "judicial philosophy" of candidates[21]. It is this specific element of the appointment process that contributes to qualifying the method of judicial recruitment as functional to the strengthening of the principle of checks and balances.

One could (over)simplify the understanding of the evolutionary dynamics by saying that innovative and non-traditional courts - as, in particular, constitutional, international and supranational courts - require just as innovative and non-traditional methods of recruitment, selection and appointment.

Furthermore, beyond the compensation theory, the substantial expansion of judicial adjudication (both constitutionally and supra/internationally) has raised equivalent challenges as to the legitimacy of the substantive and ultimately political role plaid by such courts: hence the "need" or the "temptation" to compensate the gap of political legitimacy with some connections with main structural components of the plural fabric of society.

Court shall have an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court […] 8. (a) The States Parties shall, in the selection of judges, take into account the need, within the membership of the Court, for: (i) The representation of the principal legal systems of the world; (ii) Equitable geographical representation; and (iii) A fair representation of female and male judges. (b) States Parties shall also take into account the need to include judges with legal expertise on specific issues, including, but not limited to, violence against women or children».

[21] See R. Toniatti, *Appointing Power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987.

Once again, one could (over)simplify the understanding of the evolutionary dynamics by saying that the quest for legitimacy of juristocracy requires an approach towards a reflective judiciary, a "reflective juristocracy" being the source of inspiration of the current trend.

2.2 The reflective judiciary: rules and practices in Western constitutional democracies

The phenomenon of the reflective judiciary is likely to have its historical roots in territorially compound polities (federal systems: Austria, Germany), and has its developments in culturally (language-wise) compound federal polities (Belgium, Switzerland) and has experienced further developments in polities where societal pluralism is acknowledged as a structural reality[22].

It is important to notice that such practice takes on a plurality of forms, and is either regulated by the law – in particular, as a matter of constitutional design – or implemented on a conventional and political ground.

In the first group, the Constitution of South Africa (1996) plays an important role as it has been the first to formalise the principle of the reflective judiciary, in conformity with its inspiration open to pluralism and inclusiveness: art. 174, 2nd paragraph ("appointment of judicial officers") – after taking due care of gender representation («any appropriately qualified woman or man who is a fit and proper person may be appointed as a judicial officer. Any person to be appointed to the Constitutional Court must also be a South African citizen») – states that «the need for the judiciary to reflect broadly the racial and gender composition of South Africa must be considered when judicial officers are appointed».

An assessment of the effects of implementation of this regulation suggests that «seeking to give effect to the transformative vision embodied in the Constitution, the past decade of constitutional democracy in South Africa has seen the racial and gender makeup of the judiciary almost completely altered»[23].

[22] See J. Woelk (ed.), *Jurisdiction and Pluralisms: Judicial Functions and Organisation*, in Special Symposium, *Perspectives on Federalism*, 2020, I.

[23] According to statistical data, «in 1994, South Africa's judiciary was overwhelmingly white, male, drawn from the ranks of the middle and upper classes, and

The same format has been adopted also by the Constitution of Zimbabwe (2013), whose art. 184 («Judicial appointments to reflect society») says that «appointments to the judiciary must reflect broadly the diversity and gender composition of Zimbabwe».

Although the precedent of constitutions of African countries may be questioned in this context that admittedly focuses on the Western legal tradition, the two examples provided here are still quite interesting and meaningful, certainly with regard to the cultural environment and the international consultancies that supported the drafting of the Constitution of South Africa[24].

The Western legal tradition is not in doubt when, next, we recall the Canadian experience.

The Constitution Act, 1982 (formerly, before the process of patriation, the British North America Constitution Act, 1867), sets the general rule (Chapter VII, Judicature) in Section 98 ("Selection in Quebec") which establishes that «the Judges of the Courts of Quebec shall be selected from the Bar of that Province». The rule is manifestly in conformity with the need to protect the French-speaking community, its civil law legal system and the French language that expresses it. The rule thus appears quite in line with the need to provide a fair "reflection" in the Canadian national judicial organisation of the cultural, linguistic and legal context of Quebec.

Furthermore, sec. 6 of the Supreme Court Act (1985) mandates that «at least three of the judges shall be appointed from among the judges of

Afrikaans speaking. In 1994, there were two black judges and one female judge amongst the two hundred or so judges that made up the judiciary. By 2005, the number of black judges had increased exponentially, and so had the number of women appointed, although not to the same extent. The Constitutional Court is an interesting case in point. At the Constitutional Court's founding in 1994, it was composed of only three black and two female judges. Today, the Constitutional Court is made up of two white males and six black males, including the chief justice, and three females. However, women make up less than 10 per cent of the overall South African judiciary», in P. E. Andrews, *The South African Judicial Appointments Process*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, 565.

[24] See N. Steytler and Z. Ayele, *The Judiciary in Federal Systems in Africa*, in *Perspectives on Federalism*, 2020, p. 102, where, in spite of the acknowledgement of the importance of language and ethnic diversity to the purpose of adopting a federal arrangement, only the use of different languages is dealt with.

the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province»[25].

The rationale of such regulation has been clearly construed by the Supreme Court itself in *Reference Re Supreme Court* (*Supreme Court Reference*), 2014: the Court stated that «the purpose of s. 6 is to ensure not only civil law training and experience on the Court, but also to ensure that Quebec's distinct legal traditions and social values are represented on the Court, thereby enhancing the confidence of the people of Quebec in the Supreme Court as the final arbiter of their rights». Put differently, s. 6 protects both the *functioning* and the *legitimacy* of the Supreme Court as a general court of appeal for Canada[26].

It is interesting also to recall that, by a convention of the constitution, the same number of (three) members out of the nine justices of the Supreme Court are selected from the Bar of Ontario.

It is clear that the Canadian model combines the kind of "institutional" reflection that is typical of federal systems – as indicated above – with the "cultural" reflection of a minority that is part of the national community[27].

The same sort of combination, framed as a consequence of the linguistic ground supporting the federal arrangement, is present in Belgium[28].

---

[25] See also sec. 6.1 of the Supreme Court Act that confirms and qualifies the link («For greater certainty, for the purpose of section 6, a judge is from among the advocates of the Province of Quebec if, at any time, they were an advocate of at least 10 years standing at the bar of that Province»).

[26] The Court added that «this broader purpose was succinctly described by Professor Russell in terms that are well supported by the historical record: […] the antipathy to having the Civil Code of Lower Canada interpreted by judges from an alien legal tradition was not based merely on a concern for legal purity or accuracy. It stemmed more often from the more fundamental premise that Quebec's civil-law system was an essential ingredient of its distinctive culture and therefore it required, as a matter of *right*, judicial custodians imbued with the methods of jurisprudence and social values integral to that culture». (at 49, emphasis in original).

[27] On the Canadian judiciary and pluralism – but with no reference to the reflective judiciary - see F. Bérard - J.F. Gaudreault-DesBiens, *The Challenge of Diversity in a Multinational Federation: the Impact of the Judiciary on Pluralism in Canada*, in *Perspectives on Federalism*, 2020, p. 55. An insightful presentation of the issue is provided in E. Ceccherini, *In Judiciary We Trust. The Reflective Judiciary in Canada*, in *Federalismi.it*, 2018.

[28] See P. Popelier, *Judicial Functions and Organisation in Belgium*, in *Perspectives on Federalism*, 2020, 78; on linguistic separatism in Belgium and for a critical assessment of the

In the Constitution there is no provision concerning such features of the Constitutional Court, that is to be found in the (organic law) Special Act on the Constitutional Court (1989). The composition of the Court is regulated by art. 31: «The Constitutional Court shall be composed of twelve judges: six Dutch-speaking judges, who form the Dutch language group of the Court, and six French-speaking judges, who form the French language group of the Court»[29].

Furthermore, art. 33 mandates that «the Dutch-speaking and French-speaking judges of the Constitutional Court shall elect a Dutch-speaking and French-speaking president from their respective language groups». The linguistically divided presidency is definitely a significant symbol of the reflective judiciary in Belgium.

That the composition is determined mainly by the format of the federal structure rather than by the multi-language fabric of society is evidenced by the absence of a requirement including German-speaking members of the Court.

The principle of linguistic parity inspires the organisation of the whole judiciary (civil, criminal and administrative courts), that the Constitution attributes to the federal state.

The same pattern of division is adopted also for the organisation of the High Council of Justice for all Belgium: art. 151 establishes that «the High Council of Justice is composed of a Dutch-speaking college and of a French-speaking college. Each college comprises an equal number of members and is constituted with equal representation, on the one hand, of judges and officers of the public prosecutor's office elected directly by their peers under the conditions and in the manner determined by the law and, on the other hand, of other members appointed by the Senate by a two-thirds majority of the votes cast, under conditions established by the law».

Yet another federal polity - Switzerland – is modelled according to the twofold need to reflect pluralism in society and, indirectly, the cultural and linguistic identity of the Cantons. Nevertheless, the 1999 Constitution

complex identification of a *régime* of *communautarisme juridictionnel* and of features of an authentic reflective judiciary see A. Mastromarino, *Linguistic separation or jurisdictional communitarianism? Reflective judiciary in Belgium*, in *Federalismi.it*, 2018.

[29] The same provision also clarifies the criteria for referring judges to one or another of the two language groups: «the title of Dutch-speaking judge or of French-speaking judge of the Constitutional Court shall, for the judges referred to in Article 34, § 1, 1°, be determined by the language of their degree, and for the judges referred to in Article 34, § 1, 2°, by the parliamentary language group to which they last belonged».

is silent in this regard. And yet, while a total of 38 judges sit on the bench of the Federal Supreme Court, the gender balance is based on 11 women and 26 men serve as federal judges. Furthermore, of the federal judges currently serving on the bench**,** 3 have Italian, 11 French and 23 German as their native language[30].

The same rationale - combining, on the one hand, territorial self-government by a linguistic minority in a regional system such as Italy and, on the other, adopting a perspective of reflecting distinct cultural identities within the judicial organisation - is regulated by sources of law.

In fact, the constitutional protection of language minorities in South Tyrol establishes a reservation and a proportional distribution between the Italian, German and Ladin language groups of the existing posts in the province of Bolzano extended to the personnel of the judging and prosecutorial courts. The stability of assignment in the same province is guaranteed for magistrates belonging to the German linguistic group and to the Ladin linguistic group, without prejudice to the rules of the judicial system on incompatibilities. The criteria for assigning positions reserved for German-speaking and Ladin-speaking citizens, also apply to judicial personnel in the province of Bolzano.

Furthermore, it is required that a member of the Council of State (the national highest administrative court) being a member the German-speaking or of the Ladin-speaking group must be part of «the sections of the Council of State invested with the appeal judgments on the decisions of the autonomous Bolzano section of the regional court of administrative justice».

The European polity that, without any reference to a decentralised system of territorial government – which has its own formal relevance in the formal separated judicial organisation – has focused on societal diversities exclusively in order to achieve a fair representation of it on the judiciary is most likely to be the United Kingdom[31]. In fact, a policy of favour and support for a reflective judiciary has been adopted and implemented for several years: in England and Wales, a new attention on issues of fair gender representation and the growth of multiculturalism have

[30] The Federal Supreme Court numbers 19 deputy judges, who are also elected by the Federal Assembly. Of the deputy judges currently sitting on the bench**,** four have Italian, six French and eight German as their native language. Six of the deputy judges are women.

[31] For a well-known criticism of the system of judicial selection see J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, 5th ed., 1997.

produced a specific policy in judicial recruitment, with the aim of increasing judicial diversity in the judiciary, with regard to the presence of women and lawyers of Oriental, African or West Indies origin.

The formal ground for this policy is the Constitutional Reform Act (2005) that has established the Judicial Appointments Commission (JAC). Provided that, according to section 63.2, «selection must be solely on merit», the provision states that «the Commission, in performing its functions under this Part, must have regard to the need to encourage diversity in the range of persons available for selection for appointments» (sec. 64.1)[32].

Preparatory work of the Constitutional Reform Act gave evidence to «a shared perception that the lack of diversity threatened the legitimacy of the judicial system» and emphasised how «the calls for reflective representation bundled together two distinct concepts: descriptive representation, in which "one person represents another by being sufficiently like him" and substantive representation, in which the representative and the represented share substantive values»[33].

At the end of this short survey, it is clear that the principle of the reflective judiciary is not incompatible with the Western legal tradition and, in fact, is written in constitutional and legislative sources, or practiced on conventional ground: once again, it is fundamental to stress that "reflection" cannot be read as synonymous of "representation" and, consequently, that a reflective judiciary is not to be misinterpreted as a representative judiciary.

This character holds true irrespectively when applied to international courts such as the European Court of Human Rights[34], to higher courts in

---

[32] See K. Malleson, *The New Judicial Appointments Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles?,* in K. Malleson and P. H. Russell (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from Around the World*, Toronto, 2006; C. Thomas, *Judicial Diversity in the United Kingdom and Other Jurisdictions. A review of research, policies and practices*, Commission for Judicial Appointments, 2005; K. Malleson, *Justifyng Gender Equality on the Bench: Why Difference Won't Do*, in *Feminist Legal Studies*, 2003, p. 1; L. Barmes and K. Malleson, *Lifting the Judicial Identity Blackout* , in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018, p. 357.

[33] The quotations are from E. Delaney *Searching for constitutional meaning in institutional design: The debate over judicial appointments in the United Kingdom*, in *I•CON*, 2016, p. 763 and 765. For the debate on judicial diversity in the United States see J. A. Wynn, Jr. and E. P. Mazur, *Judicial Diversity: Where Independence and Accountability Meet*, in *Albany Law Review*, 2004, p. 775.

[34] Let us recall that, on the one hand, «the Court shall consist of a number of judges equal to that of the High Contracting Parties» (art. 20 ECHR) and yet that "the

federal polities (even when selected by a parliamentary chamber that are representative of member states), and also when politically suggested and legally required by societal conditions of pluralism.

3. The phenomenon in the Western Balkans: (i) divided societies and protection of minorities

In the Western Balkans – in some countries more than in others - societal conditions of pluralism require a structural incorporation of the principle of the reflective judiciary.

The focus here is on Kosovo, Montenegro, and North Macedonia, although traces are to be found elsewhere as well (e.g., in Bosnia and Herzegovina). We are suggesting a comparison by difference between, on the one hand, Kosovo and North Macedonia and, on the other, Montenegro.

In the first two cases, divided societies are also pathologically conflictual and in due time needed the intervention of the international community. Apparently, the effects of constitutional equal citizenship *per se* are not able to overcome a deeply felt divisiveness and establish a sufficient level of awareness of a shared sense of "national" aggregation. In the case of Montenegro, on the contrary – although the context is not non-conflictual – there is a constitutional setting providing for quite a strong protection of minorities that, however, does not reach the composition of the judiciary.

As an outcome of this comparison, one may say that the principle of the judicial reflection of societal diversities is obviously an instrument for managing conflictual relations among the distinct groups by establishing a consociational regime; and that the purpose of "power sharing" is achieved through negotiations and with the support of the international community.

The same comparison may also suggest that the arrangement inspired by that same principle may be temporary and be eventually replaced by a composition of the judiciary indifferent to diversities.

judges shall sit on the Court in their individual capacity" (art. 21 ECHR). See R. Toniatti, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali e internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1763.

However, the Canadian and European experiences mentioned above allow to doubt that the solution may be provisional, as long as diversities and widely felt awareness about them are themselves permanent.

The comparative analysis will focus the text of their respective constitutional sources, assuming that the constituent choice is adequately representative of the political will to establish an appropriate balance between safeguard of pluralism and protection of the national state unitary judicial function.

The indicators of the status of societal divisions are found in the text of the preamble and of provisions of the constitution, in conformity with an approach of "descriptive comparative law" as a preliminary stage for further critical analysis, giving due account to the fact that, at the same time, those textual sources provide also indicators supporting equal citizenship and non-discrimination, showing the acknowledgement of the need of a balanced approach[35].

3.1 Constitutional provisions framing a divided society and protecting minorities in North Macedonia

The ethnic conflicts in North Macedonia requested an intervention by the international community that led to the conclusion of the fundamental 2001 Ohrid Framework Agreement (FA). The FA was signed by the different ethnic factions directly involved and endorsed by the European Union and the United States. It had the purpose of promoting «the peaceful and harmonious development of civil society while respecting the ethnic identity and the interests of all Macedonian citizens».

One of the basic principles of the FA (1.3) reads that «the multi-ethnic character of Macedonia's society must be preserved and reflected in public life».

The core content of the FA is centred on "Non-Discrimination and Equitable Representation": «The principle of non-discrimination and equal treatment of all under the law will be respected completely. This principle will be applied in particular with respect to employment in public

[35] See J. Frosini, *Mere dichiarazioni o fonti costituzionali? Uno studio comparato dei preamboli alle Costituzioni dei Paesi dell'ex Jugoslavia*, p. 123; and L. Montanari, *Le nuove Costituzioni: un'introduzione* in L. Montanari (a cura di), *L'allargamento dell'Unione europea e le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali Una raccolta di lezioni*, Naples, 2022, p. 77.

administration and public enterprises, and access to public financing for business development» (art. 4.1).

The provision continues by stating that «Laws regulating employment in public administration will include measures to assure equitable representation of communities in all central and local public bodies and at all levels of employment within such bodies, while respecting the rules concerning competence and integrity that govern public administration. The authorities will take action to correct present imbalances in the composition of the public administration, in particular through the recruitment of members of under-represented communities. Particular attention will be given to ensuring as rapidly as possible that the police services will generally reflect the composition and distribution of the population of Macedonia, as specified in Annex C» (art. 4.2).

Furthermore, it is stated that «for the Constitutional Court, one-third of the judges will be chosen by the Assembly by a majority of the total number of Representatives that includes a majority of the total number of Representatives claiming to belong to the communities not in the majority in the population of Macedonia. This procedure also will apply to the election of the Ombudsman (Public Attorney) and the election of three of the members of the Judicial Council» (art. 4.3).

The FA includes the text of several amendments to the Constitution that provide a rigid system of reflective judiciary, as we'll see later on.

The new Post Ohrid text of the preamble reads: «The citizens of the Republic of Macedonia, the Macedonian people, as well as citizens living within its borders who are part of the Albanian people, the Turkish people, the Vlach people, the Serbian people, the Romany people, the Bosniak people *and others* taking responsibility for the present and future of their fatherland, aware of and grateful to their predecessors for their sacrifice and dedication in their endeavours and struggle to create an independent and sovereign state of Macedonia, and responsible to future generations to preserve and develop everything that is valuable from the rich cultural inheritance and coexistence within Macedonia, equal in rights and obligations towards the common good—the Republic of Macedonia— […] have decided to establish the Republic of Macedonia as an independent, sovereign state, with the intention of establishing and consolidating the rule of law, guaranteeing human rights and civil liberties, providing peace and coexistence, social justice, economic well-being and prosperity in the life of the individual and the community […]».

The text of the Constitution offers several provisions dealing with protection of minorities within a framework inspired by the principle of pluralism.

As to languages, art. 7 establishes that «(1) The Macedonian language, written using its Cyrillic alphabet, is *the* official language throughout the Republic of Macedonia and in the international relations of the Republic of Macedonia. (2) Any other language spoken by at least 20 percent of the population is also an official language, written using its alphabet, as specified below. (3) Any official personal documents of citizens speaking an official language other than Macedonian shall also be issued in that language, in addition to the Macedonian language, in accordance with the law […] (5) In the organs of the Republic of Macedonia, any official language other than Macedonian may be used in accordance with the law».

The regulation takes into consideration also the use of minority languages in local government: art. 7.(4) establishes that «any person living in a unit of local self-government in which at least 20 percent of the population speaks an official language other than Macedonian may use any official language to communicate with the regional office of the central government with responsibility for that municipality; such an office shall reply in that language in addition to Macedonian. Any person may use any official language to communicate with a main office of the central government, which shall reply in that language in addition to Macedonian».

The same provision (art. 7) further states that «(6) In the units of local self-government where at least 20 percent of the population speaks a particular language, that language and its alphabet shall be used as an official language in addition to the Macedonian language and the Cyrillic alphabet. With respect to languages spoken by less than 20 percent of the population of a unit of local self-government, the local authorities shall decide on their use in public bodies».

Another basic constitutional safeguard of a balanced system is formalised in the principle of "equitable representation": «The fundamental values of the constitutional order of the Republic of Macedonia are: the basic freedoms and rights of the individual and citizen, recognized in international law and set down in the Constitution; the free expression of national identity. Equitable representation of persons belonging to all communities in public bodies at all levels and in other areas of public life» (art. 8).

The approach to religious pluralism is regulated by art. 19: «1. The Macedonian Orthodox Church, as well as the Islamic Religious Community

in Macedonia, the Catholic Church, Evangelical Methodist Church, the Jewish Community and other Religious communities and groups are separate from the state and equal before the law. 2. The Macedonian Orthodox Church, as well as the Islamic Religious Community in Macedonia, the Catholic Church, Evangelical Methodist Church, the Jewish Community and other Religious communities and groups are free to establish schools and other social and charitable institutions, by way of a procedure regulated by law».

Ethnic, racial or religious hatred or intolerance are criminalised by the Constitution itself and are established as well as limitations to freedom of association, in general, and to political parties in particular[36].

The Constitution introduces an entrenched procedural requirement in the decision-making process on issues affecting the protection of minorities and establishes a specific institution for advising the Assembly on issues affecting the minorities.

Firstly, reference is to art. 69.2: «For laws that directly affect culture, use of language, education, personal documentation, and use of symbols, the Assembly makes decisions by a majority vote of the Representatives attending, within which there must be a majority of the votes of the Representatives attending who claim to belong to the communities not in the majority in the population of Macedonia. In the event of a dispute within the Assembly regarding the application of this provision, the Committee on Inter-Community Relations shall resolve the dispute».

From the second point of view, Article 78 provides for the institution of a Committee for Inter-Community Relations: in detail, «(2) The Committee consists of seven members each from the ranks of the Macedonians and Albanians within the Assembly, and five members from among the Turks, Vlachs, Romanies and two other communities. The five members each shall be from a different community; if fewer than five other communities are represented in the Assembly, the Public Attorney, after consultation with relevant community leaders, shall propose the remaining

[36] See the text of art. 20: «Citizens are guaranteed freedom of association to exercise and protect their political, economic, social, cultural and other rights and convictions. Citizens may freely establish associations of citizens and political parties, join them or resign from them. The programmes and activities of political parties and other associations of citizens may not be directed at the violent destruction of the constitutional order of the Republic, or at encouragement or incitement to military aggression or ethnic, racial or religious hatred or intolerance».

members from outside the Assembly. (3) The Assembly elects the members of the Committee».

The functions of the Committee are indicated as follow: art. 78.(4) says that «the Committee considers issues of inter-community relations in the Republic and makes appraisals and proposals for their solution. (5) The Assembly is obliged to take into consideration the appraisals and proposals of the Committee and to make decisions regarding them. (6) In the event of a dispute among members of the Assembly regarding the application of the voting procedure specified in Article 69(2), the Committee shall decide by majority vote whether the procedure applies».

Although we are not specifically dealing here with substantive regulation of minorities, it is interesting to underline how the Constitution refers to the same phenomenon with a variety of styles: instead of using the word "minorities", the text mentions "persons belonging to all communities", or "communities", or "members of under-represented communities", or "communities not in the majority in the population of Macedonia" or, lastly – as in art. 78 –, uses directly the denomination of the groups themselves (Macedonians, Albanians, Turks, Vlachs, Romanies).

3.2 Constitutional provisions framing a divided society and protecting minorities in Kosovo

The Constitution of Kosovo brilliantly states, under the heading "Equality Before the Law" (art. 3), that «1. The Republic of Kosovo is a multi-ethnic society consisting of Albanian and other Communities». Since the outset, it is to be noticed how the very word "minority" is avoided and is normally replaced by "community".

The principle of pluralism is acknowledged and is the source of inspiration of the provisions protecting minorities, with regard to qualification and use of languages[37] and even state (we dare not say "national") symbols: art. 6 states that «1. The flag, the seal and the anthem are the state symbols of the Republic of Kosovo all of which reflect its multi-ethnic character».

[37] See art. 5: «1. The official languages in the Republic of Kosovo are Albanian and Serbian. 2. Turkish, Bosnian and Roma languages have the status of official languages at the municipal level or will be in official use at all levels as provided by law».

The Constitution of Kosovo has general rules on collective rights of communities as such, as well as on individual rights of their members and on the specific duties of the state.

The long list of such collective and individual rights of minorities and their members reproduces and adapts the regulation contained in the Framework Convention for the Protection of National Minorities of the Council of Europe. It is noteworthy that the Kosovo Serb Community – for obvious contextual reasons – is expressly mentioned and addressed with specific provisions.

In this perspective, see the whole of Chapter III (Rights of Communities and Their Members), starting with art 57 (General Principles): «1. Inhabitants belonging to the same national or ethnic, linguistic, or religious group traditionally present on the territory of the Republic of Kosovo (Communities) shall have specific rights as set forth in this Constitution in addition to the human rights and fundamental freedoms provided in chapter II of this Constitution. 2. Every member of a community shall have the right to freely choose to be treated or not to be treated as such and no discrimination shall result from this choice or from the exercise of the rights that are connected to that choice. 3. Members of Communities shall have the right to freely express, foster and develop their identity and community attributes. 4. The exercise of these rights shall carry with it duties and responsibilities to act in accordance with the law of the Republic of Kosovo and shall not violate the rights of others».

The responsibilities of the state are listed in art. 58: «1. The Republic of Kosovo ensures appropriate conditions enabling communities, and their members to preserve, protect and develop their identities. The Government shall particularly support cultural initiatives from communities and their members, including through financial assistance. 2. The Republic of Kosovo shall promote a spirit of tolerance, dialogue and support reconciliation among communities and respect the standards set forth. 3. The Republic of Kosovo shall take all necessary measures to protect persons who may be subject to threats or acts of discrimination, hostility or violence as a result of their national, ethnic, cultural, linguistic or religious identity. 4. The Republic of Kosovo shall adopt adequate measures as may be necessary to promote full and effective equality in all areas of economic, social, political and cultural life, among members of communities and the effective participation of communities and their members in public life and decision making. Such measures shall not be considered to be an act of discrimination».

The same provision includes specific regulations on culture and the religious dimension of identities: «5. The Republic of Kosovo shall promote the preservation of the cultural and religious heritage of all communities as an integral part of the heritage of Kosovo. The Republic of Kosovo shall have a special duty to ensure an effective protection of the entirety of sites and monuments of cultural and religious significance to the communities».

A proactive orientation of the state is the object of a specific obligation, reinforced by the prohibition of policies of assimilation of minorities, once again echoing the Framework Convention: «6. The Republic of Kosovo shall take effective actions against all those undermining the enjoyment of the rights of members of Communities. The Republic of Kosovo shall refrain from policies or practices aimed at assimilation of persons belonging to Communities against their will, and shall protect these persons from any action aimed at such assimilation. 7. The Republic of Kosovo ensures, on a non-discriminatory basis, that all communities and their members may exercise their rights specified in this Constitution».

More in detail, rights of Communities and their Members are considered in art. 59: «Members of communities shall have the right, individually or in community, to: 1. express, maintain and develop their culture and preserve the essential elements of their identity, namely their religion, language, traditions and culture; 2. receive public education in one of the official languages of the Republic of Kosovo of their choice at all levels».

The same provision continues by establishing that «Members of communities shall have the right, individually or in community to 3. receive pre-school, primary and secondary public education, in their own language to the extent prescribed by law, with the thresholds for establishing specific classes or schools for this purpose being lower than normally stipulated for educational institutions; 4. establish and manage their own private educational and training establishments for which public financial assistance may be granted, in accordance with the law and international standards; 5. use their language and alphabet freely in private and in public; 6. Use their language and alphabet in their relations with the municipal authorities or local offices of central authorities in areas where they represent a sufficient share of the population in accordance with the law. The costs incurred by the use of an interpreter or a translator shall be borne by the competent authorities; 7. use and display community symbols, in accordance with the law and international standards; 8. have personal names registered in their

original form and in the script of their language as well as revert to original names that have been changed by force; 9. have local names, street names and other topographical indications which reflect and are sensitive to the multi-ethnic and multi-linguistic character of the area at issue».

The field of media and communication is specifically addressed: «[Members of communities shall have the right, individually or in community, to] 10. have guaranteed access to, and special representation in, public broadcast media as well as programming in their language, in accordance with the law and international standards; 11. to create and use their own media, including to provide information in their language through, among others, daily newspapers and wire services and the use of a reserved number of frequencies for electronic media in accordance with the law and international standards. The Republic of Kosovo shall take all measures necessary to secure an international frequency plan to allow the Kosovo Serb Community access to a licensed Kosovo-wide independent Serbian language television channel».

Protection of minorities expands to the safeguard of freedom of association open to international contacts: «[Members of communities shall have the right, individually or in community, to] 12. enjoy unhindered contacts among themselves within the Republic of Kosovo and establish and maintain free and peaceful contacts with persons in any State, in particular those with whom they share an ethnic, cultural, linguistic or religious identity, or a common cultural heritage, in accordance with the law and international standards; 13. enjoy unhindered contacts with, and participate without discrimination in the activities of local, regional and international non-governmental organizations; 14. establish associations for culture, art, science and education as well as scholarly and other associations for the expression, fostering and development of their identity».

The regulation of recognition and protection of minorities is integrated by the establishment of an *ad hoc* Consultative Council for Communities (art. 60) which «acts under the authority of the President of the Republic of Kosovo» and «in which all Communities shall be represented» and whose composition includes «among others, [..] representatives of associations of Communities».

The mandate of the Consultative Council for Communities shall «1. provide a mechanism for regular exchange between the Communities and the Government of Kosovo. 2. afford to the Communities the opportunity to comment at an early stage on legislative or policy initiatives that may be prepared by the Government, to suggest such initiatives, and to seek to have

their views incorporated in the relevant projects and programs. 3. have any other responsibilities and functions as provided in accordance with law».

The Constitution (art. 61) also establishes an entitlement to representation in public institutions employment: «Communities and their members shall be entitled to equitable representation in employment in public bodies and publicly owned enterprises at all levels, including in particular in the police service in areas inhabited by the respective Community, while respecting the rules concerning competence and integrity that govern public administration».

3.3 Constitutional provisions framing a divided society and protecting minorities in Montenegro

The text of the preamble of the Constitution expresses a somehow sort of a balanced setting, combining references to a unitary frame – "citizens of Montenegro" – and to the distinctiveness of collective identities.

The relevant statements in such perspective are as follows: «The decision of the citizens of Montenegro to live in an independent and sovereign state of Montenegro, made in the referendum held on May 21, 2006. The commitment of the citizens of Montenegro to live in a state in which the basic values are freedom, peace, tolerance, respect for human rights and liberties, multiculturalism, democracy and the rule of law. The determination that we, as free and equal citizens, members of peoples and national minorities who live in Montenegro: Montenegrins, Serbs, Bosniacs, Albanians, Muslims, Croats and the others, are committed to democratic and civic Montenegro».

The same orientation is incorporated by the provision (art. 2) on sovereignty («Bearer of sovereignty is the citizen with Montenegrin citizenship. The citizen shall exercise power directly and through the freely elected representatives».

Significantly, the focus is on undifferentiated "Montenegrin citizenship" (art. 12): «In Montenegro there shall be a Montenegrin citizenship. Montenegro shall protect the rights and interests of the Montenegrin citizens. Montenegrin citizen shall not be expelled or extradited to other state, except in accordance with the international

obligations of Montenegro»; on prohibition of infliction of hatred[38] and of discrimination[39].

Equality is also proclaimed in very general terms (art. 17): «Rights and liberties shall be exercised on the basis of the Constitution and the confirmed international agreements. All shall be deemed equal before the law, regardless of any particularity or personal feature».

A special protection is safeguarded in situations of temporary limitation of rights and liberties (art. 25): «During the proclaimed state of war or emergency, the exercise of certain human rights and freedoms may be limited, to the necessary extent. The limitations shall not be introduced on the grounds of sex, nationality, race, religion, language, ethnic or social origin, political or other beliefs, financial standing or any other personal feature […]»[40]. Furthermore «there shall be no abolishment of the prohibition of: inflicting or encouraging hatred or intolerance; discrimination; trial and conviction twice for one and the same criminal offence (*ne bis in idem*); forced assimilation».

The relevance of the factor of distinct identities is expressly regulated also with regard to the right of asylum (art. 44)[41], to prohibition of

[38] See art. 7: «Infliction or encouragement of hatred or intolerance on any grounds shall be prohibited».

[39] See art. 8: «Direct or indirect discrimination on any grounds shall be prohibited. Regulations and introduction of special measures aimed at creating the conditions for the exercise of national, gender and overall equality and protection of persons who are in an unequal position on any grounds shall not be considered discrimination. Special measures may only be applied until the achievement of the aims for which they were undertaken».

[40] The provisions continues: «There shall be no limitations imposed on the rights to: life, legal remedy and legal aid; dignity and respect of a person; fair and public trail and the principle of legality; presumption of innocence; defense; compensation of damage for illegal or ungrounded deprivation of liberty and ungrounded conviction; freedom of thought, conscience and religion; entry into marriage».

[41] See the text of art. 44: «A foreign national reasonably fearing from persecution on the grounds of his/her race, language, religion or association with a nation or a group or due to own political beliefs may request asylum in Montenegro. A foreign national shall not be expelled from Montenegro to where due to his race, religion, language or association with a nation he/she is threatened with death sentence, torture, inhuman degradation, persecution or serious violation of rights guaranteed by this Constitution. A foreign national may be expelled from Montenegro solely on the basis of a court decision and in a procedure provided for by the law».

censorship (art. 50)[42], to the limitation of freedom of association and of political parties (art. 55)[43].

The protection of minorities is specifically addressed by a procedural safeguard, and by a whole set of substantive provisions.

The Constitution qualifies the regulation of «the manner of exercise of the special minority rights» as a matter that – among others – requires a source of parliamentary legislation (art. 16.2).

Minority rights – reinforced by the constitutional prohibition of assimilation[44] – are specifically mentioned under the heading of "protection of identities" (art. 79). The list is long, wide and detailed and the reference is mainly to the notion of "minority nations" or "minority national communities" and the use of the noun "nation" and of the adjective "national" is indeed quite frequent: «Persons belonging to minority nations and other minority national communities shall be guaranteed the rights and liberties, which they can exercise individually or collectively with others» as listed in the text.[45]

[42] See the text of art. 50: «There shall be no censorship in Montenegro. The competent court may prevent dissemination of information and ideas via the public media if required so to: prevent invitation to forcible destruction of the order defined by the Constitution; preservation of territorial integrity of Montenegro; prevention of propagating war or incitement to violence or performance of criminal offences; prevention of propagating racial, national and religious hatred or discrimination».

[43] See the text of art. 55: «The operation of political and other organizations directed towards forceful destruction of the constitutional order, infringement of the territorial integrity of Montenegro, violation of guaranteed freedoms and rights or instigating national, racial, and religious and other hatred and intolerance shall be prohibited. The establishment of secret subversive organizations and irregular armies shall be prohibited».

[44] As declared by art. 80: «Forceful assimilation of the persons belonging to minority nations and other minority national communities shall be prohibited. The state shall protect the persons belonging to minority nations and other minority national communities from all forms of forceful assimilation».

[45] On the use of terminology in the field see Opinion on the Revised Draft Law on Exercise of the Rights and Freedoms of National and Ethnic Minorities in Montenegro of the Venice Commission, 2004, p. 5.

Rights and liberties may be grouped according to the object and refer to minority national identity[46], use of respective national language[47], education[48], toponymy[49], information[50], self-promotion of their own rights[51].

A special mention deserves the right to an "authentic" political representation[52] and the right to a "proportionate" representation in public employment[53].

[46] See the text of art. 79: «1. the right to exercise, protect, develop and publicly express national, ethnic, cultural and religious particularities; 2. the right to choose, use and publicly post national symbols and to celebrate national holidays». The rule involves also crossborder relations: «12. the right to establish and maintain contacts with the citizens and associations outside of Montenegro, with whom they have common national and ethnic background, cultural and historic heritage, as well as religious beliefs».

[47] See the text of art. 79: «3. the right to use their own language and alphabet in private, public and official use […] 5. the right, in the areas with significant share in the total population, to have the local self-government authorities, state and court authorities carry out the proceedings in the language of minority nations and other minority national communities […] 7. the right to write and use their own name and surname also in their own language and alphabet in the official documents».

[48] See the text of art. 79: «4. the right to education in their own language and alphabet in public institutions and the right to have included in the curricula the history and culture of the persons belonging to minority nations and other minority national communities […] 6. the right to establish educational, cultural and religious associations, with the material support of the state».

[49] See the text of art. 79: «8. the right, in the areas with significant share in total population, to have traditional local terms, names of streets and settlements, as well as topographic signs written in the language of minority nations and other minority national communities».

[50] See the text of art. 79: «11. the right to information in their own language».

[51] See the text of art. 79: «13. the right to establish councils for the protection and improvement of special rights».

[52] See the text of art. 79: «9. the right to authentic representation in the Parliament of the Republic of Montenegro and in the assemblies of the local self-government units in which they represent a significant share in the population, according to the principle of affirmative action».

[53] See the text of art. 79: «10. the right to proportionate representation in public services, state authorities and local self-government bodies». For critical remarks on representation of minorities see the Opinion on the Draft Law on Amendments of the Law on Minority Rights and Freedoms on Montenegro, 2015, p. 7.

4. The phenomenon in the Western Balkans: (ii) the reflective judiciary

The Venice Commission has recently expressed a negative opinion not on the arrangement inspired by the principles of the reflective judiciary *per se* but on its implementation through a quota system.

The Opinion on the draft law on Courts of Bosnia and Herzegovina (March 2023) states, among other comments, that «article 5 (2) of the Draft Law envisages that the composition of the Courts should reflect proportional national representation according to the 1991 census. In this regard, the Venice Commission recalls its previous findings that while the ethnic representation quotas may be legitimate in the political sphere, for instance in setting the parameters of the voting system, it would be highly problematic to apply it within the judiciary. The judiciary is not a representative institution. Here, the principle of the independence and impartiality of individual judges should prevail over other considerations. Moreover, organising courts along ethnic lines would be damaging to the credibility of the judicial institutions**.** Such an approach may also counter Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights (the ECHR) on the prohibition of discrimination and should therefore be approached with extreme caution. Hence the Venice Commission would recommend to revise the mentioned provision – for example by providing that the composition of the State judicial institution should reflect the diversity of the society of Bosnia and Herzegovina in terms of ethnic, gender composition and otherwise and the judiciary, as required by the Constitution, shall be generally representative of the peoples of Bosnia and Herzegovina» (at 29).

The reasoning underlying this part of the Opinion assumes that the concept of "reflection" be necessarily synonymous of the one of "representation", a circumstance that should not be taken for granted, as confirmed, for example, by international courts (the judge of the ECtHR elected with respect to each High Contracting Party (art. 22 ECHR)[54] – does not "represent" his/her High Contracting Party. It is necessary to stress once again that a "reflective" judiciary cannot be made to mean in any way to be a "representative" judiciary. And in North Macedonia and Kosovo, where the principle has found strong roots, and in Montenegro as well, where the principle is somehow pale and indirect and yet it is not thoroughly

[54] See also the French official text: «*Les juges […] élus au titre de chaque Haute Partie contractante*».

unknown, the projection of societal diversities on the judicial organisation does not entail any form of representation.

The principle is present in the constitutional text with regard to the judiciary at large, to the prosecutorial institution, to the Judicial Council - the institution safeguarding judicial independence and self-administration-, and to the Constitutional Court.

4.1 The principle of the reflective judiciary in North Macedonia

The Constitution of North Macedonia regulated the plural and reflective character of the whole judicial sphere and of the Constitutional Court through the procedural mechanism of the respective parliamentary election. Technically, it is the way electoral majorities are built that allows for ensuring the election of members "reflecting" the minorities.

This is the case of the election of the Public Attorney[55], and of the Public Prosecutor[56], whose reflective nature is also ensured[57].

The same applies also to the case concerning the Judicial Council[58]: the institution «is composed of fifteen members. The President of the Supreme Court of the Republic of Macedonia and the Minister of Justice

[55] See the text of art. 77.(1): «The Assembly elects the Public Attorney by a majority vote of the total number of Representatives, within which there must be a majority of the votes of the total number of Representatives claiming to belong to the communities not in the majority in the population of Macedonia»; and art. 77.(2): «The Public Attorney protects the constitutional rights and legal rights of citizens when violated by bodies of state administration and by other bodies and organizations with public mandates. The Public Attorney shall give particular attention to safeguarding *the principles of non-discrimination and equitable representation of communities in public bodies at all levels and in other areas of public life* […]» (emphasis added).

[56] See the text of art. 106: «The Public Prosecutor's Office performs his/her duties on the basis of the Constitution and law and the international agreements ratified in accordance with the Constitution. The function of the Public Prosecutor's Office is performed by the Public Prosecutor of the Republic of Macedonia and by the public prosecutors […]».

[57] See the text of art. 106: «The public prosecutors are elected by the Council of Public Prosecutors and their term of office shall have no restrictions. *In the election of public prosecutors, equitable representation of citizens belonging to all communities shall be observed*» (emphasis added).

[58] See the text of art- 104: «1. The Judicial Council of the Republic of Macedonia is an independent and autonomous institution of the judiciary. The Council shall ensure and guarantee the independence and the autonomy of the judiciary».

are ex officio members of the Judicial Council. Eight members of the Council are elected by the judges from their own ranks. *Three of them shall belong to the communities that are not majority in the Republic of Macedonia, insuring that equitable representation of citizens belonging to all communities shall be observed.* Three members of the Council are elected by the Assembly of the Republic of Macedonia with majority votes of the total number of MP's, and *with majority votes from the total number of MP's who belong to the communities that are not majority in the Republic of Macedonia.* Two members of the Council 1. are proposed by the President of the Republic of Macedonia and are elected by the Assembly of the Republic of Macedonia, and *one of them shall belong to the communities that are not majority in the Republic of Macedonia* […]»[59].

One of the main functions of the Judicial Council, namely recruitment of members of the judiciary, is consistent with the principle[60]: according to the relevant provision, in fact, «*on the election of judges, lay judges and court presidents, equitable representation of citizens belonging to all communities shall be observed*»[61].

Eventually, as anticipated, the principle concerns the Constitutional Court as well, according to art. 109: «(1) The Constitutional Court of Macedonia is composed of nine judges. (2) The Assembly elects six of the judges to the Constitutional Court by a majority vote of the total number of Representatives. *The Assembly elects three of the judges by a majority vote of the total number of Representatives, within which there must be a majority of the votes of the total number of Representatives claiming to belong to the communities not in the majority in the population of Macedonia*»[62].

4.2 The principle of the reflective judiciary in Kosovo

The Constitution of Kosovo is perhaps the fundamental law in the area that – for evident historical reasons – is particularly accurate in framing

[59] Emphasis added.

[60] See the text of art. 105: «1. The Judicial Council of the Republic of Macedonia elects and dismisses judges and lay judges; determines the termination of a judge's office; elects and dismisses Presidents of Courts; monitors and assesses the work of the judges decides on the disciplinary accountability of judges; has the right to revoke the immunity of judges; proposes two judges for the Constitutional Court of the Republic of Macedonia from among the judges; and performs other duties stipulated by law».

[61] Emphasis added.

[62] Emphasis added.

the regulation on the issue. In fact, the organisation of the whole judiciary is entirely framed in order to ensure the reflection of societal diversity within the judicial sphere.

The principle of the reflective judiciary inspires the composition of the judiciary[63], that «shall reflect the ethnic diversity of Kosovo and internationally recognized principles of gender equality» (art. 104.2); and «the composition of the courts shall reflect the ethnic composition of the territorial jurisdiction of the respective court (art. 104.3)»[64]. Furthermore, «at least fifteen percent (15%) of the judges from any other court established with appeal jurisdiction, but not fewer than two (2) judges, shall be from Communities that are not in the majority in Kosovo» (art. 104.6).

The principle expressly affects the composition of the Supreme Court («the highest judicial authority», according to art. 103.2) as stated by art. 103.3 («at least fifteen percent (15%) of the judges of the Supreme Court, but not fewer than three (3) judges, shall be from Communities that are not in the majority in Kosovo»).

The same approach regulates the organisation and the exercise of the functions of the Judicial Council[65]. In the first perspective, the principle is implemented – introducing a distinction between the Kosovo Serb community, the only one that is specifically mentioned, and reserved or guaranteed seats for other Communities - through the regulation of the electoral process and a combination of a quota system and a reserved parliamentary vote[66].

---

[63] See the text of art. 104.1 ("Appointment and Removal of Judges"): «The President of the Republic of Kosovo shall appoint, reappoint and dismiss judges upon the proposal of the Kosovo Judicial Council».

[64] The relevance of the territorial context makes the same provision add that «before making a proposal for appointment or reappointment, the Kosovo Judicial Council consults with the respective court».

[65] «The Kosovo Judicial Council shall ensure the independence and impartiality of the judicial system» (art. 108.1); and «The Kosovo Judicial Council is a fully independent institution in the performance of its functions» (art. 108.2).

[66] See the text of art. 108: «The Kosovo Judicial Council shall be composed of thirteen (13) members, all of whom shall possess relevant professional qualifications and expertise. Members shall be elected for a term of five (5) years and shall be chosen in the following manner: 1. Seven (7) members shall be judges elected by the members of the judiciary. 2. Two (2) members shall be elected by the deputies of the Assembly, holding seats attributed during the general distribution of seats and at least one of these two must be a judge. 3. two (2) members shall be *elected by the deputies of the Assembly holding reserved or guaranteed seats for the Kosovo Serb community and at least one of the two must be a judge*; 4. two (2)

From the point of view of the exercise of its functions, the Constitution states that «the Kosovo Judicial Council shall ensure that the Kosovo courts are independent, professional and impartial and fully reflect the multi-ethnic nature of Kosovo and follow the principles of gender equality. *The Kosovo Judicial Council shall give preference in the appointment of judges to members of Communities that are underrepresented in the judiciary as provided by law*» (art. 108.2).[67]

More in detail, «proposals for appointments of judges must be made on the basis of an open appointment process, on the basis of the merit of the candidates, and *the proposals shall reflect principles of gender equality and the ethnic composition of the territorial jurisdiction of the respective court*» (art. 108.4)[68].

Furthermore, the Constitution establishes a connection between the reserved parliamentary seats and the function of proposing candidates for judicial positions, marking once again a distinction between the Kosovo Serb community[69] and other unnamed minorities[70], although in neither of the two cases the respective community is given a veto power.

members shall be elected *by the deputies of the Assembly holding reserved or guaranteed seats for other Communities* and at least one of the two must be a judge» (emphasis added).

[67] Emphasis added.

[68] Emphasis added.

[69] See the text of art. 108.9: «Candidates for judicial positions that are reserved for members of Communities that are not in the majority in Kosovo may only be recommended for appointment by the majority of members of the Council elected by Assembly deputies holding seats reserved or guaranteed for members of communities that are not in the majority in Kosovo. If this group of Council members fails to recommend a candidate for a judicial position in two consecutive sessions of the Council, any Council member may recommend a candidate for that position» (emphasis added).

[70] See the text of art. 108.10: «Candidates for judicial positions within basic courts, the jurisdiction of which exclusively includes the territory of one or more municipalities in which the majority of the population belongs to the Kosovo Serb community, may only be recommended for appointment by the two members of the Council elected by Assembly deputies holding seats reserved or guaranteed for the Serb Community in the Republic of Kosovo acting jointly and unanimously. If these two (2) members fail to recommend a judicial candidate for two consecutive sessions of the Kosovo Judicial Council, any Kosovo Judicial Council member may recommend a candidate for that position» (emphasis added).

The same principle applies to the State Prosecutor[71] and the State Prosecutor Council[72]: the latter, in the exercise of is function of recruiting, proposing, promoting, transferring, reappointing and disciplining prosecutors, «shall give preference for appointment as prosecutors to *members of underrepresented Communities* as provided by law» (art. 110.2).[73] The provision also reinforces the connection between prosecutors to be appointed and the specific cultural diversity of the relative territorial competence[74].

Lastly, the Constitution also provides for the establishment of a reflective Constitutional Court: according to art. 114.1, «principles of gender equality shall be respected».

Furthermore, the Court shall be composed of nine members: «The decision to propose seven (7) judges requires a two thirds (2/3) majority of the deputies of the Assembly present and voting. The decision on the proposals of the other two (2) judges shall require the majority vote of the deputies of the Assembly present and voting, but *only upon the consent of the majority of the deputies of the Assembly holding seats reserved or guaranteed for representatives of the Communities not in the majority in Kosovo*» (art. 114.3)[75].

4.3 The principle of the reflective judiciary in Montenegro

The principle of the reflective judiciary is not specifically formalised as a mandatory rule in the text of the Constitution in Montenegro. Therefore, in this area, the comparison between the three countries in the

[71] See the text of art. 109.4: «The State Prosecutor shall *reflect the multiethnic composition of the Republic of Kosovo and shall respect the principles of gender equality*» (emphasis added).

[72] See the text of art. 110: «1. The Kosovo Prosecutorial Council is a fully independent institution in the performance of its functions in accordance with law. The Kosovo Prosecutorial Council shall ensure that all persons have equal access to justice. The Kosovo Prosecutorial Council shall ensure that the State Prosecutor is independent, professional and impartial and *reflects the multi-ethnic nature of Kosovo and the principles of gender equality*» (emphasis added).

[73] Emphasis added.

[74] See the text of art. 110.3: «Proposals for appointments of prosecutors must be made on the basis of an open appointment process, on the basis of the merit of the candidates, and the proposals shall *reflect principles of gender equality and the ethnic composition of the relevant territorial jurisdiction*» (emphasis added).

[75] Emphasis added.

Western Balkans considered here shows a specific difference between Montenegro on one side and North Macedonia and Kosovo on the other.

In spite of the open recognition of society's cultural pluralism and of a detailed regulation of minorities' rights that goes even beyond the standards set by the Framework Convention of the Council of Europe, diversity in the composition of the judiciary at large, of the Judicial Council and of the Constitutional Court has not been included in normative texts as a binding rule.[76]

However, the Law on the Constitutional Court (2015) does provide for the incorporation of the principle of fair reflection of societal pluralism as a binding recommendation to be taken into account in the process of selection of candidates for appointment: in fact, beyond the possession of a professional qualification and of a suitable personal character (art. 9)[77], the law states (art. 10.6) that «in nominating the candidates, proposers shall take into account the proportionate representation of members of minorities and other minority ethnic communities, as well as a balanced gender representation».

In other words, instead of a mandatory rule directly affecting the composition of the Court, the law produces binding effects on the procedure of selection and, more in particular, on the President of Montenegro and on the responsible working body of the Parliament of Montenegro, namely the "proposers", according to the legislative definition

[76] According to the Opinion on the Revised Draft Law on Exercise of the Rights and Freedoms of National and Ethnic Minorities in Montenegro of the Venice Commission (2004), «the population of Montenegro is extremely heterogeneous. According to the preliminary results of the latest census (November 2003), of the people living in Montenegro 40.64 % declared themselves as Montenegrins and 30.01% as Serbs (in 1991 the respective figures were 69% and 9%). Of the remaining, 9.41% stated that they were Bosniaks, 4.27% Muslims, 7.09% Albanians, 1,05% Croats, 0.43% Roma, and 1.25% "others". 4.29% did not indicate a national/ethnic determination (answering was not compulsory), and for 1.57% no data were available».

[77] As established by art. 9: «Candidates eligible to apply to the public call shall be prominent lawyers who, in addition to constitutionally defined conditions for a Constitutional Court judge, also meet the general conditions for employment in state authorities. Prominent lawyers, within the meaning of paragraph 1 of this Article, shall refer to legal science professors, judges, public prosecutors, attornies, notaries, lawyers who work in state authorities, public administration bodies and local self-government or local government bodies, as well as lawyers who work in companies and legal entities, who enjoy a professional and personal reputation».

(art. 7)[78]. The effects, however, are limited to "taking into account" and do not, as such, affect the actual proposals.

The provision is quite specific Inasmuch as it indicates the criteria of a «proportionate representation of members of minorities and other minority ethnic communities» and of a «balanced gender representation«, that from a requirement of the proposal of candidates is expected to be transferred as an indirect requirement for the composition of the Court.

The procedure of parliamentary election of constitutional judges requires a qualified majority of members of Parliament[79]: in the context of a culturally compound polity as Montenegro, the rationale of this safeguard is likely to be related not only to the need of a political consensus above the governmental majority-minority relationship but also to the «proportionate representation of members of minorities and other minority ethnic communities» and to a «balanced gender representation».

In the recent institutional practice, however, the requirement of a qualified majority has been used in order to prevent the election of a candidate to the Court on the ground of his national background[80]. In other words, the absence of specific normative safeguards rooted in positive law *may* be have to rely on political safeguards only. In the course of time, a conventional practice may be developed in order to allow the proper implementation of the policy presently regulating the proposal of candidates.

[78] See the text of art. 7: «President of Montenegro and responsible working body of the Parliament of Montenegro (hereinafter: the proposers) shall conduct the procedure of nominating the judges of the Constitutional Court […]».

[79] See the text of art. 91.3: «The Parliament shall elect and release from duty the judges of the Constitutional Court, the Supreme State Prosecutor and four members of the Judicial Council from among reputable lawyers by two-third majority vote in the first voting and by three-fifth majority in the second voting of all the Members of the Parliament no sooner than a month».

[80] The facts have been reported in A. Kajosevic, *Montenegro Starts Unblocking Constitutional Court, Electing New Judges*, in *BalkanInsight***,** February 27, 2023: «The opposition Democratic Party of Socialists, DPS, Social Democrats and Bosniak Party did not support Resulbegovic, a national minority candidate. On February 7, Albanian coalitions and the country's Bosniak party failed to agree on a joint minority candidate because Resulbegovic, a prosecutor from Ulcinj, was Albanian. Bosniaks wanted a Bosniak judge from Bijelo Polje, Alija Beganovic».

5. The rationale of the reflective judiciary

The organisation of the judiciary as a way of reflecting societal diversities in court is not the recognised established rule in the Western legal tradition and yet the implementation of its inspiring principles are more frequent than one might anticipate without a specific research.

The rationale of the reflective judiciary is to be identified with the twofold principle of *non-discrimination against any* and *inclusiveness of all identities*.

It is important to emphasise that one of the "diversities" that kept one category out of the judiciary for centuries is represented by women, not a numerical minority and yet a marginalised and heavily discriminated against group[81]. A judiciary that precludes women's presence in its composition could not pretend being "reflective" of society[82].

The main reason for neglecting the perspectives of the reflective judiciary is, in my opinion, that while classic and orthodox features concerning the judiciary were built around contingent theoretical concepts and immediate political needs for nation-state-building in the 19th century, the evolution of contemporary 20th century polities and the process of strengthening of constitutional democracies have allowed the formalisation of a good deal of flexibility in going beyond those dogmatic concepts and political needs.

Historical evidence shows that – with due attention to centrifugal tendencies and secessionist temptations – constitutional protection of cultural diversities (starting from religious diversities inclusive of freedom from religion) and of national, ethnic and language minorities is (or at least may be) in conformity with the safeguard of the fundamental unity of (nation)-states.

In fact, problems of that sort are part of the experience of the process of international cooperation and of supranational integration in Europe, whereby constitutional law is confronted with problems of balancing national identities with regard, specifically, to a common judicial frame. In spite of obvious differences, the same rationale of domestic reflective *judiciary – no discrimination against any and inclusiveness of all identities* - is to be

[81] On the issue see M. Caielli, *Why do women in the judiciary matter? The struggle for gender diversity in European courts*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 157.

[82] A constant brilliant reference of the statement has been the professional life of Ruth Bader Ginsburg, Justice of the Supreme Court of the United States. On her figure, see T. Groppi - I. Spigno - L.E. Ríos Vega (eds.), *Rust Bader Ginsburg. La voce della giustizia*, Bologna, 2023.

considered as being at the foundation of the legitimacy of the European international and supranational judicial architectures.

Some rules of soft law allow us to go deeper into a better and deeper understanding of such rationale.

The first reference is to the "Bangalore Principles of Judicial Conduct", adopted in July 2006 by the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) through a resolution recognising the Bangalore Principles as representing a further development of, and as being complementary to, the 1985 United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary.

The document is divided into various chapters rooted in distinct values and their respective application. Value 5 on Equality deals with ensuring equality of treatment to all before the courts as essential to the due performance of the judicial office.

Application 5.1 of Equality reads that «A judge shall be aware of, and understand, diversity in society and differences arising from various sources, including but not limited to race, colour, sex, religion, national origin, caste, disability, age, marital status, sexual orientation, social and economic status and other like causes ("irrelevant grounds")».

The qualification of societal diversities as "irrelevant grounds" is crucial to other areas of application of Equality in the sphere of jurisdiction: so, Application 5.2 states that «a judge shall not, in the performance of judicial duties, by words or conduct, manifest bias or prejudice towards any person or group on irrelevant grounds». And, according to Application 5.3, «A judge shall carry out judicial duties with appropriate consideration for all persons, such as the parties, witnesses, lawyers, court staff and judicial colleagues, without differentiation on any irrelevant ground, immaterial to the proper performance of such duties».

Further areas concern Application 5.4 («A judge shall not knowingly permit court staff or others subject to the judge's influence, direction or control to differentiate between persons concerned, in a matter before the judge, on any irrelevant ground») and Application 5.5 («A judge shall require lawyers in proceedings before the court to refrain from manifesting, by words or conduct, bias or prejudice based on irrelevant grounds, except such as are legally relevant to an issue in proceedings and may be the subject of legitimate advocacy»).

Such rules are not really qualifying the judiciary as directly reflective of diversities. Diversities remain out of the composition of courts itself and yet they do enter the courtroom: awareness of diversities in society is

functional to dealing with discrimination as well as to the employment of *ad hoc* mechanisms such as "cultural defence", such as "cultural expertise" as a means for cultural and not only linguistic translation, or the identification of "culturally motivated crimes", all of them mechanisms that are to be discretionally evaluated by the judge.

Another set of rules of soft law is offered by the Mt. Scopus Approved Revised International Standards of Judicial Independence, first adopted in 2008 by an influential international academic and professional group that met at the Hebrew University in Jerusalem.

One principle (2.15) is that «The process and standards of judicial selection shall give due consideration to the principle of fair reflection by the judiciary of the society in all its aspects».

A second principle (2.15.1) is that «Taking into consideration the principle of fair reflection by the judiciary of the society in all its aspects, in the selection of judges, there shall be no discrimination on the grounds of race, colour, gender, language, religion, national or social origin, property, birth or status, subject however to citizenship requirements».

According to the Mt. Scopus International Standards, diversity does fully enter the courtroom and in fact it affects the very composition of judgeship, both from the point of view of positive recruitment of judges as well as of non-discrimination for admission into the judiciary of individuals connected to minority groups.

Divided societies have advanced the reach of the principle of equality and non-discrimination as needed precisely because of the structural condition of pluralism that is one of the main features of contemporary society, even without considering the impact of the waves of migration.

The principles of the reflective judiciary in the Western Balkans have had an opportunity of enforcing the same rationale based on awareness of diversities while in the exercise of the judicial function, based also on non-discrimination and inclusion of diversities within the very judicial body.

As noticed above, the reflective judiciary is particularly instrumental to managing not only diversities but especially *highly conflictual divided societies*, as in North Macedonia and Kosovo; and its absence may have its consequences in Montenegro as well – not a less conflictual divides society -, which does not directly rely on that same principle. In such contexts, the reflective judiciary may be able to carry on with it more tolerance on the

side of the majority, and more confidence in the fairness of the judicial process on the side of minorities[83].

The principle of the reflective judiciary in divided societies, in my opinion, is both an opportunity and a challenge for the countries concerned to manage and eventually overcome their conflictual situations and to gradually experience the effects of mainstream Western and European constitutional democracy[84]. Eventually, the present stage of an *adaptive constitutionalism* may turn out to be a leverage for approaching a further stage of *transformative constitutionalism*.

***

[83] A very special setting is the one provided for in the problematic Constitution of Bosnia and Herzegovina with regard to the composition of the Constitutional Court: in fact, according to art VI, «The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina shall have nine members.
(a) Four members shall be selected by the House of Representatives of the Federation, and two members by the Assembly of the Republika Srpska. The remaining three members shall be selected by the President of the European Court of Human Rights after consultation with the Presidency. (b) Judges shall be distinguished jurists of high moral standing. Any eligible voter so qualified may serve as a judge of the Constitutional Court. The judges selected by the President of the European Court of Human Rights shall not be citizens of Bosnia and Herzegovina or of any neighbouring state». In other words, the international community as a stakeholder in stability in the Balkans has found a way for being "reflected" within the Constitutional Court. In this sense, the reflective judiciary appears to have a role in the phenomenon known as "cosmopolitan constitutionalism" (see M. Kumm, *Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 697.

[84] See J. Woelk, *From Enlargement Perspective to "Waiting for Godot"? Has the EU Lost its Transformative Power in the Balkans?*, in L. Antoniolli - L. Bonatti - C. Ruzza (eds.), *Highs and Lows of European Integration. Sixty Years After the Treaty of Rome*, Cham, p. 27.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: Recent evolutions of constitutionalism show, among others, two interactive phenomena: first, a well notable new role plaid by the judiciary, in particular through constitutional adjudication as well as by international and supranational jurisdictions; and, second, a development of «identity» as a key factor increasingly characterising contemporary polities. Hence the dynamics of organising the judiciary in a way that allows a fair representation of societal pluralism, without any reference to representation of cultural communities. The practice of setting up reflective judiciaries is practiced by some territorial and culturally compound polities of the Western legal tradition and, more recently, by some countries in the Balkans – such as Kosovo and North Macedonia but not by Montenegro – as a means of managing cultural identities in divided societies.

KEYWORDS: Innovative paradigms and the evolution of constitutionalism – Reflective judiciary and cultural pluralism – Reflective judiciary in the Western legal tradition – Reflective judiciary in Kosovo and North Macedonia – The rationale of a reflective non-representative judiciary

***

Roberto Toniatti – Emeritus Professor of Comparative Constitutional Law, University of Trento (roberto.toniatti@unitn.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il *locus standi* dei ricorrenti "non privilegiati" nella recente dialettica tra Tribunale e Corte di giustizia dell'Unione europea*

Teresa Maria Moschetta

SOMMARIO: 1. Il sistema di garanzie sul controllo di legittimità degli atti a livello sovranazionale: cenni introduttivi. – 2. Il *locus standi* dei ricorrenti non privilegiati tra "interesse" e "legittimazione" ad agire. – 3. Sviluppi giurisprudenziali sulla definizione di persona fisica o giuridica in tema di ricevibilità dei ricorsi di annullamento. – 4. Recenti considerazioni sulla definizione di atti impugnabili: il caso delle direttive. – 4.1. (segue) degli atti regolamentari. – 4.2. (segue) degli atti regolamentari non implicanti misure di esecuzione. – 4.3. (segue) degli atti preparatori e intermedi. – 5. Le recenti pronunce sugli effetti dell'atto sulla sfera giuridica dei ricorrenti: la questione della incidenza diretta. – 5.1. (segue) l'incidenza diretta delle direttive. – 5.2. (segue) l'incidenza diretta degli atti regolamentari. – 6. La legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati tra tutela effettiva ed equilibrio inter-organico nel sistema giurisdizionale a livello sovranazionale.

1. *Il sistema di garanzie sul controllo di legittimità degli atti a livello sovranazionale: cenni introduttivi*

La definizione del *locus standi* delle persone fisiche e giuridiche nell'ambito del ricorso per annullamento degli atti dell'Unione europea costituisce da sempre un *vulnus* nel sistema di garanzie accordate al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, che è riconosciuto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali[1]. Nonostante le importanti modifiche apportate con

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Sul tema in generale vedi N. Trocker, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta, Europa e diritti dei privati*, Milano, 2002, p. 381 ss.; A. Rottola, *L'effettività dell'ordinamento comunitario e del suo sistema giurisdizionale*, Bari, 2008; O. Porchia, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Teasuro*, 2014, IV, p. 2311 ss.; D. Domenicucci - F. Filpo, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 863 ss.; R. Mastroianni, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano: de la*

il Trattato di Lisbona all'art. 263, quarto comma, TFUE, infatti, gli individui rimangono per antonomasia ricorrenti "non privilegiati" le cui istanze di controllo sulla legittimità degli atti delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea soggiacciono a requisiti di ammissibilità particolarmente restrittivi, anche alla luce della giurisprudenza che ne ha esplicitato portata e significato[2].

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha sovente "giustificato" i limiti di accesso al ricorso per annullamento incontrati dalle persone fisiche e giuridiche, sottolineando come l'Unione sia comunque dotata di un "sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti" inteso a "garantire il controllo della legittimità degli atti dell'Unione europea"[3]. Come noto, infatti, a livello sovranazionale la tutela giurisdizionale delle persone fisiche e giuridiche avverso atti, che presentino vizi di legittimità, spetta al Tribunale, che è l'organo deputato a conoscere in "primo grado" i

Cour Ceca à la Cour de l'Union, 2018, p. 586 ss.; G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in Federalismi.it, 28 febbraio 2018; M.E. Bartoloni, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 245 ss.; A. Favi, *La dimensione "assiologica" della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In Tema di crisi dello stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 795 ss.

[2] Sul tema, *ex multis*, A. Arnull, *Private Applicants and the Action for Annulment Under Article 173 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 7 ss.; Id, *Private Applicants and the Action for Annulment Since Codorniu*, in *Common Market law Review*, 2001, p. 7 ss.; C. Koch, *Locus Standi of Private Applicants Under the EU Constitution: Preserving Gaps in the Protection of Individuals Right to an Effective Remedy*, in *European Law Review*, 2005, p. 511 ss.; A.M. Romito, *Il ricorso per annullamento e i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 525 ss.; S. Marino, *La legittimazione attiva dei privati nel ricorso per annullamento: quali novità a seguito del Trattato di Lisbona?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1126 ss.; R. Mastroianni - A. Pezza, *Striking the Right Balance: Limits on the Rights to Bring an Action Under Article 263(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *American University International Law Review*, 2015, p. 743 ss.; M. Kucho, *The Status of Natural or Legal Persons According to the Annulment Procedure Post-Lisbon*, in *LSE Law Review*, 2017, p. 101 ss.; M. Simoncini, *Different Shades of Legal Standing and the Right to Judicial Protection of Private Parties in the Banking Union: Trasta KomercBanko*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1867 ss.; C. Amalfitano, *Standing (Locus Standi). Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021.

[3] Sul punto vedi sentenze del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Le Verts c. Parlamento*, punto 23; del 25 luglio 2002, C-50/00, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, punto 40; del 29 luglio 2010, causa C-550/09, *E e F*, punto 44; del 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami c. Parlamento e Consiglio*, punto 92; del 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft*, punto 66; del 30 maggio 2017, causa C-45/15 P, *Safa Nico Sepahan c. Consiglio*, punto 35; del 5 novembre 2019, C-663/17P, C-669/17P, P-*DEP-BCE c. Trasta Komercbanka*, punto 54.

ricorsi per annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche. Alla Corte di giustizia, invece, è riservato il ruolo di garante ultimo della tutela giurisdizionale effettiva dei singoli, nella sua duplice veste di giudice di "secondo grado" per i ricorsi di annullamento e di custode della validità degli atti nei rinvii pregiudiziali presentati da giudici nazionali, anche su "istanza indiretta" delle parti del procedimento *a quo* in cui l'atto ritenuto viziato dovrebbe trovare applicazione[4].

Cionondimeno, un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato limita la ricevibilità dei rinvii pregiudiziali "sollecitati" da persone fisiche e giuridiche ai soli casi in cui essi non siano stati legittimati ad esperire un "ricorso diretto" per annullamento dell'atto alle condizioni e nei limiti temporali previsti dall'art. 263, quarto comma, TFUE. Secondo la c.d. clausola TWD, infatti, il ricorso al rinvio pregiudiziale dovrebbe costituire solo una *extrema ratio* per garantire la tutela giurisdizionale degli individui nel controllo di legittimità degli atti. Tale limitazione riflette primariamente l'intento di garantire la certezza del diritto applicabile nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, ma può anche risultare funzionale a "non appesantire" la mole di lavoro della Corte con rinvii pregiudiziali aventi ad oggetto questioni giuridiche che dovrebbero trovare soluzione, *in primis*, nell'ambito del ricorso per annullamento quale strumento giurisdizionale preposto a controllare in via diretta la legittimità degli atti adottati a livello sovranazionale[5].

---

[4] Sul punto vedi, *ex multis*, P. Mengozzi, *L'applicazione del diritto comunitario e l'evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia nella direzione di una chiamata dei giudici nazionali ad assicurare una efficace tutela dei diritti ad esso attribuiti ai cittadini degli Stati membri*, in L. Randelli - C. Bottari - D. Donati (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 29 ss.; F.G. Jacobs, *Effective Judicial Protection of Individuals in the European Union: Now and in the Future*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2002, p. 203 ss.; S.M. Carbone, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 239 ss.; M. Condinanzi - R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009; R. Baratta, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 204 ss.; E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 665 ss.; R. Barents, *EU Procedural Law and Effective Legal Protection*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1437 ss.; K. Lenaerts - I. Maselis - K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014.

[5] Vedi Sentenze della Corte del 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD/Bundensrepublik Deutschland*, punto 17; del 30 gennaio 1997, causa C-178/95, *Wijo*, punti da 15 a 25; del 17 febbraio 2001, causa C-239/99, *Nachi Europe*, punti da 29 a 40; del 27 Novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, punto 41; del 5 marzo 2015, causa C-667/13, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português,* punto 28; del 14 marzo 2017, causa C-158/14,

In tale prospettiva d'analisi, l'orientamento interpretativo di ciascun organo giurisdizionale deputato a valutare le condizioni di ricevibilità dei ricorsi per annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche appare rilevante nel preservare siffatta articolazione degli strumenti di controllo sulla legittimità degli atti dell'Unione europea. Infatti, quanto più dette condizioni sono intese in termini restrittivi, tanto più aumenta la possibilità che il presunto vizio di legittimità venga in rilievo in un procedimento giurisdizionale nazionale in cui quell'atto dovrebbe trovare applicazione, dando luogo ad un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. A questo riguardo, appare interessante rilevare come i più recenti sviluppi giurisprudenziali sul tema riflettano una duplice tendenza nell'orientamento interpretativo dei due organi giurisdizionali dell'Unione europea: il Tribunale appare propenso a mantenere una interpretazione restrittiva delle condizioni per riconoscere l'accesso diretto delle persone fisiche e giuridiche al controllo di legittimità degli atti, mentre la Corte di giustizia sembra più incline ad "allargare" le maglie di applicazione di tali criteri, riconoscendo la legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati in una prospettiva apparentemente "evolutiva".

Il presente lavoro si propone di analizzare la più recente dialettica tra gli organi giurisdizionali dell'Unione europea avente ad oggetto la definizione del *locus standi* dei ricorrenti non privilegiati attraverso la lente prospettica dell'articolazione del sistema giurisdizionale a livello sovranazionale, anche alla luce dell'attuale *iter* di riforma dell'esercizio delle competenze inerenti al rinvio pregiudiziale. Senza volere delineare un rapporto di consequenzialità tra questioni evidentemente distinte, l'intento della ricerca è interrogarsi su come l'annosa questione della definizione del *locus standi* dei ricorrenti non privilegiati possa incidere sull'equilibrio inter-

A e a., punto 70. Sul punto vedi D. Wyatt, *The Relationship Between Action for Annullment and References on Validity After TWD Deggendorf*, in J. Lombay - A. Biondi (eds), *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, 1997, p. 55 ss.; M. Ambanelli, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di rapporti fra azione di annullamento e rinvio pregiudiziale di validità dopo le sentenze TWD Textilwerme e Wiljo*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, p. 131 ss.; M.P. Chiti, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 745 ss.; R. Schwensfeier, *The TWD Principle Post Lisbon*, in *European Law Review*, 2012, p. 156 ss.; N. Wahl - L. Prete, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of Reference for Preliminary Rulings,* in *Common Market Law Review*, 2018, p. 511 ss e sia consentito il riferimento a T.M. Moschetta, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale di validità e ricorso di annullamento alla luce della "deroga TWD". Nota a commento della sentenza Georgsmarienhütte*, in *Eurojus*, 2019, diponibile online.

organico nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali della Corte di giustizia e del Tribunale. In tale prospettiva, una interpretazione evolutiva dei criteri di ricevibilità dei ricorsi per annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche potrebbe contribuire a realizzare quella complessa ma necessaria sintesi tra tutela giurisdizionale effettiva dei singoli e buona amministrazione della giustizia a livello sovranazionale.

2. *Il* locus standi *dei ricorrenti non privilegiati tra "interesse" e "legittimazione" ad agire*

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea si basa sul valore dello "stato di diritto", enunciato dall'art. 2 TUE, che presuppone l'esistenza di una chiara articolazione gerarchica del proprio complesso normativo e di un meccanismo di controllo volto ad assicurare la compatibilità degli atti di diritto derivato con le sue disposizioni primarie o costituzionali[6]. Come già posto in rilievo, lo strumento deputato a controllare in via diretta la conformità ai Trattati degli atti dell'Unione è il "ricorso per annullamento", ai sensi dell'art. 263 TFUE, mediante il quale diverse tipologie di ricorrenti possono richiedere alla Corte di giustizia o al Tribunale di controllare la legittimità di un atto adottato da istituzioni, organi e organismi dell'Unione entro il termine di due mesi dalla sua pubblicazione o notifica al destinatario[7].

In tale contesto, le persone fisiche o giuridiche rientrano nella categoria dei ricorrenti c.d. "non privilegiati" poiché la loro legittimazione ad agire al fine di richiedere l'annullamento di un atto risulta condizionata da specifici requisiti indicati nell'art. 263, quarto comma, TFUE, che concernono la tipologia dell'atto contestato e l'incidenza dello stesso sulla loro sfera giuridica[8]. Sebbene l'attuale formulazione dei criteri di ricevibilità dei ricorsi per annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche rifletta l'intento

[6] Vedi art. 19, par. 1, TUE. Sul tema in generale vedi: K. Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1626 ss.; R. Barents, *The Court of Justice After the Treaty Lisbon*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 709 ss.

[7] Sul punto vedi, *ex multis*, M. Condinanzi - R. Mastroianni, *Il ricorso per annullamento,* in M. Condinanzi - R. Mastroianni*, Il contenzioso dell'Unione europea*, 2009, p. 109 ss.

[8] Come noto, la disposizione in parola prevede che "qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre (..) un ricorso contro gli atti *adottati nei suoi confronti* o che la *riguardano direttamente e individualmente*, e contro gli *atti regolamentari* che la riguardano *direttamente* e che *non comportano alcuna misura di esecuzione"* (corsivo aggiunto.)

dei redattori del Trattato di Lisbona di ampliare il *locus standi* dei ricorrenti non privilegiati, la formulazione letterale dell'art. 263, quarto comma, TFUE continua a porre rilevanti dubbi interpretativi che lasciano alla Corte di giustizia e al Tribunale un ampio margine discrezionale nella definizione della posizione giuridica dei ricorrenti non privilegiati, dando luogo ad una prospettiva non sempre univoca che mal si concilia con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva riconosciuta a livello sovranazionale[9].

La posizione di ricorrente "debole" o "condizionato" che è attribuita dai trattati alle persone fisiche o giuridiche va considerata in una duplice accezione inerente, da un lato, alla legittimazione ad agire, dall'altro, all'interesse ad agire che il soggetto che presenta un ricorso per annullamento può far valere per ottenere la dichiarazione di nullità di un atto adottato dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea. La recente giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, ha stabilito che l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire costituiscono due distinte condizioni di ricevibilità che devono essere soddisfatte cumulativamente da una persona fisica e giuridica per poter proporre un ricorso per annullamento[10].

La legittimazione ad agire attiene ai requisiti di ricevibilità stabiliti dall'art. 263, quarto comma, TFUE, ossia, nel caso di un atto avente portata generale è richiesta la compresenza dell'incidenza "diretta" ed "individuale" dello stesso sulla sfera giuridica del ricorrente, mentre laddove si tratti di un atto regolamentare che non comporta misure di esecuzione rileva la sola incidenza "diretta" che solleva il ricorrente dall'onere di dimostrare l'incidenza individuale dell'atto ai sensi della clausola *Plaumann*. Di converso, l'interesse ad agire presuppone che l'annullamento dell'atto possa, di per sé, avere conseguenze giuridiche e che l'azione possa quindi, per il suo esito,

[9] A questo riguardo, occorre rilevare come, secondo costante giurisprudenza, un qualsiasi fatto relativo alla ricevibilità del ricorso possa costituire una questione di ordine pubblico su cui gli organi giurisdizionali investiti del ricorso di annullamento possono pronunciarsi d'ufficio. Vedi sentenza del 15 giugno 2023, causa C-499/21 P, *Jousha Silver*, punto 38; del 5 settembre 2013, C-573/11 P, *Clienthearth*, punto 20; del 4 febbraio 2021, causa C-701/19, *Pilatus Bank*, punto 23; del 29 novembre 2007, C-176/06 P, *Stadwerke Schwäbisch Hall*, punto18.

[10] Vedi sentenze del 17 settembre 2015, causa C-33/14 P, *Mory e a. c. Commissione*, punto 62; del 27 febbraio 2014, causa C-132/12 P, *Stichting Woonpunt c Commissione*, punti 67 e 68; del 27 febbraio 2014, causa C-133/12P, *Stichting Woonlinie c. Commissione*, punti 54 e 55.

procurare un vantaggio alla parte che l'ha promossa[11]. In questa prospettiva, secondo la Corte di giustizia, l'interesse ad agire costituisce un presupposto essenziale e fondamentale per qualsiasi azione giudiziaria[12]; per contro, non vi sarebbe l'interesse ad agire quando l'esito favorevole di un'azione non potrebbe, in ogni caso, dare soddisfazione al ricorrente[13].

Partendo da tale distinguo, la Corte di giustizia subordina l'analisi della sussistenza dei requisiti di ricevibilità del ricorso presentato da persone fisiche e giuridiche ad una valutazione della rilevanza del giudicato sulla posizione giuridica del singolo. Un esempio in tal senso, si rinviene nella recente sentenza *Jousha Silver* in cui la Corte di giustizia, in un ricorso di annullamento in secondo grado di giudizio, ha ritenuto di dover esaminare d'ufficio l'interesse ad agire del ricorrente prima di pronunciarsi, eventualmente ed in subordine all'esito della prima questione, su errori di diritto commessi dal Tribunale nel respingere il ricorso in primo grado per mancanza della legittimazione ad agire dei ricorrenti[14].

Nel caso di specie, il Tribunale aveva dichiarato irricevibile il ricorso di annullamento avente ad oggetto la decisione adottata dal Consiglio per concludere l'accordo di recesso tra Unione europea e Regno Unito dal quale sarebbe derivata la perdita o la privazione della cittadinanza europea e dei diritti connessi a tale *status*. L'organo giurisdizionale di prima istanza, infatti, aveva basato la propria pronuncia relativa alla legittimazione ad agire del ricorrente sulla definizione di incidenza individuale di un atto non qualificabile come atto regolamentare ai sensi dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE[15].

Di converso, la Corte di giustizia non ha ritenuto di dover procedere all'analisi delle condizioni di ricevibilità relative alla legittimazione ad agire del ricorrente, avendo riscontrato la mancanza dell'interesse ad agire dello stesso. A questo riguardo, infatti, essa ha ricordato che la decisione di recedere dall'Unione europea dipende esclusivamente dalla scelta sovrana

[11] Sulla definizione di interesse ad agire vedi anche sentenze del 15 marzo 1973, causa 37/72, *Marcato c. Commissione*, punti 2-8; del 20 maggio 1987, causa 432/85, *Souna c. Commissione*, punto 20; del 7 giugno 2007, causa 362/05P, *Wunenburger c. Commissione*, punto 42; del 17 aprile 2008, cause C-373/06 P, C-379/06P, C-382/06P, *Flaherty c. Commissione*, punto 25.

[12] Vedi sentenze del 24 aprile 1996, causa C-19/93P, *Rendo c. Commissione*, punto 13; del 17 settembre 2015, causa C-33/14 P, *Mory*, cit., punti 55 e 58.

[13] Vedi sentenze del 9 giugno 2011, causa C-401/09 P, *Evropaiki Dynamiki c. BCE*, punto 49; del 23 novembre 2017, causa C-596/15 P, *Bionorica c. Commissione*, punto 88.

[14] Sentenza del 15 giugno 2023, causa C-499/21 P, *Jousha Silver*, cit., punto 38.

[15] Vedi *infra*, ordinanza dell'8 giugno 2021, causa T-252/20, *Jousha Silver c. Consiglio*.

dello Stato membro che intende avvalersi dell'art. 50 TUE[16]. Conseguentemente, l'annullamento della decisione controversa non avrebbe procurato ai ricorrenti un vantaggio idoneo a giustificare un interesse ad agire, poiché il danno subito a causa della perdita della cittadinanza europea non sarebbe stato, in ogni caso, sanato da una dichiarazione di illegittimità dell'accordo di recesso e degli atti relativi alla sua conclusione da parte dell'Unione europea. Tanto è bastato alla Corte di giustizia per dichiarare il ricorso in secondo grado irricevibile e non pronunciarsi sulle questioni di diritto emerse con riferimento alla pronuncia del Tribunale sull'interpretazione delle condizioni di ricevibilità relative alla legittimazione ad agire[17].

La sentenza *Jousha Silver* appare interessante nella misura in cui la Corte di giustizia, da un lato, applica una condizione aggiuntiva, non prevista dai trattati, per verificare la ricevibilità di un ricorso di annullamento presentato da persone fisiche e giuridiche, dall'altro, evita di pronunciarsi su questioni ancora aperte relative all'interpretazione dell'art. 263, quarto comma, TFUE. La ragione di tale scelta dell'organo giurisdizionale d'appello potrebbe anche ricondursi alla volontà di non alterare la coerenza del suo recente orientamento giurisprudenziale, in relazione alla specificità del caso di specie. Per quanto si andrà ad evidenziare, infatti, la Corte di giustizia, una volta valutata la rilevanza del giudicato per la tutela della posizione giuridica del ricorrente non privilegiato, sembra sempre più propensa ad allargare le condizioni di riconoscimento della legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE, a fronte di una diversa tendenza rilevabile nelle pronunce emanate in primo grado di giudizio dal Tribunale.

In questa prospettiva, l'analisi delle più recenti sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale relative alle condizioni di ricevibilità enunciate nell'art. 263, quarto comma, TFUE risulta rilevante per valutare l'effettività della tutela giurisdizionale accordata ai singoli dai due organi giurisdizionali

[16] Vedi sentenze del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*, punto 50; del 9 giugno 2022, causa C-673/20, *Prefet du Gers*, punto 53. Per quanto attiene al caso di specie, pertanto, la perdita della cittadinanza europea e dei diritti connessi a tale *status* è stata considerata una conseguenza che discende automaticamente dalla decisione del Regno Unito di recedere e che non dipende dall'accordo di recesso o dall'atto adottato dal Consiglio per concludere lo stesso (Sentenza del 15 giugno 2023, causa C-499/21 P, *Jousha Silver*, cit., punto 43).

[17] Sentenza del 15 giugno 2023, causa C-499/21 P, *Jousha Silver*, cit., punti 46-48.

dell'Unione europea nell'ambito del controllo sulla legittimità degli atti adottati a livello sovranazionale.

3. *Sviluppi giurisprudenziali sulla definizione di persona fisica o giuridica in tema di ricevibilità dei ricorsi di annullamento*

La valutazione della legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati pone in primo luogo la questione di delimitare la portata della nozione di "persone fisiche e giuridiche" alla luce dell'art. 263, quarto comma, TFUE. In particolare, con riferimento alla definizione di persona giuridica la Corte di giustizia ha recentemente aperto in maniera significativa le porte del ricorso per annullamento, riconoscendo la legittimazione ad agire anche a soggetti non espressamente contemplati nell'art. 263, quarto comma, TFUE. Un esempio in tal senso concerne la recente giurisprudenza riguardante il *locus standi* di Stati terzi i cui ricorsi rispondano alle condizioni di ricevibilità stabilite nella disposizione in parola. Come noto, nella sentenza *Venezuela c. Consiglio*, la Corte di giustizia per la prima volta ha chiarito che nella nozione di persona giuridica rientrino anche gli Stati terzi. Questi ultimi, infatti, non possono essere considerati ricorrenti privilegiati alla stessa stregua degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione europea, ai quali l'art. 263, terzo comma, TFUE riconosce un interesse diffuso a contestare la legittimità degli atti UE adottati a livello sovranazionale[18].

Il ragionamento della Corte di giustizia prende le mosse dalla constatazione secondo cui le nozioni contenute nei Trattati e negli atti di diritto derivato richiedano una interpretazione autonoma da applicarsi uniformemente a livello sovranazionale qualora manchi nelle stesse un qualsivoglia riferimento agli ordinamenti nazionali. Secondo tale impostazione, la Corte di giustizia ha fatto ricorso ai consueti criteri

[18] Sentenza del 22 giugno 2021, causa C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio (Affectation d'un état Tiers)*. Sul tema vedi N. Kuplewatzky, *Venezuela v. Council: Standing of Third Countries Before the EU Courts*, in *Global Trade and Customs Journals*, 2021, p. 203 ss.; B. Vàzques Rodrìgues, *El Locus Standi de terceros estados para interponer recurso de anulaciòn contra medidas restrictiva de la UE: el esunto C-872/19 P Venezuela/Consejo*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2021, p. 1037 ss.; D. Yovanof, *The ECJ and the Rise of Adjudicatory Jurisdiction, Venezuela v. Council*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1893 ss.

ermeneutici utilizzati nella sua giurisprudenza per interpretare la nozione di "persona giuridica" di cui all'art. 263, quarto comma, TFUE[19].

Per quanto concerne la portata "letterale" della disposizione in parola, la Corte ha rilevato come non emerga dalla stessa né dalle altre disposizioni del diritto primario dell'Unione europea l'indicazione di una possibile esclusione di talune categorie di persone giuridiche dal *locus standi* dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione europea. In linea di principio, pertanto, nessuna persona giuridica dovrebbe essere privata della facoltà di proporre un ricorso di annullamento degli atti adottati a livello sovranazionale.[20].

Per quanto concerne l'interpretazione "contestuale" e "teleologica" dell'art. 263, quarto comma, TFUE, la Corte ha fatto esplicito riferimento al valore dello stato di diritto, ai sensi dell'art. 2 TUE, che trova espressione nel principio della tutela giurisdizionale effettiva e negli obiettivi della politica estera e di sicurezza comune ai sensi dell'art. 23 TUE[21]. Conseguentemente, la nozione di persona giuridica ai fini della ricevibilità di un ricorso di annullamento è stata estesa per includere anche gli Stati terzi che divengono così titolari della legittimazione ad agire per contestare la

[19] Vedi sentenza del 6 ottobre 2020, causa C- 181/19, *Jobcenter Krefeld*, punto 61; del 18 gennaio 2017, causa C-427/15, *New Wave CZ*, punto 19; del 17 marzo 2016, causa C-99/15, *Leffers*, punto 14; del 25 settembre 2015, causa C-127/14, *Surmacs*, punto 28; del 21 maggio 2015, causa C-65/14, punto 43. In tema di interpretazione del diritto dell'Unione europea vedi A. Tizzano, *Problemi "linguistici" nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 861 ss.; G. D'Agnone, *L'interpretazione soggettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Torino, 2020; K. Lenaerts - J.A. Gutierrez-Fons, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice de l'Union Européenne*, Brussels, 2020; S. Lattanzi, *L'evoluzione delle tecniche di interpretazione del diritto dell'Unione europea tra tendenze passate e sviluppi recenti*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 361 ss.

[20] A questo riguardo, la sentenza in questione richiama la pregressa giurisprudenza della Corte da cui discende che la nozione di persona giuridica utilizzata dall'art. 263, quarto comma, TFUE, non possa essere interpretata restrittivamente. La legittimazione ad agire nell'ambito del ricorso per annullamento, infatti, è riconosciuta non soltanto alle persone giuridiche private ma anche agli enti pubblici in quanto dotati di personalità giuridica. Vedi sentenza del 22 giugno 2021, causa C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio (Affectation d'un état Tiers)*, cit., punti 44 - 46. Sul punto, la Corte rinvia alle ordinanze del 26 novembre 2009, causa C-444/08 P, *Região autónoma dos Açore c. Consiglio*, punto 31; del 1° ottobre 1997, causa C-180/97, *Regione Toscana c. Commissione*, punti da 10 a 12, nonché alle sentenze del 22 novembre 2001, causa C-452/98, *Nederlandse Antillen c. Consiglio*, punto 51; del 1° febbraio 2018, causa C-264/16 P, *Deutsche Bahn e a. c. Commissione*, punto 2; del 4 febbraio 2020, *Uniwersytet Wrocławski e Polonia c. REA*, causa C-515/17, punto 69.

[21] Vedi sentenza del 22 giugno 2021, causa C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio (Affectation d'un état Tiers*), cit., punti 48-49.

legittimità degli atti dell'Unione europea, subordinatamente alle condizioni previste dall'art. 263, quarto comma, TFUE[22].

La medesima questione era stata posta anche nel procedimento di primo grado dinanzi al Tribunale, il quale aveva dichiarato irricevibile il ricorso di annullamento presentato dal Venezuela senza arrivare a pronunciarsi esplicitamente sulla sua qualificazione di persona giuridica ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE. Secondo l'organo giurisdizionale di primo grado, la capacità giuridica di uno Stato si distingue da quella di un qualsivoglia operatore economico che sia interessato da una misura restrittiva dell'Unione europea, in ragione della versatilità dell'ambito di operatività statale che non può ridursi ad una attività specifica. In altre parole, il Tribunale, esclude la legittimazione ad agire degli Stati terzi, in ragione della rilevanza pubblica dei poteri da essi esercitati[23].

L'approccio interpretativo utilizzato dal Tribunale sembra volto a non "forzare" l'applicazione delle condizioni inerenti alla legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati[24]. Nella medesima direzione, peraltro, si colloca la recente pronuncia *Renè Repasi* in cui il Tribunale ha respinto l'invito del ricorrente ad attribuire ai membri del Parlamento europeo un diritto di azione specifico, indipendente dalle condizioni dell'art. 263, quarto comma, TFUE, al fine di difendere i poteri democratici, limitandosi a

[22] Vedi sentenza del 22 giugno 2021, causa C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio (Affectation d'un état Tiers)*, cit., punto 50.

[23] Così argomentando, il Tribunale aveva fatto proprie le argomentazioni portate dal Consiglio secondo cui le modalità di azione del Venezuela non si riducono ad attività puramente commerciali, dovendo uno Stato esercitare prerogative dei poteri pubblici, soprattutto nell'ambito di attività connesse alla sua sovranità, quali le missioni di difesa, di polizia e di vigilanza (Sentenza del 20 settembre 2019, causa T-65/18, *Venezuela c. Consiglio*, punto 37).

[24] A questo riguardo, il Tribunale ricorda come il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, riconosciuto dall'art. 47 della Carta UE, non consenta di eludere i requisiti per la legittimazione ad agire stabiliti dall'art. 263, quarto comma, TFUE, pur costituendo un parametro di interpretazione degli stessi ai fini della valutazione sulla ricevibilità di un ricorso per annullamento degli atti presentato da persone fisiche e giuridiche. Sentenza del 20 settembre 2019, causa T-65/18, *Venezuela c. Consiglio*, cit. punto 50. Sul punto vedi sentenze del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P*, Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, punto 98; del 25 luglio 2002, causa C-50/00P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, punto 44; del 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Commissione c. Jégo-Quéré*, punto 36; del 28 settembre 2016, causa T-600/15, *Pan Europe c. Commissione*, punto 50.

rilevare come gli organi giurisdizionali non possano creare modalità di ricorso non previste dai trattati[25].

Al di là della possibilità di riconoscere una specifica legittimazione ad agire in capo ai membri del Parlamento europeo, appare importante notare come la posizione espressa dal Tribunale faccia riferimento a quanto stabilito nella ormai lontana sentenza *Union Pequeños Agricultores* che, come noto, ha segnato lo spartiacque nella ricerca di un equilibrio tra il godimento del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e le stringenti limitazioni poste alla legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati, portando alla attuale formulazione dell'art. 263, quarto comma, TFUE, che è stata introdotta dal Trattato di Lisbona[26].

A questo riguardo, occorre ricordare come proprio la *ratio* che ha dato forma ai "nuovi" criteri di ricevibilità dei ricorsi presentanti da persone fisiche e giuridiche abbia trovato riflesso nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea mediante il riconoscimento dell'art. 47 della Carta quale parametro di interpretazione delle condizioni volte a definire la legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati nei ricorsi di annullamento in una prospettiva teleologica ed evolutiva[27]. In tale prospettiva, pertanto, può essere letta la più recente giurisprudenza concernente le "maglie di accessibilità" per le persone fisiche e giuridiche del controllo in via diretta della legittimità degli atti adottati a livello sovranazionale.

---

[25] Vedi ordinanza del 21 giugno 2023, causa T-628/22, *Rene Repasi c. Commissione*, punto 38.

[26] Come noto, nella sentenza citata la Corte di giustizia, pur rigettando il ricorso dei ricorrenti in base alle condizioni di ricevibilità allora stabilite nell'art. 230 TCE, aveva osservato che la possibilità di concepire un sistema di controllo di legittimità degli atti comunitari di portata generale, diverso da quello stabilito dal diritto primario dell'Unione, spettasse esclusivamente agli Stati membri secondo la procedura di revisione ordinaria dei Trattati (Vedi sentenza del 25 luglio 2002, causa C-50/00P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, cit., punto 45).

[27] Vedi sentenze del 30 giugno 2022, causa C-99/21 P, *Danske Slagtermestre c. Commissione*, punto 42; del 3 dicembre 2020, causa C-461/18 P, *Changmao Biochemical Engineering/Distillerie Bonollo e a.*, punto 55; del 28 aprile 2015, causa C-456/13 P, *T & L Sugars e Sidul Açúcares c. Commissione*, punto 44; sentenza del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, punto 98; del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, cit., punto 44; del 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Commissione c. Jégo-Quéré*, punto 36.

4. *Recenti considerazioni sulla definizione di atti impugnabili: il caso delle direttive*

La ricevibilità dei ricorsi di annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche richiedono la definizione della tipologia di atti di diritto derivato che siano suscettibili di un controllo di legittimità da parte degli organi giurisdizionali dell'Unione europea[28]. Tale questione si è posta di recente con riferimento alle direttive nella causa *Nord Stream 2*, dando luogo a una chiara divergenza tra Tribunale e Corte di giustizia nei rispettivi giudizi di primo e secondo grado. Nella sua ordinanza, infatti, il Tribunale aveva dichiarato irricevibile il ricorso della ricorrente persona giuridica, asserendo che l'atto contestato non potesse di per sé creare obblighi per un individuo né costituire fonte diretta ed immediata di obblighi, trattandosi di una direttiva non ancora recepita dagli Stati membri[29]. Seguendo le conclusioni dell'avvocato generale sul punto, invece, la pronuncia emessa in secondo grado di giudizio ha ribaltato il ragionamento del Tribunale, riconoscendo l'incidenza diretta della direttiva contestata sulla sfera giuridica della ricorrente[30].

[28] Secondo una costante giurisprudenza, sono considerati atti impugnabili, ai sensi dell'art. 263 TFUE, tutti gli atti adottati dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, a prescindere dalla loro natura o dalla loro forma, intesi a produrre effetti giuridici sugli interessi del ricorrente purché modifichino in misura rilevante la situazione giuridica di quest'ultimo. Per determinare se un atto produca siffatti effetti occorre riferirsi alla sua sostanza e valutarne la portata giuridica in funzione di criteri obiettivi, come il contenuto dell'atto stesso, tenendo conto eventualmente del contesto in cui quest'ultimo è stato adottato nonché dei poteri dell'istituzione emanante. Vedi, *ex multis,* sentenze del 13 febbraio 2014, causa C-31/13 P, *Ungheria c. Commissione*, punto 55; del 25 ottobre 2017, cause C-593/15 P e C-594/15 P, *Slovacchia c. Commissione*, punto 47; del 20 febbraio 2018, causa C-16/16 P, *Belgio c. Commissione*, punto 32; del 9 luglio 2020, causa C-575/18 P, *Repubblica Ceca c. Commissione*, punto 47.

[29] In altre parole, l'organo giurisdizionale di primo grado dell'Unione europea, adottando un approccio formalistico, ha negato che la direttiva in questione potesse incidere direttamente sulla posizione giuridica della ricorrente ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE, trattandosi di una tipologia di atto non direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici statali. Vedi ordinanza del 20 maggio 2020, causa T-526/19, *Nordstream 2 c. Parlamento e Consiglio*, punto 106. Sul tema dell'efficacia diretta delle direttive vedi, *ex multis*, L. Cecchetti, *Verso i cinquant'anni dell'effetto diretto delle direttive: questioni ancora aperte*, in *Quaderni Aisdue*, 2023, disponibile online.

[30] Vedi conclusioni dell'avvocato generale Bobek del 6 ottobre 2021, causa C-348/20P, *NordStream 2 c. Parlamento*, punti 40-43. Sul punto vedi F. Ferri, *L'impugnazione delle direttive*

La Corte di giustizia ha rilevato come la tesi sostenuta dal Tribunale finisse con il negare in via aprioristica l'incidenza diretta delle direttive poiché associava gli effetti giuridici da esse prodotti sugli individui alle misure di recepimento adottate a livello statale, ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati[31]. Secondo la Corte di giustizia, pertanto, quando una direttiva incide direttamente sulla situazione giuridica del ricorrente, la circostanza che siano state adottate o debbano ancora essere adottate misure di recepimento non è rilevante perché non mette in discussione il carattere diretto del legame tra la direttiva e gli effetti prodotti, a condizione che la direttiva non lasci agli Stati membri alcun potere discrezionale per quanto riguarda l'imposizione di obblighi sul ricorrente[32].

La pronuncia della Corte di giustizia fa perno su un approccio sostanzialistico volto a definire l'incidenza diretta di un atto sulla base degli effetti prodotti sulla sfera giuridica degli individui. Un'analisi basata sulla

da parte dei singoli: la rivoluzione "gentile" dell'Avvocato Generale Bobek, in *BlogAisdue,* 23 novembre 2021. L'Avvocato generale aveva evidenziato come non fosse possibile equiparare, dal punto di vista concettuale, l'effetto diretto e l'incidenza diretta di un atto dell'Unione, trattandosi di due nozioni "ontologicamente distinte". L'incidenza diretta, infatti, concerne il "nesso di causalità diretta tra l'atto impugnato e la modifica della situazione giuridica del ricorrente senza che ci sia un intervento aggiuntivo, da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità nazionali, in grado di spezzare (tale) nesso". In una prospettiva siffatta, la valutazione della incidenza diretta di una direttiva sulla sfera giuridica del ricorrente ai fini della definizione della sua legittimazione ad agire richiede "un approccio olistico e pragmatico che privilegia la sostanza sulla forma" (Nel punto 44 delle sue conclusioni l'avvocato generale Bobek richiama le conclusioni dell'avvocato generale Hogan del 20 gennaio 2021, causa C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio*, punto 105).

[31] Sentenza del 12 luglio 2022, causa C-348/20P, Nord Stream 2 c. Parlamento e Consiglio, punto 71. Il ragionamento della Corte di giustizia fa leva sulla stessa formulazione letterale dell'art. 263, quarto comma, TFUE in cui il requisito dell'incidenza diretta dell'atto impugnato sulla sfera giuridica del ricorrente compare in termini identici tanto nella seconda quanto nella terza parte di frase, richiedendo una interpretazione identica sia nel caso in cui l'atto contestato sia un atto legislativo sia nel caso in cui l'atto contestato sia un atto regolamentare che non comporta misure di esecuzione. In tale prospettiva, il requisito dell'incidenza diretta non può coincidere con il requisito della mancanza di misure di esecuzione poiché quest'ultimo rileva soltanto per sollevare il ricorrente non privilegiato dall'onere di dover dimostrare anche l'incidenza individuale dell'atto contestato quando esso non abbia natura legislativa, ai sensi dell'art. 263, quarto comma, terza parte di frase, TFUE.

[32] Sentenza del 12 luglio 2022, causa C-348/20P, *Nord Stream 2 c. Parlamento e Consiglio*, punto 74. Sul tema vedi S. Prechal, *Individuals Challenging Directives in EU Courts*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 41 ss.

mera forma dell'atto, infatti, precluderebbe la legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati in tutti i casi in cui le istituzioni dell'Unione europea scelgano di adottare atti che necessitano di recepimento negli ordinamenti giuridici statali. Sul punto di diritto si rinvia al proseguo del presente lavoro nella parte in cui si analizzerà la diversa posizione assunta dalla Corte di giustizia e dal Tribunale nella definizione della incidenza diretta degli atti oggetto di ricorso di annullamento ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati.

4.1. (segue) degli atti regolamentari

Un altro esempio della recente dialettica tra Corte di giustizia e Tribunale concerne la nozione di "atto regolamentare che non richiede alcuna misura di esecuzione", contenuta nella terza parte di frase dell'art. 263, quarto comma, TFUE, al fine di definire la tipologia di atti sottoponibili al controllo giurisdizionale di legittimità[33]. Come noto, una giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ormai consolidata fa rientrare nella definizione di atto regolamentare tutti gli atti non legislativi adottati dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea[34] aventi portata

[33] Come già posto in rilievo, la disposizione in parola è stata introdotta nel Trattato di Lisbona per allargare le maglie dei criteri di ricevibilità dei ricorsi presentati da persone fisiche e giuridiche poiché con riferimento a tale tipologia di atti i ricorrenti non privilegiati devono dimostrare la "sola" incidenza diretta – non anche l'incidenza individuale – dell'atto contestato ai fini del riconoscimento della loro legittimazione ad agire nei ricorsi per annullamento. Sul tema vedi P.A. Van Malleghen - N. Baeten, *Before the Law Stands a Gatekeeper – Or, What is a "Regulatory Act" in Article 263(4) TFUE? Inuit Tapiriit Kanatami,* in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1187 ss.; C. Werkmeister - S. Pötters - J. Traut, *Regulatory Acts Within Article 263 (4) TFEU. A dissonant Extension of Locus Standi for Private Applicants*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 311ss.; J. Wildemeersch, *Standing Requirement of Private Parties in Action for Annulment Concerning Regulatory Acts: The State of Affairs 10 Years After the Entry Into Force of the Lisbon Treaty*, in D. Sarmiento Ramìrez-Escudero - E. Burkhard - H. Ruiz Frabri (eds), *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union*, Luxemburg, 2019, p. 49 ss.; C. Buchanan, *Long Awaited Guidance on the Meaning of "Regulatory Act" for Locus Standi Under the Lisbon Treaty*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2012, p. 115 ss.

[34] In tal senso, sentenze del 3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, C-583/11 P, punti da 58 a 61; del 25 ottobre 2011, causa T-262/10, *Microban*, punto 21; del 6 novembre 2018, cause C-622/16 P a C-624/16 P, *Montessori*, punto 23.

generale in quanto idonei a produrre effetti giuridici nei confronti di persone considerate in maniera generale ed astratta[35].

Recentemente, il Tribunale si è pronunciato sulla definizione di atto regolamentare nella già citata pronuncia *Jousha Silver*, respingendo la richiesta del ricorrente di far rientrare in tale nozione la decisione adottata dal Consiglio per concludere l'accordo di recesso con il Regno Unico in base all'art. 50 TUE[36]. L'organo giurisdizionale di primo grado, infatti, ha rilevato come la nozione di "atto regolamentare" faccia pensare all'emanazione di norme da parte non tanto dell'organo legislativo quanto dell'organo esecutivo, basandosi sulle diverse versioni linguistiche dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE[37].

Il Tribunale fa discendere dalla "legittimazione democratica particolarmente forte" dell'atto impugnato la necessità di non applicare al caso di specie le condizioni di ricevibilità semplificate che l'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE prevede con riferimento alla legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati per contestare la legittimità di atti regolamentari. Ad ulteriore sostegno di tale approccio

[35] In tal senso, vedi sentenze del 22 dicembre 2008, causa C-487/06 P, *British Aggregates c. Commissione*, punto 31; del 17 settembre 2009, causa C-519/07 P, *Commissione/Koninklijke FrieslandCampina*, punto 53; del 28 giugno 2018, causa C-219/16 P, *Lowell Financial Services/Commissione*, punto 42; del 6 novembre 2018, cause da C-622/16 P a C-624/16 P, *Montessori*, cit., punto 31.

[36] Sulla portata della pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea vedi: G. Caggiano, *La legittimazione ad agire per annullamento di un atto regolamentare da parte di soggetti che dimostrino un interesse individuale: il caso Montessori/Ferracci in materia di aiuti di stato e le esenzioni fiscali ICI/IMU agli enti ecclesiastici*, in *Eurojus*, 2018; G. Vitale, *La nozione di "atto regolamentare" nella sentenza Montessori: Legittimazione attiva dei singoli e gerarchia delle fonti,* in *Osservatorio europeo*, 22 luglio 2019; E. Gambaro - F. Mazzocchi, *Montessori v. Commission: A New Frontier For Competitors of Beneficiaries to Bring Action Against a Commission Decision on Aid Schemes?*, in *Journal of European Competition Law*, 2019, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 91 ss.; R. Caranta, *Knock and It Shall Be Opened Unto You: Standing for Non-Privileged Applicants After Montessori*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 163 ss.

[37] Vedi ordinanza dell'8 giugno 2021, causa T-252/20, *Silver c. Consiglio*, cit. Secondo tale impostazione, la decisione impugnata non poteva essere assimilata ad un atto del potere esecutivo per diversi ordini di ragioni: in primo luogo, la decisione di conclusione dell'accordo di recesso era stata adottata attraverso una procedura (non legislativa) che comporta l'intervento del Consiglio e del Parlamento in maniera "simile" ai procedimenti legislativi contemplati dal Trattato per l'adozione di atti normativi che incidono sui diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione (punto 85); in secondo luogo, detta decisione comporta l'introduzione nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea di norme, contenute nell'accordo di recesso, che sono caratterizzate da una legittimità democratica paragonabile alle norme contenute in un atto legislativo (par. 86).

interpretativo, la sentenza in esame fa leva sul "rango" che gli accordi internazionali occupano nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea, sottolineando come essi si pongano in una posizione prevalente rispetto a tutti gli altri atti di diritto derivato, siano essi legislativi o regolamentari. *A fortiori*, pertanto, la decisione di conclusione dell'accordo di recesso non avrebbe potuto considerarsi un atto regolamentare ai fini della definizione delle condizioni di ricevibilità del ricorso in esame[38]. Nel caso di specie, dunque, il Tribunale sembra ritagliarsi uno "spazio interpretativo" in mancanza di pronunce pregresse della Corte di giustizia sulla definizione degli atti aventi ad oggetto la conclusione di accordi internazionali quali atti regolamentari, ai sensi dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE.

Nel giudizio di secondo grado, la Corte di giustizia ha "glissato" la questione, considerando il ricorso irricevibile per mancanza di interesse ad agire e lasciando aperta una importante questione inerente al significato di atto regolamentare e alla relativa legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati[39]. Ciononostante, nella già menzionata sentenza *Venezuela c. Consiglio,* essa aveva mostrato la propensione a considerare in termini estensivi la nozione di atto regolamentare includendovi le decisioni aventi ad oggetto misure restrittive adottate nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea, in quanto adottate secondo la procedura non legislativa di cui all'art. 215 TFUE[40].

In questo caso, vale solo rilevare come la Corte di giustizia abbia usato proprio l'argomento della legittimazione democratica dell'atto contestato per suffragare la legittimazione ad agire del ricorrente, ricordando come le misure adottate in base agli articoli 21 e 23 TUE, relativi rispettivamente alla azione esterna e alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea, debbano essere espressione dei valori fondanti enunciati dall'art. 2 TUE.

4.2. (segue) degli atti regolamentari non implicanti misure di esecuzione

Un ulteriore punto problematico che è stato di recente oggetto di un rapporto dialettico tra Corte di giustizia e Tribunale con riferimento agli atti

[38] Vedi ordinanza dell'8 giugno 2021, causa T-252/20, *Jousha Silver c. Consiglio*, punto 86.
[39] Vedi sentenza del 15 giugno 2023, causa C-499/21 P, *Jousha Silver*, cit.
[40] Vedi sentenza del 22 giugno 2021 C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio (Affectation d'un état Tiers)*, cit, punti 49-50.

regolamentari attiene alla specificazione "che non richiedono misure di esecuzione" ai fini dell'applicazione dei criteri di ricevibilità "attenuati" previsti per i ricorsi di annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche ai sensi dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE. Come noto, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul punto adotta un approccio sostanzialistico che fa riferimento alla mancanza di un atto giuridico la cui adozione a livello statale sia necessaria per generare conseguenze specifiche per il ricorrente derivanti dall'atto non legislativo oggetto dell'impugnazione[41].

La *ratio* che sottende tale approccio riflette l'intento dei redattori del Trattato di allargare le maglie delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi di annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche, al fine di evitare che questi ultimi siano posti nella condizione di dover violare la legge per poter ottenere la tutela giurisdizionale effettiva avverso potenziali vizi di un atto regolamentare, che produca direttamente effetti sulla loro sfera giuridica senza richiedere misure di esecuzione[42].

Proprio per ovviare a tale circostanza, la mancanza di misure di esecuzione è stata interpretata estensivamente a partire dalla sentenza *Montessori* che ha chiarito il significato delle condizioni di ricevibilità poste dall'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE proprio con riferimento alle nozioni in parola[43]. La portata più o meno estensiva

[41] Sin dalla sentenza Telefónica, la nozione di misure di esecuzione è stata interpretata nella sua formulazione letterale, andando a contemplare qualsiasi atto giuridico necessario all'esecuzione di un altro atto giuridico. Ai fini della ricevibilità del ricorso, pertanto, è stata sempre considerata irrilevante la questione se l'atto regolamentare oggetto di impugnazione comportasse o meno misure di esecuzione nei confronti di altri singoli (Vedi sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-274/12P, *Telefónica c. Commissione*, punti 24-30).

[42] In assenza di misure di esecuzione, una persona fisica o giuridica, ancorché direttamente interessata dall'atto in questione, non sarebbe in grado di ottenere un controllo giurisdizionale su eventuali vizi se non dopo aver violato le disposizioni dello stesso. Essa, infatti, potrebbe far valere l'illegittimità dell'atto in questione soltanto nell'ambito dei procedimenti avviati nei suoi confronti dinanzi ai giudici nazionali in conseguenza di detta violazione (Sentenza del 19 dicembre 2013, causa C-274/12P, *Telefónica c. Commissione*, punto 27).

[43] Sentenza del 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, *Montessori*, cit., punti 63-66. Nella pronuncia in questione, infatti, la Corte ha riconosciuto che le disposizioni nazionali che istituiscono un regime di aiuti di Stato sono da considerarsi misure di esecuzione delle decisioni adottate dalla Commissione europea nell'ambito delle proprie prerogative di controllo sul rispetto dei principi di libera concorrenza nel mercato interno. Tali decisioni, infatti, costituiscono per definizione atti regolamentari ai sensi

riconosciuta al requisito della mancanza di misure di esecuzione, infatti, incide sull'ampiezza della tutela giurisdizionale effettiva riconosciuta alle persone fisiche e giuridiche ai sensi dell'art. 263, comma quarto, ultima parte di frase, TFUE. In questa prospettiva, si colloca la diversa propensione interpretativa espressa dalla Corte di giustizia e dal Tribunale nella causa *Danske Slagtermestre c. Commissione*[44].

Nel giudizio di primo grado, il Tribunale ha respinto il ricorso statuendo solo sulla mancanza di incidenza diretta della decisione contestata sulla sfera giuridica del ricorrente (vedi *infra*) e non sulla mancanza di misure di esecuzione, pur considerando la decisione in questione quale atto regolamentare in ragione del suo carattere non legislativo e della sua portata generale. Di converso, la Corte di giustizia ha considerato la decisione contestata quale "atto regolamentare non implicante misure di esecuzione" proprio partendo dalla giurisprudenza *Montessori*. Essa, pertanto, ha dichiarato ricevibile il ricorso nel caso di specie, facendolo rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE[45].

Al fine precipuo di garantire la tutela giurisdizionale effettiva al ricorrente, la Corte ha confermato l'interpretazione estensiva della nozione di "atti regolamentari che non comportano misure di esecuzione", in modo da subordinare l'analisi della ricevibilità del ricorso presentato dai ricorrenti non privilegiati alla condizione della sola incidenza "diretta" e non anche "individuale", ai sensi dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE. Infatti, sebbene l'atto contestato fosse formalmente un atto

dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE. Cionondimeno, la Corte ha riconosciuto la legittimazione ad agire dei ricorrenti del procedimento nel caso di specie poiché essi, non essendo beneficiari diretti del regime di aiuto oggetto della decisione della Commissione, non avrebbero potuto altrimenti contestarne la validità dinanzi ai giudici nazionali.

[44] Vedi sentenze del 30 giugno 2022, causa C-99/21 P e del 1° dicembre 2020, causa T-486/18, *Danske Slagtermestre c. Commissione*. Le cause in questione hanno ad oggetto un ricorso di annullamento presentato da una associazione rappresentativa degli interessi di piccoli mattatoi danesi avverso una decisione adottata dalla Commissione europea in materia di aiuti di stato.

[45] In particolare, la Corte ha affermato che sarebbe stato "artificioso" porre il ricorrente nella condizione di dover chiedere alle autorità nazionali che attuano il regime tariffario contestato di accordare ai piccoli mattatoi il beneficio accordato ai grandi, pur sapendo di non avervi diritto, al solo scopo di impugnare l'atto di rigetto di tale domanda dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale ed indurre quest'ultimo a presentare un rinvio pregiudiziale di validità sulla decisione controversa. Vedi sentenza del 30 giugno 2022, causa C-99/21 P*, Danske Slagtermestre c. Commissione*, cit., punti 59, 60, 67.

regolamentare (la decisione sull'aiuto di Stato adottata dalla Commissione) comportante misure di esecuzione (le misure nazionali istitutive dell'aiuto oggetto della procedura di controllo a livello sovranazionale), la Corte ha valutato la ricevibilità del ricorso in questione in base al requisito unico della sua "incidenza diretta" sul ricorrente, trattandosi nel caso di specie di una persona giuridica non beneficiaria del regime contestato, in ossequio all'accezione ampia di "atto regolamentare che non comporta misure di esecuzione" stabilita nella sentenza *Montessori*.

4.3. (segue) degli atti preparatori e intermedi

Una ulteriore questione relativa alla ricevibilità dei ricorsi per annullamento concerne la definizione dell'incidenza sulla sfera giuridica del ricorrente di quella tipologia di atti formalmente non produttivi di effetti giuridici vincolanti che, come noto, sono esenti dal controllo giurisdizionale previsto dall'art. 263 TFUE[46].

La questione si è posta di recente con riferimento alla impugnabilità di un atto intermedio nella causa *Puigdemont c. Parlamento* in cui il Tribunale ha dichiarato non ricevibile un ricorso di annullamento avente ad oggetto una decisione del Presidente del Parlamento europeo recante il rifiuto di dar seguito ad una domanda diretta a difendere privilegi ed immunità del ricorrente. Da un lato, il Tribunale ha respinto l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Parlamento europeo, che era fondata sul carattere informativo e intermedio dell'atto impugnato, notando come quest'ultimo costituisse l'unico seguito dato alla richiesta di immunità presentata dal deputato ricorrente nel procedimento di annullamento in questione[47]. Dall'altro lato,

[46] In tal senso vedi sentenze del 15 luglio 2021, causa C-911/19, *FBF*, C-911/19, punto 37; del 12 settembre 2006, causa C-131/03 P, *Reynolds Tobacco e a. c. Commissione*, punto 55; del 20 febbraio 2018, causa C-16/16 P, *Belgio/Commissione*, punto 27. Sul controllo di legittimità degli atti di *soft law* vedi J. Klabbers, *Informal Instrument Before the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 997 ss.; G. Gentile, *Ensuring Judicial Review of EU Soft Law Via the Action for Annulment Before the EU Courts. A Plea for a Liberal-Constitutional Approach*, in *European Constitutional Law Review,* 2020, p. 466 ss.; H. Karjosola - M. Van Rijsbergen -M. Scholten, *How to Exhort and to Persuade With(out) Legal Force: Challenging Soft Law After FBF*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1523 ss.

[47] Secondo una costante giurisprudenza, un atto a carattere meramente informativo non può influire sugli interessi del destinatario né modificare la situazione giuridica di quest'ultimo rispetto alla situazione precedente al ricevimento di tale atto (sentenze del 11

esso ha rilevato come l'atto contestato non fosse impugnabile per mancanza di una competenza del Parlamento a adottare decisioni produttive di effetti giuridici vincolanti sulle competenti autorità nazionali in risposta alla richiesta di difesa dell'immunità presentata dai ricorrenti[48].

In riferimento alla pronuncia in esame, appare interessante rilevare come il Tribunale non ponga un distinguo tra "legittimazione" e "interesse" ad agire dei ricorrenti, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte di giustizia nella già citata sentenza *Jousha Silver*, secondo cui la precondizione per la ricevibilità di un ricorso per annullamento sarebbe stata l'utilità della relativa sentenza rispetto alla posizione giuridica del ricorrente. Anche nella causa *Puigdemont c. Parlamento*, infatti, un eventuale annullamento della decisione impugnata non avrebbe cambiato le sorti dell'attivazione del procedimento penale a carico dei ricorrenti dinanzi alle autorità nazionali[49].

Pur non essendo certamente possibile formulare previsioni su un ricorso in appello non ancora in essere, l'analisi della recente giurisprudenza della Corte di giustizia sulla ricevibilità di un ricorso di annullamento su atti intermedi consente ancora una volta di rilevare un differente approccio argomentativo seguito dai due organi giurisdizionali dell'Unione europea. A questo riguardo, appare interessante richiamare la sentenza *Ungheria c. Parlamento* in cui la Corte di giustizia si è pronunciata in unico grado di giudizio su un ricorso di annullamento presentato da uno Stato membro che contestava la legittimità di una risoluzione adottata dal Parlamento europeo, avente ad oggetto la proposta rivolta al Consiglio di avviare il procedimento

dicembre 2012, causa T-15/11, *Sina Bank c. Consiglio*, punto 30; dell'11 novembre 1981, causa 60/81, *IBM c. Commissione*, punto 9; del 16 luglio 1998, causa T-81/97, *Regione Toscana c. Commissione*, punto 21; e ordinanza della Corte del 4 ottobre 2007, causa C-457/06 P, *Finlandia c. Commissione*, punto 36). Ciò vale del pari per un atto intermedio che esprime un punto di vista provvisorio dell'istituzione interessata, ad eccezione di ogni atto intermedio che produce effetti giuridici autonomi, nel caso in cui non sia possibile porre rimedio ai suoi vizi nell'ambito di un ricorso avverso la decisione finale, della quale costituisce una fase di elaborazione (Sentenze del 3 giugno 2021, causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento*, punti 44 e 46; del 30 giugno 1992, causa C-312/90, *Spagna c. Commissione*, punti 21 e 22; del 30 giugno 1992, causa C-47/91, *Italia c. Commissione*, punti 27 e 28; del 13 ottobre 2011, cause C-463/10 P e C-475/10 P, *Deutsche Post e Germania c. Commissione*, punti 53, 54 e 60).

[48] Vedi sentenza del 5 luglio 2023, causa T-115/20, *Puigdemont i Casamajç e Comìn i Olivares c. Parlamento*, punti 45-47 e 83.

[49] Vedi sentenza del 5 luglio 2023, causa T-115/20, *Puigdemont i Casamajç e Comìn i Olivares c. Parlamento*, punto 88.

di cui all'art. 7 TUE per constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori su cui si fonda l'Unione *ex* art. 2 TUE[50].

Nel caso in questione, la Corte ha dichiarato ammissibile il ricorso, rilevando come la risoluzione impugnata avesse prodotto l'effetto immediato di revocare il divieto che incombe, in linea di principio, sugli Stati membri di prendere in esame o di dichiarare ammissibile una domanda d'asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro. L'atto oggetto del ricorso di annullamento nel caso di specie, dunque, aveva modificato la situazione dello Stato ricorrente nello specifico settore del diritto d'asilo dell'Unione europea. Con riferimento alla natura della risoluzione in parola quale "atto intermedio", la Corte ha ricordato che la non impugnabilità si riferisce soltanto agli atti preparatori che esprimono un punto di vista provvisorio dell'istituzione interessata. Esulano, invece, dai limiti alla ricevibilità dei ricorsi, stabiliti dall'art. 263 TFUE, gli atti preparatori che siano idonei a produrre effetti giuridici autonomi, nel caso in cui non sia possibile porre rimedio ai loro vizi nell'ambito di un ricorso avverso la decisione finale della quale essi costituiscono una fase di elaborazione[51].

Nella causa in esame, si poneva anche la questione di definire il rapporto intercorrente tra il ricorso di annullamento *ex* art. 263, terzo comma TUE e la procedura *ex* art. 269 TFUE, inerente al controllo di legittimità di un atto adottato dal Consiglio europeo o dal Consiglio, a norma dell'art. 7 TUE, esperibile su domanda dello Stato membro oggetto della constatazione e limitatamente a questioni procedurali. Sul punto, la Corte di giustizia ha rilevato che l'art. 269 TFUE subordina il controllo giurisdizionale sugli atti *ivi* contemplati a condizioni particolarmente restrittive, non escludendo di per sé la competenza generale della Corte di giustizia dell'Unione europea a conoscere ricorsi di annullamento, presentati ai sensi dell'art. 263 TFUE, avverso altre tipologie di atti adottati dalle

[50] Nel caso di specie, il Parlamento europeo contestava la ricevibilità del ricorso, trattandosi di un atto intermedio non implicante alcuna modifica della situazione giuridica dell'Ungheria. La risoluzione in parola, infatti, si limitava ad avviare la procedura prevista dall'art. 7 TUE, senza vincolare il Consiglio in ordine alla constatazione del grave rischio di violazione dei valori fondanti dell'Unione europea imputato all'Ungheria (Vedi sentenza del 3 giugno 2021, causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento*, cit., punto 25).

[51] Sentenza del 3 giugno 2021, causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento*, cit. punto 40-46. Sul punto vedi anche sentenza del 3 giugno 2021, causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento*, punti 44 e 46; del 30 giugno 1992, causa C-312/90, *Spagna c. Commissione*, punti 21 e 22; del 30 giugno 1992, causa C-47/91, *Italia c. Commissione*, punti 27 e 28; del 13 ottobre 2011, cause C-463/10 P e C-475/10 P, *Deutsche Post e Germania c. Commissione*, punti 53, 54 e 60.

istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, quale appunto le risoluzioni adottate dal Parlamento europeo ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE[52].

Sebbene esuli in parte dalle considerazioni oggetto del presente lavoro, occorre rilevare come la pronuncia della Corte appaia coerente nella misura in cui una dichiarazione di irricevibilità del ricorso nel caso di specie avrebbe escluso in via definitiva la possibilità di sanare eventuali vizi della risoluzione contestata, non essendo esperibile la procedura di cui all'art. 269 TFUE avverso tale tipologia di atto. Anche in questo caso, dunque, l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia sembra esprimere l'intendimento di consentire la più ampia esperibilità del ricorso per annullamento *ex* art. 263 TFUE al fine di garantirne l'effetto utile in quanto strumento principale di garanzia della legittimità degli atti adottati dall'Unione europea.

5. *Le recenti pronunce sugli effetti dell'atto sulla sfera giuridica dei ricorrenti: la questione della incidenza diretta*

La valutazione della ricevibilità di un ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE richiede anche la definizione dell'incidenza dell'atto contestato sulla sfera giuridica del ricorrente. A questo riguardo, occorre rilevare come le due condizioni cumulative della incidenza "individuale" e "diretta" abbiano trovato ampia declinazione in una ormai cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che, di volta in volta, si è confrontata con il problema di dover contemperare i limiti al riconoscimento della legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati con la progressiva rilevanza riconosciuta al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva delle persone fisiche e giuridiche nella

[52] Sentenza del 3 giugno 2021, causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento*, cit., punti 31-37. A questo riguardo, appare interessante sottolineare come la Corte abbia inteso delimitare la rispettiva portata dei due strumenti di controllo giurisdizionale in esame. Essa, infatti, ha precisato che i motivi dedotti a sostegno di un ricorso di annullamento *ex* art. 263 TFUE avverso una risoluzione del Parlamento europeo possono vertere unicamente sulla violazione di norme di carattere procedurale contemplate dall'art. 7 TUE al fine di evitare un diverso controllo giurisdizionale rispetto a quanto previsto dall'art. 269 TFUE con riferimento alle constatazioni emesse dal Consiglio europeo e dal Consiglio a norma dello stesso articolo (Vedi Sentenza del 3 giugno 2021, causa C-650/18, *Ungheria c. Parlamento*, cit., punti 52-53).

definizione del loro accesso agli strumenti di controllo giurisdizionale degli atti a livello sovranazionale[53].

Ciononostante, non si è ancora giunti ad una interpretazione delle distinte nozioni di incidenza diretta ed individuale, che consenta di alleviare i limiti all'esperibilità dei ricorsi per annullamento presentati da individui avverso atti a portata generale. Con riferimento agli atti legislativi, le "sorti" dei ricorsi presentati da persone fisiche e giuridiche si infrangono dinanzi alla clausola *Plaumann,* che continua a costituire un ostacolo all'accesso al controllo di legittimità degli atti dell'Unione, precludendo la valutazione dell'incidenza diretta dell'atto contestato sulla sfera giuridica dei ricorrenti[54]; con riferimento agli atti regolamentari, invece, la valutazione della incidenza diretta dell'atto impugnato sulla sfera giuridica dei ricorrenti sta alimentando una dialettica a distanza tra i due organi giurisdizionali dell'Unione europea. In quest'ultimo caso, infatti, proprio l'impossibilità di applicare il tradizionale "spauracchio" della valutazione sull'incidenza individuale sta facendo emergere una tendenza ad applicare una interpretazione restrittiva

[53] Come già posto in rilievo, la legittimazione ad agire delle persone fisiche e giuridiche è fortemente condizionata dalla difficoltà di dimostrare cumulativamente l'incidenza "diretta" ed "individuale" dell'atto contestato, qualora si tratti di un atto legislativo avente portata generale, ovvero la sola incidenza "diretta", qualora si tratti di un atto regolamentare che non comporta misure di esecuzione. In tema di limiti al *legal standing* delle persone fisiche e giuridiche vedi: A. Barav, *Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to The EEC Court*, in *Common Market Law Review*, 1974, p. 191 ss.; A. Albors-Llorens, *The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures: Has the European Court Missed the Boat?,* in *The Cambridge Law Journal*, 2003, p. 72 ss.; S. Balthasar, *Locus Standi Rules For Challenges to Regulatory Acts By Private Applicants: The New Art. 263(4) TFEU*, in *European Law Review*, 2010, p. 542 ss.; A. Kornezov, *Locus Standi of Private Parties in Action for Annulment: Has the Gap Been Closed?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2014, p. 25 ss.; M. Rhimes, *The EU Courts Stand Their Ground: Why Are the Standing Rules For Direct Actions Still So Restrictive?*, in *European Journal Law Studies*, 2016, p. 103 ss.; Id, *Sealing the Fate of Private Parties in Annulment Proceedings? The General Court and The New Standing Test in Article 263(4) TFEU*, in *The Cambridge Law Journal*, 2012, p. 52 ss.

[54] Come noto, secondo la formula *Plaumann*, una persona fisica o giuridica può far valere l'incidenza individuale di un atto di cui non sia destinatario o che abbia portata generale soltanto qualora riesca a dimostrare che lo stesso lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità e quindi lo identifichi alla stessa stregua del destinatario (Vedi Sentenza del 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione*).

della nozione in parola che si rinviene soprattutto nelle pronunce in primo grado di giudizio[55].

Indicative in tal senso, sono due recenti cause in cui i due organi giurisdizionali dell'Unione europea si sono pronunciati sulla definizione di incidenza diretta riferita rispettivamente ad una direttiva legislativa non recepita e ad un atto regolamentare, giungendo in entrambi i casi a soluzioni del tutto differenti in merito alla ricevibilità del ricorso presentato da ricorrenti non privilegiati nel primo e nel secondo grado di giudizio.

5.1. (segue) l'incidenza diretta delle direttive

Nella già menzionata causa *Nord Stream 2*, i due organi giurisdizionali dell'Unione europea sono stati chiamati a pronunciarsi su un ricorso di annullamento avente ad oggetto la direttiva in materia di mercato interno del gas naturale[56]. Nel pronunciarsi sulla ricevibilità del ricorso presentato dalla Nord Stream 2, il Tribunale ha stabilito che in mancanza di misure di recepimento adottate a livello nazionale la direttiva in questione non producesse sulla sfera del ricorrente effetti giuridici idonei a dimostrarne l'incidenza diretta ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE. Il ragionamento del Tribunale si è basato sulla considerazione inerente al potere discrezionale riconosciuto agli Stati membri ai fini della attuazione delle disposizioni della direttiva. In mancanza del requisito della incidenza

[55] Come noto, l'incidenza diretta si compone di due elementi: l'uno riferito alla idoneità dell'atto in questione a modificare la situazione giuridica del ricorrente; l'altro concernente il carattere meramente automatico della sua attuazione che si evince dalla mancanza di potere discrezionale riconosciuto ai destinatari dell'atto adottato delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione (Vedi sentenza del 28 febbraio 2019, causa C-465/16 P, *Consiglio c. Growth Energy e Renewable Fuels Association*, punto 69; del 5 maggio 1998, causa C-391/96 P, *Compagnie continentale c. Commissione*, punto 41; del 5 maggio 1998, causa C-404/96 P, *Glencore Grain c. Commissione*, punto 41; del 13 ottobre 2011, causa C-463/10 P, *Deutsche Post e Germania c. Commissione*, punto 66).

[56] Vedi direttiva (UE) 2019/692 del Parlamento e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che modifica la direttiva 2009/73/CE relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale. In particolare, art. 2, punto 17, direttiva 2009/73/CE come modificata dalla direttiva impugnata. In particolare, l'atto normativo in questione estende l'ambito di applicazione di alcune disposizioni sul mercato interno del gas naturale ai gasdotti di trasporto da e verso Stati terzi, prevedendo un obbligo di separazione tra sistemi di trasporto e i gestori dei sistemi di trasporto per ogni gasdotto operante tra uno Stato membro e un paese terzo.

diretta, pertanto, esso ha ritenuto di non dover esaminare anche il requisito della incidenza individuale, dichiarando irricevibile il ricorso in base alle condizioni cumulativamente richieste dall'art. 263, quarto comma, TFUE[57].

Di segno diverso è stata la pronuncia emessa dalla Corte di giustizia che ha portata all'annullamento della ordinanza del Tribunale e al conseguente rinvio allo stesso delle questioni sul merito dei vizi di legittimità dell'atto oggetto di impugnazione[58]. L'analisi della Corte di giustizia si è incentrata in modo particolare sul nesso diretto tra la direttiva in questione e l'imposizione dei relativi obblighi in capo ai ricorrenti, confutando la posizione del Tribunale secondo cui l'atto contestato lasciava un margine discrezionale agli Stati membri nella definizione dei relativi strumenti di attuazione sul piano interno. Secondo la Corte, infatti, la condizione della incidenza diretta dell'atto contestato sulla sfera giuridica del ricorrente era soddisfatta nel caso di specie poiché la conseguenza dell'entrata in vigore della direttiva in questione era di assoggettare la ricorrente ad obblighi il cui esito non poteva essere modificato dalle scelte operate dagli Stati membri negli atti di recepimento a livello nazionale[59].

Il ragionamento della Corte di giustizia sembra teso a preservare una interpretazione flessibile del requisito della incidenza diretta in modo da non duplicare il limite quasi "invalicabile" della dimostrazione della incidenza individuale, con riferimento agli atti legislativi per i quali entrambe le condizioni devono essere applicate cumulativamente. In tale prospettiva, infatti, equiparare la portata delle due condizioni nella medesima interpretazione restrittiva significherebbe esautorare lo stesso significato della duplice condizione posta dall'art. 263, quarto comma, TFUE ai fini

[57] Secondo l'organo giurisdizionale di primo grado, le disposizioni della direttiva impugnata non potevano costituire una fonte diretta o immediata di obblighi a carico della ricorrente prima dell'adozione dei provvedimenti statali di trasposizione e indipendentemente da questi, a prescindere dalla loro portata chiara e sufficientemente precisa (Vedi *supra* ordinanza del 20 maggio 2020, causa T-526/19, *Nord Stream 2 c. Parlamento e Consiglio*, cit, in particolare punti 107 e 111).

[58] Come già posto in rilievo, il ragionamento della Corte di giustizia ha preso le mosse da un approccio sostanzialistico in base al quale la forma dell'atto non può prevalere ai fini della dichiarazione di irricevibilità di un ricorso di annullamento. Il fatto che una direttiva necessita di atti di recepimento da parte degli Stati membri non preclude l'analisi della sua idoneità a produrre effetti sulla sfera giuridica dei ricorrenti (Vedi sentenza del 12 luglio 2022, causa C-348/20P, *Nord Stream 2 c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 62-70).

[59] Nel caso di specie, l'obbligo di risultato per gli Stati membri era la realizzazione della separazione effettiva delle strutture di trasporto da quelle di produzione e fornitura di gas (vedi sentenza del 12 luglio 2022, causa C-348/20P, *Nord Stream 2 c. Parlamento e Consiglio*, cit., punti 110 e 114).

della valutazione della ricevibilità dei ricorsi presentati da ricorrenti non privilegiati. Un atto a portata generale che incida direttamente su diverse persone fisiche e giuridiche, infatti, potrà essere contestato in sede giurisdizionale solo da coloro che si trovino in una posizione equivalente a quella del destinatario dell'atto[60].

Le considerazioni che precedono probabilmente spiegano il motivo per cui la condizione della incidenza diretta degli atti legislativi a portata generale non sia stata oggetto di particolare attenzione nella pregressa giurisprudenza a livello sovranazionale. In questi casi, infatti, una volta rilevata la mancanza di incidenza individuale dell'atto contestato, non si procede all'analisi della ulteriore condizione della incidenza diretta dato il carattere cumulativo della due condizioni ai fini della ricevibilità del ricorso. Solo di recente la nozione di incidenza diretta ha assunto una rilevanza interpretativa autonoma in ragione del fatto che tale condizione rimane l'unico limite alla esperibilità di ricorsi di annullamento aventi ad oggetto atti regolamentari che non comportano misure di esecuzione.

5.2. (segue) l'incidenza diretta degli atti regolamentari

Una interpretazione restrittiva della nozione di incidenza diretta avrebbe come conseguenza quella di restringere le maglie di ricevibilità dei ricorsi presentati da persone fisiche e giuridiche ai sensi dell'art. 263, quarto comma, ultima parte di frase, TFUE, sconfessando la stessa *ratio* della disposizione in parola. A questo riguardo, non sorprende come il limite della incidenza diretta stia ponendo interessanti questioni interpretative proprio con riferimento alla ricevibilità dei ricorsi aventi ad oggetto atti regolamentari che non comportano misure di esecuzione. Un esempio in tal senso è la causa *Danske Slagtermistre c. Commissione* in cui è possibile ancora

[60] A questo riguardo, appare interessante richiamare come l'avvocato generale Bobek nella causa in questione abbia rilevato come la condizione della "incidenza diretta" mira a verificare se la situazione del ricorrente sia immediatamente pregiudicata, mentre la condizione della "incidenza individuale" mira a stabilire se il ricorrente sia pregiudicato a causa di particolari circostante che lo distinguono rispetto a qualsiasi altra persona che possa essere parimenti interessata. In base a tale distinguo, egli aveva *a fortiori* rilevato come il rischio di una *actio popularis* contro un qualsiasi atto dell'Unione europea fosse escluso proprio dalla compresenza della due condizioni previste dall'art. 263, quarto comma, TFUE (Vedi conclusioni dell'avvocato generale Michal Bobek, del 6 ottobre 2021, causa C-348/20 P, *NordStream 2 c. Parlamento e Consiglio*, punti 56-57).

una volta rilevare un differente approccio interpretativo del Tribunale e della Corte di giustizia.

Nel giudizio di primo grado, il Tribunale ha dichiarato irricevibile il ricorso muovendo dall'assunto che "i giudici dell'Unione sono tenuti a verificare se quest'ultima (la ricorrente) abbia in qualche modo esplicitato le ragioni per le quali la decisione della Commissione è idonea a porla in una posizione di svantaggio concorrenziale", producendo effetti sulla sua situazione giuridica. Il ricorrente, pertanto, avrebbe dovuto dimostrare le conseguenze prodotte dalla decisione contestata sulla posizione concorrenziale dei suoi membri al fine di rilevarne l'incidenza diretta sul loro diritto a non subire distorsioni nel funzionamento del mercato rilevante[61].

Nella pronuncia di secondo grado, la Corte di giustizia ha ribaltato tale approccio interpretativo, partendo da quanto da essa già affermato nella sentenza *Montessori*. Essa, infatti, ha chiarito che "l'esame della incidenza diretta deve fondarsi non su una analisi approfondita dei rapporti concorrenziali sul mercato di cui trattasi che consenta di stabilire con precisione la portata del pregiudizio alla concorrenza, bensì su una constatazione *prima facie* del rischio che la decisione della Commissione, secondo la quale la misura nazionale di cui trattasi non costituisce un aiuto di stato incompatibile con il mercato interno, conduca ad una situazione concorrenziale svantaggiosa per la ricorrente ed i suoi membri". In tale prospettiva, il Tribunale non avrebbe dovuto contestare alla ricorrente di aver omesso di fornire "dati concreti" a sostegno della sua legittimazione ad agire perché, così facendo, ha subordinato la condizione dell'incidenza diretta ad un requisito che eccede quanto deriva dall'interpretazione data a tale condizione nella sentenza *Montessori*. Secondo l'organo giurisdizionale di secondo grado, quel che rileva per la definizione della incidenza diretta è il mero rischio che il ricorrente possa subire uno svantaggio concorrenziale[62].

---

[61] Vedi ordinanza del 1° dicembre 2020, causa T-486/18, *Danske Slagtermistre c. Commissione*, cit., punti 102-103.

[62] In altri termini, secondo la Corte, ai fini della ricevibilità del ricorso di annullamento, è sufficiente che il soggetto ricorrente illustri in modo pertinente la potenzialità di una situazione concorrenziale svantaggiosa senza entrare nel merito della dimostrazione degli effetti concreti prodotti dalla misura nazionale che configura un aiuto di stato e conseguentemente dall'atto regolamentare che consente a tale misura di espletare i propri effetti nell'ordinamento giuridico nazionale che l'ha posta in essere (Vedi sentenza del 30 giugno 2022, causa C-99/21, *Danske Slagtermistre c. Commissione,* punto 55).

La pronuncia della Corte di giustizia risulta particolarmente rilevante nella misura in cui, non soltanto precisa e chiarisce la precedente sentenza *Montessori* sulla incidenza diretta degli atti regolamentari che non implicano misure di esecuzione, ma rivolge al Tribunale un chiaro segnale volto a ribadire la necessaria ponderazione tra i limiti alla ricevibilità dei ricorsi per annullamento dei ricorrenti non privilegiati, che sono posti dall'art. 263, quarto comma, TFUE, e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva riconosciuto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

6. *La legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati tra tutela effettiva ed equilibrio inter-organico nel sistema giurisdizionale a livello sovranazionale*

Le considerazioni che precedono concernono i più recenti sviluppi giurisprudenziali relativi alla definizione del *locus standi* dei ricorrenti non privilegiati nei ricorsi per annullamento degli atti dell'Unione europea. Sebbene l'analisi svolta non possa considerarsi esaustiva in riferimento ad una giurisprudenza quanto mai ampia ed articolata, appare interessante rilevare come le più recenti sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale sembrino non coincidere pienamente in merito ad importanti questioni concernenti, *inter alia*, la definizione della nozione di persona giuridica, degli atti suscettibili di controllo giurisdizionale, del significato di atto regolamentare non comportante misure di esecuzione e della incidenza diretta degli atti contestati sulla sfera giuridica dei ricorrenti[63].

Le riflessioni inerenti a uno o all'altro orientamento giurisprudenziale non possono considerarsi avulse da considerazioni più generali che attengono alla stessa *ratio* sottesa all'articolazione delle funzioni giurisdizionali a livello sovranazionale e al loro esercizio, anche alla luce della attuale fase di riforma. Come noto, infatti, è attualmente al vaglio delle istituzioni legislative dell'Unione europea l'estensione della competenza sui rinvii pregiudiziali anche al Tribunale in ossequio a quanto previsto dall'art.

[63] Come posto in rilevo, il Tribunale sembra interpretare restrittivamente le condizioni poste dall'art. 263, quarto comma, TFUE, mentre la Corte di giustizia sembra propendere per una interpretazione degli stessi criteri più flessibile in ossequio al necessario bilanciamento tra le disposizioni del trattato relative alla legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva delle persone fisiche e giuridiche riconosciuto a livello sovranazionale.

256, par. 3, TFUE[64]. La proposta in questione costituisce l'ultimo tassello di un articolato *iter* di riforma dell'architettura costituzionale dell'Unione europea volto a garantire la buona amministrazione della giustizia a livello sovranazionale. Il suo intento è quello di rimodulare il rapporto funzionale tra i due organi giurisdizionali al fine di ridistribuire, da un punto di vista numerico, il carico di questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali[65].

Pur non essendo questa la sede per entrare nel merito di considerazioni che concernono l'impatto della riforma in atto sull'impianto del sistema giurisdizionale a livello sovranazionale, le considerazioni svolte inducono a rilevare come "l'auspicato alleggerimento del carico di lavoro della Corte" potrebbe essere ridimensionato da un approccio interpretativo che continui a definire in termini restrittivi i criteri di ricevibilità dei ricorsi di annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche. Se il Tribunale, infatti, dovesse confermare la sua tendenza ad alzare gli argini della ricevibilità dei ricorsi di annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche, la conseguenza sarebbe la restituzione alla Corte del "carico" di pronunce. Quest'ultima, infatti, dovrebbe pronunciarsi sui ricorsi di annullamento in secondo grado di giudizio ovvero sui rinvii pregiudiziali di validità, che siano sollevati su sollecitazione delle parti di un procedimento nazionale che non abbiamo potuto far ricorso al controllo di legittimità

[64] Vedi domanda presentata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 281, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di modificare il protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. A questo riguardo, occorre ricordare che l'art. 256, terzo comma, TFUE riconosce la competenza del Tribunale a conoscere delle questioni pregiudiziali, sottoposte ai sensi dell'art. 267 TFUE, in materie specifiche determinate dallo statuto. L'attuazione di quanto disposto dall'art. 265, terzo comma, TFUE richiede la necessaria modifica dello Statuto della Corte secondo la procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 281, secondo comma, TFUE, attivabile su proposta della Corte di giustizia previa consultazione della Commissione o su proposta della Commissione previa consultazione della Corte di giustizia.

[65] L'art. 256, terzo comma, TFUE (numerazione del Trattato di Lisbona) era stato introdotto già nel Trattato di Nizza non trovando, tuttavia, seguito in una effettiva riforma dello statuto della Corte di giustizia. La questione del trasferimento parziale della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia al Tribunale è stata considerata nel contesto della riforma dell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea nel 2015 ma anche in questo caso la Corte di giustizia aveva ritenuto che non fosse opportuno in quella fase operare cambiamenti in merito alla competenza pregiudiziale. Vedi relazione predisposta ai sensi dell'art. 3, par. 2, regolamento (Ue, Euratom) 2015/2422, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015. Sul tema vedi C. Amalfitano, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 489; A. Tizzano, *Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE*, BlogAisdue, 11 gennaio 2023.

diretto a causa della interpretazione restrittiva dei requisiti posti dall'art. 263, quarto comma, TFUE[66].

In tale prospettiva, la diversa portata che ciascuna condizione di ammissibilità dei ricorsi per annullamento può assumere nei giudizi rispettivamente del Tribunale e della Corte di giustizia, rischia di rendere ancora più gravosa anche la posizione delle persone fisiche e giuridiche sia nella definizione della loro legittimazione ad agire sia nei tempi di ripristino della coerenza dell'ordinamento giuridico sovranazionale che si sostanzia nel controllo di legittimità degli atti di diritto derivato adottati dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea implicanti effetti giuridici in capo agli individui.

In altre parole, il ruolo del Tribunale, quale organo deputato a conoscere i ricorsi presentati delle persone fisiche e giuridiche, rischia di essere contraddetto da una interpretazione troppo restrittiva della legittimazione ad agire da esso riconosciuta agli individui in un giudizio di primo grado. Laddove, infatti, tale interpretazione non trovasse conferma nel giudizio di secondo grado dinanzi alla Corte di giustizia, la conseguenza sarebbe il ritorno delle questioni sul "merito" al Tribunale, producendo un aggravio delle procedure per il controllo di legittimità degli atti che finirebbe con lo svilire il rapporto funzionale che intercorre tra gli organi giurisdizionali dell'Unione europea nel garantire la buona amministrazione della giustizia a livello sovranazionale[67].

[66] Come già ricordato, soltanto laddove non sia possibile per i ricorrenti non privilegiati presentare un ricorso diretto per annullamento degli atti nei tempi e alle condizioni stabilite dall'art. 263, quarto comma, TFUE, essi possono sollevare questioni di validità degli atti delle istituzioni dell'Unione europea dinanzi ai giudici che devono darne applicazione in un procedimento nazionale, sollecitando un controllo di legittimità indiretto mediante il rinvio pregiudiziale *ex* art. 269 TFUE.

[67] A questo riguardo, occorre rilevare come, secondo l'art. 61 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso di accoglimento della impugnazione di una sentenza del Tribunale da parte della Corte di giustizia, quest'ultima può statuire definitivamente sulla controversia qualora lo stato degli atti lo consenta altrimenti può rinviare la causa al Tribunale affinché sia deciso da quest'ultimo. Secondo la giurisprudenza sul punto, la Corte non può statuire in via definitiva su questioni di merito oggetto del ricorso proposto dinanzi al Tribunale laddove ciò richieda l'esame di questioni di fatto sulla base di elementi che non sono stati valutati dal Tribunale né dibattuti dalla Corte. In tale prospettiva, pertanto, quando una impugnazione avverso una sentenza del Tribunale abbia ad oggetto la dichiarazione di irricevibilità di un ricorso di annullamento presentato da ricorrenti non privilegiati, la Corte potrà statuire sulle questioni inerenti alla ricevibilità del ricorso non potendo statuire su questioni di merito che non siano state oggetto d'esame da

A questo riguardo, appare evidente come tale prospettiva sarebbe ben lungi dal realizzare quel necessario bilanciamento tra la definizione del *locus standi* dei ricorrenti non privilegiati e la tutela giurisdizionale effettiva delle persone fisiche e giuridiche avverso atti che presentino vizi di illegittimità in un sistema di garanzie basato sulla buona amministrazione della giustizia.

***

ABSTRACT: The most recent developments in case-law relating to the definition of the locus standi of non-privileged applicants in actions for annulment of measures reveal a certain divergence in the interpretation adopted by the two European Union Courts. The different scope of the General Court's and the Court of Justice's judgments in each of the conditions for the admissibility of actions for annulment is likely to make the position of natural and legal persons even more onerous both in the definition of their legitimacy to act and in terms of restoring the coherence of the supranational legal order. The purpose of this paper is to analyze the most recent case law on the definition of the locus standi of non-privileged applicants through the perspective lens of the division of competences and the inter-organic balance within the EU judicial system.

KEYWORDS: azione per annullamento - ricorrenti non privilegiati - legittimazione ad agire - protezione giurisdizionale effettiva

***

Teresa Maria Moschetta – Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre (teresamaria.moschetta@uniroma3.it)

parte del Tribunale nel primo grado di giudizio. Sul punto vedi sentenze del 30 giugno 2022, causa C-99/21P, *Danske Slagtermestre c. Commissione*, punti 64-65; del 21 febbraio 2018, causa C-326/16 P, *LL c. Parlamento*, punti 31 e 36; del 27 febbraio 2014, causa C-132/12 P, *Stichting Woonpunt c. Commissione*, punto 66; del 17 luglio 2008, causa C-521/06P, *Athinaiki Techniki c. Commissione*, punto 66; del 15 maggio 2003, causa C-193/01P, *Pitsiorlas c. Consiglio e BCE*, punto 32.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Addressing AI-driven gender discrimination: the role of the forthcoming EU AI Act and Corporate Social Responsibility*

Federica Fedorczyk

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction: artificial intelligence and gender discrimination. – 2. The EU legal framework: the regulatory gap in AI standards and the need for an autonomous category. – 3. The impact of the forthcoming EU AI Act. – 4. Why a Regulation is needed: the existing gender-based discriminations. – 5. The role of corporate social responsibility. – 6. Concluding remarks.

1. *Introduction: artificial intelligence and gender discrimination.*

The increased presence of Artificial Intelligence (AI) in our everyday lives is central to the transformation of our economy and society. AI creates new opportunities: it develops fast, and it is changing and improving many areas of our lives. However, some scholars raised serious concerns about the potential biases in dataset used by AI tools, which might result in altered predictions and connections. Indeed, such methods may be prejudicial in terms of gender, exacerbating inequalities and discrimination[1].

When we think about discrimination in AI, it rarely comes to mind to talk about gender discrimination: this side of discrimination is overlooked, but it still plays a crucial role in the new universe created by AI. Differently from race discrimination, gender discrimination arises not only from the collected data but also from the stage in which AI is designed, where female

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] To have a complete overview on discrimination and artificial intelligence, see T. Wischmeyer - T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2020; R. K. E. Bellamy et al., *AI Fairness 360: An Extensible Toolkit for Detecting, Understanding, and Mitigating Unwanted Algorithmic Bias*, in *IBM Journal of Research and Development*, 2018, 4/5; J. Burrell, *How the machine 'thinks': understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 1; T. Gebru et al., *Datasheets for Datasets. Proceedings of the 5th Workshop on Fairness, Accountability, and Transparency*, in *Machine Learning*, 2018; R. Benjamin, *Assessing risk, automating racism*, in *Science*, 2019, p. 421; S. Hajian et al., *Algorithmic bias: from discrimination discovery to fairness-aware data mining*, in *Proceedings of the 22nd ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining- Association for Computing Machinery*, San Francisco, 2016, p. 2125.

representation in the software engineering profession in global terms ranges from 3 to 7% (becoming 27% only in the United States)[2].

Researchers have noticed that human gender bias found its way to replicate itself into AI systems: in this regard, as it has been provocatively said, «AI is replicating the same conceptions of gender roles that are being removed from the real world»[3]. Indeed, AI systems are based on models that are abstract representations of complex realities where much information is not considered: «Models, despite their reputation for impartiality, reflect goals and ideology. (…) Our own values and desires influence our choices; from the data we choose to collect to the questions we ask. Models are opinions embedded in mathematics»[4].

The pre-existing biases in our society affect the way we interact and the data which are used to train machine learning system: therefore, when AI technologies are developed and trained using biased data, they allow our own biases to be confirmed and preserved[5]. As data become increasingly derived from human sources, it is more likely that AI will possess the ability to discriminate. Indeed, the biases and stereotypes found in human society, which are a result of historical or institutional discrimination, are also present in the data and will consequently perpetuate those same biases[6]. Moreover, when human bias joins forces with machine learning bias, the side effects are multiplied, and the discrimination grows exponentially.

Potentially, every element of data about humans can be affected by gender bias in AI: one of the main causes is that women are not being well

[2] World Economic Forum, *Global Gender Gap Report 2018*, 17 December 2018, available at https://www.weforum.org/reports/the-global-gender-gap-report-2018; see also I. Santoemma, *Dialogo con Marzia Vaccari - I.A., una prospettiva femminista*, in *Rivista Arel*, 2021, p. 169, where the Autor reported that according to «Evans Data Corporation, in 2019 there were 26.4 million software developers worldwide of which 4.2 million were in the US, of these only 27.5 per cent are women. Globally, the number of women employed in software development does not reach 3 per cent, for other statistical sources 8 per cent» (translated into English by the author).

[3] World Wide Web Foundation, *Policy brief W20 Argentina, Artificial Intelligence: open questions about gender inclusion*, 2018 available at http://webfoundation.org/docs/2018/06/AI-Gender.pdf.

[4] C. O'Neil, *Armi di distruzione matematica: come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Firenze - Milano, 2017, p. 33 (Italian edition of the original English version: C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy"*, New York, 2016).

[5] In this sense, see D.J. Fuchs, *The Dangers of Human-Like Bias in Machine-Learning algorithms*, in *Missouri S&T's Peer to Peer*, 2018, 1.

[6] C. Nardocci, *Artificial Intelligence-based Discrimination: Theoretical and Normative Responses. Perspectives from Europe*, in *DPCE Online*, 2023, p. 2370.

represented in the data.[7] In this regard, as Gina Neff accurately stated «women are not at the table when technologies and data systems are being built and designed […] they are less likely to be the subject of political news, they are less likely to be contacted as sources of information, they are less likely to be on Wikipedia, they are less likely to be in our dataset, they are less likely to be in medical data»[8]. Therefore, when scientist build technologies that scan for massive sources of information, data collection leaves out a huge amount of information about women: it generates unfairness and, above all, it creates results which will look like they are technologically neutral and transparent, while they are not.

Gender discrimination is also a problem of language since our language suffers from a patriarchal approach. If on one hand it is true that we cannot pretend from AI something that is still not present in the real word - for instance, if in the "real" world a male word to indicate housewives is not used, why should this word be used in the AI world? -, on the other hand, it is important to reflect on which role we would like AI to assume. Precisely because AI has more instruments and it is capable of processing thousands of data in just few seconds, it should become a vehicle through which correct the imperfections present in the "real" word, by first detecting them and second trying to eliminate them. This of course will be possible only if more inclusive data training set will be created. Otherwise, AI would play just a passive role, creating at a larger scale all the different forms of discriminations already present.

---

[7] R. Abrahams, *Alexa, does AI have gender?*, 2018, available at: https://www.research.ox.ac.uk/Article/2018-10-15-alexa-does-ai-have-gender.

[8] G. Neff, former Professor at the Oxford Internet Institute at the University of Oxford, now Executive Director of the Minderoo Centre for Technology & Democracy at the University of Cambridge, during one of her interviews available at https://www.oii.ox.ac.uk/news-events/events/oii-neff-lecture/. Moreover, see UNESCO, *Artificial intelligence and gender equality: key findings of UNESCO's Global Dialogue*, 2020, p. 44, available at https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374174: «Women make up only 17% of the biographies on Wikipedia and 15% of its editors, and there is evidence of gender bias in the language of Wikipedia entries, 26% of subjects and sources in mainstream Internet news stories are women (Who Makes the News - http://whomakesthenews.org/gmmp-campaign), there are significant gender gaps across the stages of academic publishing, citation and comment (NIH - https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7112170/), and the rather dismal figures go on, particularly looking at historical data. Women's access to and different use of ICT (phones, internet access, digital literacy, and so on) is another significant factor for the representativeness of data. In 2017 there were 250 million fewer women online (EQUALS - https://www.equals.org/post/2018/10/17/beyond-increasing-and-deepening-basic-access-to-ict-for-women)».

Furthermore, there is a significant gender disparity in the AI workforce, since gender diversity is still not balanced in STEM subjects at school or university. A labour market which fails to reflect a diverse population will inevitably exacerbate existing inequalities, since it will persist to show just one side of the coin. As stated by Simon de Beauvoir: «Representation of the world, like the world itself, is the work of the men; they describe it from their own point of view, which they confuse with the absolute truth»[9].

To invert this trend, diversification of the AI workforce will be crucial to design and realize technology which is unbiased. At the same time, there is an urgent need for research which analyses public policies and legislation related to AI which will impact on gender equality. In this regard, the first step should be to recognize the existence of a process of data discrimination that reinforce inequalities and oppression: one of the questions to be answered is therefore «how conscious of this issue citizens and public authorities who are purchasing, developing and using these systems are?»[10].

The first aim of this paper is therefore to consider the legal framework on AI through a gender lens in order to consider how existing and future measures can be used to tackle gender equality. The precondition for a similar analysis is to uncover gender inequalities which arise from the use of AI and to identify which are the relevant gaps in the state of the art that need to be addressed.

2. *The EU legal framework: just a starting point. Regulatory gap in AI standards and the need for an autonomous category*

Direct and indirect discrimination are prohibited in treaties and constitutions. When an act directly discriminates people on the basis of a protected characteristic (for instance sex or race) direct discrimination is performed; when instead an act is in theory neutral, but in practice is

[9] C. C. Perez uses this passage from the S. De Beauvoir's masterpiece The Second Sex as the preface to the introduction of her last work C. C. Perez, *Invisible Women: Data Bias in a World Designed for Men*, New York, 2019.

[10] P. Peña - J. Caron, *Decolonising AI: A transfeminist approach to data and social justice in Global Information Society Watch 2019: Artificial Intelligence: Human rights, social justice and development*, in *APC*, 2019, p. 30.

discriminating against people on the basis of protected characteristics, indirect discrimination occurs[11].

More specifically, EU law defined direct discrimination as a situation in which «one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation»[12]: in the context of algorithms, if any of their elements are not neutral towards a protected ground, direct discrimination is performed.

Instead, indirect discrimination refers to situations «where an apparently neutral provision, criterion or practice would put member of a protected category at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary»[13]. However, the implementation of the prohibition of indirect discrimination appears to be difficult since the concept of indirect discrimination results in rather open-ended standards. Indeed, it has to be proven that a decision apparently neutral affects a protected group creating a disproportionate effect and differentiating treatment ends up being non-discriminatory if there is an objective and reasonable reason, supported by a legitimate aim, to treat in a different manner similar situation[14].

It is important to highlight that, as indicated by the prevailing view among scholars, discrimination perpetrated by humans and the one arising from AI are fundamentally distinct: AI-derived discrimination merits recognition as an autonomous category, challenging the conventional distinction and dichotomous relationship between direct and indirect discrimination[15]. However, in the EU context, for a long time, the main

[11] The literature concerning algorithmic discrimination and the need for an ethical AI is boundless: most of the research on algorithmics and discrimination is focused on the U.S. context, but recently also the EU context has been deeply analysed. For instance, to cite just a few: C. V. Eubanks, *Automating inequality: how high-tech tools profile, police and punish the poor*, New York, 2018; O'Neil, *op. cit.*; E. Ellis - P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2012; S. Fredman*, Direct and Indirect Discrimination: is there still a divide?*, in H. Collins - T. Khaitan (eds.*), Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford – Portland, 2018; S. U. Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018.

[12] Art. 2(2)(a) Directive 2000/43/EC.

[13] Art. 2(2)(b) Directive 2000/43/EC.

[14] In this regard, Art. 2(2)(b) of the Racial Equality Directive 2000/43/EC prescribes that a practice will not constitute indirect discrimination if it is «is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary».

[15] For a comprehensive understanding of the rationale behind the distinct nature of AI-derived discrimination as an autonomous category, see the work of C. Nardocci, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, p. 9-60.

instrument to protect people against AI-driven discrimination has been non-discrimination law and data protection law[16]. Still, the complexity and heterogeneity of AI-based discrimination necessitates lawmakers to adapt existing anti-discrimination laws in consideration of the specific characteristics of this new kind of discrimination[17]. Indeed, for different reasons the mere ban on the use of protected characteristics is not always sufficient to prevent AI-driven discrimination[18].

First, often it is not possible to precisely know the types of data used by the software: this opacity is commonly known with the term "black box". This term has a dual meaning: the more traditional one, namely the recording device used to track movements of cars, trains, and planes; and the "new" one, the one that interests us the most: black box evokes a system whose workings are mysterious since we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other[19]. Indeed, the complexity of

[16] The references are to the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119/1 and to the various directives that address discrimination: Directive 2000/43/EC against discrimination on grounds of race and ethnic origin; Directive 2000/78/EC against discrimination at work on grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation; Directive 2006/54/EC equal treatment for men and women in matters of employment and occupation; Directive 2004/113/EC equal treatment for men and women in the access to and supply of goods and services; Directive Proposal (COM(2008)462) against discrimination based on age, disability, sexual orientation and religion or belief beyond the workplace.

[17] C. Nardocci, *op. cit.*, p. 2372.

[18] In this regard see M. Coeckelbergh, *Ethics of artificial intelligence: Some ethical issues and regulatory challenges*, in *Technology and Regulation*, 2019, p. 31. The Author contended that addressing bias presents a complex challenge. It remains unclear what precise measures should be taken to minimize bias and who should be responsible for implementing them. In cases where existing regulations are perceived as inadequate, there is a need to justify the necessity of new regulations. For instance, in the realm of data protection and privacy, as well as in the context of transparency and explainability, divergent perspectives emerge. Some argue that the General Data Protection Regulation (GDPR) offers comprehensive and enforceable legislation, Conversely, others assert that the GDPR lacks sufficient safeguards against the risks associated with automated decision-making, especially concerning explainability, since under the GDPR, individuals have a right to information, but it does not mandate complete explainability. For a deep analysis of this last point, see also S. Wachter - B. Mittelstadt - L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 99.

[19] F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015

the coding normally prevents transparency and accessibility and even when the coding itself could be transparent, often the products are protected by intellectual property law, so both developers and clients are generally uninclined to open them up to the public gaze[20].

Second, even imagining a situation in which the ban on the use of protected characteristics is complied with, the risk of discrimination is still not neutralized. Indeed, even if one does not directly use the prohibited characteristics since they are considered discriminatory, one can use other categories correlated with them, which somehow manage to circumvent the prohibition on the use of the protected categories. The reference is to proxy discrimination. In the context of AI discrimination, a proxy refers to a variable or feature that is used as an indirect or substitute measure for another characteristic that may be sensitive or protected. As stated by Prince and Schwarcz, «proxy discrimination is a particularly pernicious subset of disparate impact» that consists of a seemingly innocuous practice that however causes a disproportionate damage to individuals belonging to a protected group[21]. The issue stems from the inclusion of what are known as "redundant encodings" in the datasets. These redundancies refer to instances where membership in the protected category is encoded in other data points, and these encoded aspects ultimately correlate with the same protected category[22].

Just to cite one example, machine learning is increasingly being used by insurance companies to determine risk factors for car accidents. In the past, groups such as men and women were used as factors for measuring risk, due to the complexity and cost of gathering more granular information. However, this approach raises legal and ethical concerns, as it could be considered discriminatory and in violation of fundamental principles of equality.

Indeed, equality between men and women is a fundamental principle of the European Union: Articles 21 and 23 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union prohibit any discrimination on grounds of sex and require equality between men and women to be ensured in all areas. Therefore, gender should not be used as a relevant factor. In this regard,

[20] D. M. Taramundi, *Discrimination by Machine-Based Decisions: Inputs and Limits of Anti-Discrimination Law*, in B. Custers - E. Fosch-Villaronga (eds.), *Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, New York, 2022, p. 76.

[21] D. Schwarcz - A. E. R. Prince, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, p. 1260.

[22] S. Barocas - A. D. Selbst, *Big data disparate impact*, in *California Law Review*, 2016, p. 691.

the Court of Justice of the European Union (CJEU) in 2011 has even explicitly found that «The use of actuarial factors related to sex is widespread in the provision of insurance and other related financial services. To ensure equal treatment between men and women, the use of sex as an actuarial factor should not result in differences in individuals' premiums and benefits» (CJEU, 1 March 2011, C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats* and Others).

Still, while gender in the EU is considered a protected characteristic, and therefore cannot generally be used as a relevant factor, there is the risk that machine learning uses other indirect proxies (such as tastes and behaviours) that are correlated with gender to estimate risks. This would be the case for example if tastes for certain types of sports or cars that are held prevailingly by men are used to estimate given risks in the insurance sector[23]. In this way, the ban on the use of protected characteristics is circumvented and discrimination is still performed. Moreover, frequently, the correlation between the protected characteristic and the proxy used by the AI is ambiguous or, worse, the proxy itself is unknown[24]. Furthermore, the resultant prejudice is typically an unintended consequence of the algorithm's implementation rather than a deliberate decision made by its programmers, and, as a result, it can be particularly challenging to pinpoint the origin of the problem or provide a clear explanation[25].

Algorithms can discriminate even when they are not instructed to discriminate. In this regard, when an algorithm produces discriminatory outcomes regardless of the intention to discriminate and thus the effects are discriminatory, indirect discrimination occurs.

For instance, in the first Italian judicial decision on algorithmic discrimination, the Court of Bologna presumed the existence of indirect discrimination performed by the algorithm of Deliveroo platform in managing the delivery riders' workflows until November 2nd, 2020[26].

More specifically, the Court stated that by applying an apparently neutral provision - the contractual regulation on the early cancellation of

[23] R. Xenidis - L. Senden, *EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination*, in U. Bernitz et al. (eds.), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, The Netherlands, 2020, p. 5.

[24] C. Nardocci, *op. cit.*, p. 2373.

[25] S. Barocas - A. D. Selbst, *op. cit.*, p. 691.

[26] To have an overview on the case with a precise analysis of the possibility of framing algorithmic discrimination as a case of direct or indirect discrimination see M. Barbera, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues*, 2021, p. 3 ss.

booked sessions - a certain category of workers (and specifically those participating in trade union abstention initiatives) was put in a position of potential particular disadvantage[27].

Furthermore, it goes without saying that since machine learning algorithms have the ability to acquire their own knowledge by extracting patterns from data, the risk of indirect discrimination is even greater since there is the additional risk of reproducing existing patterns of inequality in ways unintended by their designers[28].

More specifically, there are several ways in which bias can pervade algorithmic design during the developing process: for instance, the software can reflect biases that are held by its developers[29]. Imagine an algorithm developed to find out who is the best candidate: the output would certainly depend on the definition given to the meaning of "best" and the output will vary according to it.

Prejudices can also influence the labelling process: if a white man wearing a white overall is likely to be identified as a doctor, women wearing the same dress will be more likely categorized as nurses and the externalization of similar data labelling might lead to prejudiced outcomes on a bigger scale[30].

Therefore, it is clear that algorithms cannot be considered neutral and that it is extremely difficult most of the time to detect the discrimination they perform. Risks of discrimination are indeed concealed both in the choice of the outcome that is entrusted to the algorithm and in the selection of the input information used to train it (candidate predictors), as well as in the training procedure used (including the training procedure used).

The promise of unbiased decisions remains thus just a promise and the mere fact that the decision is automated does not ensure a higher degree of objectivity.

Recently, EU provided more specific regulation on discrimination related to artificial intelligence, machine learning and robotics. In this regard, the European Parliament provided European guidelines on ethics in

[27] M. Barbera, *op. cit.*, p. 11.

[28] S. Barocas - A. D. Selbst, *op. loc. ult. cit.*

[29] S. U. Noble, *op. cit.*.

[30] On the consequences of similar stereotypes see M. Kay et al., *Unequal Representation and Gender Stereotypes in Image Search Results for Occupations,* in Association for Computing Machinery, *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing System*, New York, 2015.

artificial intelligence (2019)[31], with the aim of building a "human-centric" approach to AI, that is respectful of European values and principles. Furthermore, on 19 February 2020, the European Commission presented the "White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust", which sets out some policy objectives: for instance, to launch an EU-wide debate on the use of remote biometric identification and to require high-risk AI systems to be transparent, traceable and under human control[32].

Nevertheless, the legal framework on gender equality in the use of AI appeared far to be complete: indeed, the UNESCO report on Artificial Intelligence and Gender Equality (2020) showed that AI normative instruments or principles that successfully address gender equality are either inexistent or insufficient[33]. If fairness, countability and transparency are explicitly named, gender equality is often only implicit and gender bias are not directly address.

Gender bias, according to social psychologists[34], may have some characteristics: it can be categorized into behavioural bias (discrimination), cognitive bias (stereotypes) and emotional bias (prejudice) and it consists of the preference for or prejudice against one gender over another. The preference can be conscious or unconscious and can also affect the whole society on a structural level.

However, frequently, gender-related issues are classified under the "fairness" category, even though it is well known that fairness has more than twenty different definition and it can include many different types of discrimination[35]. Therefore, although there are some explicit references to gender equality[36], generally it is reduced into more general goals, such as inclusiveness, social good, human well-being, which just implicitly include

[31] European Commission, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, 2019, available at https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

[32] European Commission, *White paper on artificial intelligence a European approach to excellence and trust*, 2020, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

[33] UNESCO, *op. cit.*, p. 12.

[34] J. F. Dovidio - S. L Gaertner, *Intergroup bias* in S. T. Fiske - D. T. Gilbert - G. Lindzey (eds.), *Handbook of social psychology*, New York, 2010, p. 1084.

[35] C. Collett and S. Dillon, *AI and Gender: Four Proposals for Future Research*, Cambridge, 2019.

[36] A list of the normative texts which have explicit references to gender equality is provided by UNESCO, *op. cit.*, Annex 1.

women and realization of gender equality. For example, in the EU Ethics Guidelines aforementioned, the High-level expert group on artificial intelligence grouped "diversity, non-discrimination and fairness" in the same category, including in it the avoidance of unfair bias, the accessibility and universal design, and the stakeholder participation[37].

An exception in this respect is represented by the Union Network International (UNI) Global Union, which, in its 10 principles for ethical artificial intelligence, prescribes that «In the design and maintenance of AI, it is vital that the system is controlled for negative or harmful human-bias, and that any bias—be it gender, race, sexual orientation, age, etc.—is identified and is not propagated by the system»[38].

Along this line, something has recently changed also at a more institutional level, since the European Commission's Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men issued an "Opinion on AI, opportunities and challenges for gender equality"[39]. The Opinion tried to explain first how AI risks to perpetuate gender inequalities and discrimination, and second how to mitigate these risks with policy actions. Furthermore, it tried to explore how AI can contribute to reduce gender inequalities.

In particular, the Opinion detected four main areas in which AI has contributed to generate gender discrimination: education, STEM sector, recruitment and data.

In education, AI can aggravate gender stereotypes since it can develop algorithms that mirror existing stereotypes, creating in this way discriminatory practices. Therefore, EC recommends Member States to encourage women to pursue a STEM education, raising awareness on career opportunities and highlighting role models[40].

---

[37] European Commission, *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, 2019, p. 14.

[38] UNI Global Union, *Top 10 Principles for Ethical Artificial Intelligence*, available at: http://www.thefutureworldofwork.org/media/35420/uni_ethical_ai.pdf.

[39] Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, European Commission, *Opinion on Artificial Intelligence - opportunities and challenges for gender equality*, 18 March 2020, available at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/opinion_artificial_intelligence_gender_equality_2020_en.pdf.

[40] Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, *op. cit.*, p. 7.

In STEM sector, the absence of diversity within AI development and data science teams is documented[41]. The majority of computer scientists and engineers in these fields are typically white males from Western countries: their individual viewpoints, and, at times, biases could influence the process and negatively affect women[42]. Furthermore, the male predominance might inhibit women's access to the area and make it more difficult for them to stay in these sectors.

Indeed, in an environment composed primarily by men it is more likely the creation of dynamics which accept vexations or push women to abandon their career[43]. Thus, the EC recommends taking positive actions in order to attract women to STEM careers and to ensure working conditions which can make it possible to conciliate work and family life[44].

Furthermore, it is of primary importance to invite Member States and stakeholders to take measures to prevent sexism: in this regard, a first important step could be the introduction of serious and severe consequences against perpetrators[45]. Indeed, it is well-established that workplace sexual harassment contributes to increased absenteeism and turnover rates, while also diminishing overall workplace productivity and job satisfaction[46]. Despite these known detrimental effects, it continues to persist at alarming levels and often goes unreported. Promising solutions to tackle this problem appear to revolve around the implementation of robust workplace policies that expressly prohibit sexual harassment, comprehensive training programs, and a transparent complaints process

[41] See, for instance, among other, C. Botella et al., *Gender diversity in STEM disciplines: A multiple factor problem*, in *Entropy*, 2019, p. 30; B. J. Casad et al., *Gender inequality in academia: Problems and solutions for women faculty,* in *STEM in Journal of neuroscience research*, 2021, p. 13.

[42] M. Coeckelbergh, *AI Ethics*, Cambridge 2020, p. 84.

[43] In this regard, the Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, *op. cit.* reported that 56% of female technical staff in the tech industry quit their career at the mid- level point, twice the resignation rate of men.

[44] In this sense, a recent good practice can be found in the Grande École du Numérique (Paris). As stated in GEN, "Favoriser la mixité dans le secteur du numérique" (February 2017), the School aims to promote gender equality in the digital sector and ensure women have access to opportunities on offer within the field. Accredited courses are therefore tasked with ensuring at least 30% of their student intake are female. The Grande École du Numérique also promotes courses that enable mothers to enroll thanks to family-friendly timetables.

[45] Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, *op. cit.*, p. 9.

[46] European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Sexual harassment at the workplace in the European Union, Publications Office, 1999. See also C. R. Willness et al., *A meta-analysis of the antecedents and consequences of workplace sexual harassment*, in *Personnel Psychology*, 60(1), 2007, p. 127-162.

that shields employees from retaliation[47]. These measures collectively hold the greatest potential for reducing the prevalence of sexist behaviours in the workplace.

As far as recruitment is concerned, it is well known that companies use AI automated procedures to select candidates and many of them use a scoring system, based on specific requirements that are associated to positive evaluations. Risks for gender equality are connected mainly to historic bias and discrimination already existing in the real world. Moreover, due to the black box-issue, it is always difficult to discover motivations behind the hiring final decision. For these reasons, the EC recommends ensuring transparency in the HR sector concerning the criteria used in the recruitment process, since it is essential to guarantee the accessibility and at the same time to respect constitutional values, such as privacy and intellectual property[48].

The last focus is on the data, which are the primary means by which contrast gender inequality. Indeed, data must represent social diversity since high-quality data are the only possible basis for building an AI free from bias.

It is important to notice that self-learning algorithms work with correlation and often cause indirect discrimination. Therefore, the EC recommends using data disaggregated by gender and sex, in order to detect both direct and indirect discrimination against woman[49]. Moreover, Member States and stakeholders should invest in researching possibilities of non-discrimination by design. That means that regulation does not only concern the use of the AI systems, but also, and especially, the development of the technology, that should be informed the aforementioned principles from the from the outset and required their traceability at all stages[50].

In this regard, a lack of discriminatory intent is not sufficient to avoid discriminatory design: an active anti-discriminatory prospective should be adopted in the early stage of design to ensure non-discriminatory outcomes[51].

All the recommendations and steps required by the European Commission should be taken with a special attention to the monitoring

[47] J. Hersch, *Sexual Harassment in the Workplace*, IZA World of Labor, 2015.

[48] Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, *op. cit.*,p. 10.

[49] Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, *op. cit.*, p. 11.

[50] V. Dignum et al., *Ethics by Design: Necessity or Curse?*, in *Proceedings of the 2018 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society - AIES '18*, New York, 2018.

[51] To have an overview about discrimination by design see D.E. Wittkower, *Principles of anti-discriminatory design*, in *Philosophy Faculty Publications*, 2016.

phase: discrimination can affect all stages of the lifetime cycle of AI system and to detect them it is fundamental to monitor all stages (training, coding, new input data)[52].

What emerges from the analysis of the Opinion and the existing sources is the need to create a new and autonomous category dedicated to gender equality in the creation and the use of artificial intelligence. Gender equality should become not just a shade of other categories, but a primary and autonomous goal to be rapidly achieved, bearing in mind that AI can become an instrument to reveal discrimination and contrast them, instead of creating and amplifying them.

Indeed, a specific analysis on how policy and legislation should facilitate AI to work for gender equality is needed, especially to imagine an effective mutual understanding between technicians and policymakers regarding definitions of gender to build a common semantic. In other words, to tackle the main issues in an accurate manner, collaboration between policymakers, experts and technologists is crucial: ethical principles are not anymore adequate to ensure the implementation of new policies and legislations and therefore they should be accompanied by specific and context related standard directly applicable. The construction of an inclusive AI should be designed in order to ensure a dual objective, to use Villani's worlds: «First, to ensure that the development of AI technology does not cause an increase in social and economic inequality. Second to call on AI in order to reduce this. Rather than jeopardizing our individual trajectories and solidarity systems, AI must first and foremost help us to promote our fundamental rights, improve social cohesion, and strengthen solidarity»[53].

3. *The impact of the forthcoming EU AI Act*

In April 2021 the EU Commission tabled a "Proposal for a regulation laying down harmonized rules on artificial intelligence"[54] with the specific

[52] Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, *op. cit.*, p. 12.

[53] In March 2018, France presented its vision and strategy on AI. The French AI strategy is entitled *AI for humanity* and has been developed on the basis of the AI policy report, prepared by Cédric Villani, French deputy in the National Assembly. The reference is to the so-called "Villani Plan", available at https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/MissionVillani_Report_ENG-VF.pdf.

[54] European Commission, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts*, COM/2021/206 final.

object, among the others, to ensure that AI systems placed and used on the Union market are safe and respectful of existing law on fundamental rights[55].

The legal instrument of the regulation was chosen because uniform and harmonized rules for AI were needed: it was necessary to structure a market favourable to innovation, but at the same time guaranteeing citizens' rights. There was also the willingness to affirm the digital sovereignty of the European Union: that is why the Regulation was used and no room was left to Member States through the instrument of Directive. The Regulation, indeed, applies to all providers of services and goods that are sold and offered on the European market, regardless of where the providers are located.

Furthermore, the choice to use the normative tool of the Regulation to regulate AI systems in the EU was influenced by the Regulation's ability to have direct horizontal effects: EU Regulations that are sufficiently clear, precise, and relevant to the individual's situation, do not only impose obligations on EU Member States but also grants rights to individuals. Consequently, individuals can directly invoke EU law in both national and European courts, even in cases where there is no judicial remedy under national law. More specifically, the horizontal direct effect allows individuals to use EU law not only towards their State, but also towards other individuals. For this reason, the AI Act has been defined as «leap forward for horizontal artificial intelligence regulation»[56].

As outlined in the explanatory Memorandum, the horizontal nature of the proposal necessitates strict alignment with the current Union legislation: it is important to note that the Proposal guarantees alignment with the EU Charter of Fundamental Rights and the prevailing secondary Union legislation, which includes regulations on gender equality and non-discrimination[57]. Additionally, the proposal enhances existing Union regulations related to non-discrimination by introducing specific provisions aimed at reducing the potential for algorithmic bias[58].

However, at a closer look, in the original Proposal there was no further trace of gender equality, or rather, the word "gender" was only

[55] I have analyzed the aims, the structure and the evolving modifications of the AI Act in the following contribution: F. Fedorczyk, *AI legislation in flux: tracking evolving modification of the AI Act*, in *Diritti Comparati Blog*, September 2023.

[56] F. Lütz, *Gender Equality and Artificial Intelligence in Europe. Addressing Direct and Indirect Impacts of Algorithms on Gender-Based Discrimination*, in *ERA Forum*, 2022, 1.

[57] See Explanatory Memorandum of the Proposal, 1.2.

[58] See Explanatory Memorandum of the Proposal, 1.2.

mentioned once, in aforementioned explanatory Memorandum, where it was stated that the consistency of the Act is «also ensured with the EU Charter of Fundamental Rights and the existing secondary Union legislation on data protection, consumer protection, non-discrimination and gender equality»[59].

Similarly, the word "woman" was used only two times: first, in the part of the Memorandum that addressed fundamental rights and recall the need for the Proposal to enhance and promote the rights enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights, among which it is cited the equality between women and men provided by Art. 23[60]. Second, in the Recital (36), where it was claimed that an area in which the use of AI systems need special consideration is the area of employment, workers management and access to self-employment, where the recruitment process performed with the contribution of AI system may perpetuate «historical patterns of discrimination, for example against women»[61].

At a first sight, this was certainly a missed opportunity to give space to issues related to gender discrimination linked to the use of AI systems. Indeed, the fact that the first draft of the Commission missed to address directly gender equality appeared to be a serious deficiency, which mirrored the EU's inability to deal with the issue in depth. If the public sector does not decide to tackle this issue, the risk is that the private sector will create a non-homogeneous discipline, composed by non-preceptive prescriptions and standards not always respected.

However, after the Commission adopted the Proposal on 21 April 2021 and the Council unanimously adopted its General Approach on 6 December 2022, in May 2023, the European Parliament introduced some amendments, which were adopted with a substantive majority vote on 14 June 2023, giving start to the Trilogue negotiations. The Parliament's version contains different changes, among which a new attention to gender issues.

More specifically, the term "gender" or "gender equality" has been introduced in different new Recitals. First, in the provisions concerning the prohibition of AI systems that categorise natural person by assigning them to «specific categories, according to known or inferred sensitive or protected characteristics are particularly intrusive, violate human dignity and

[59] European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts*, COM/2021/206 final, p. 4

[60] See Explanatory Memorandum, 3.5.

[61] Recital (36).

hold great risk of discrimination»[62]. In this respect, explicit references have been made to Art. 21 of the EU Charter of Fundamental Rights, and to Art. 9 of Regulation (EU) 2016/769, highlighting that the sensitive or protected characteristics mentioned include, among the others, gender and gender identity.

Second, in the new Recital 28 (Amendment 56) a specific reference has been made to the right of gender equality, since AI systems classified as high risk can cause a considerable negative impact on fundamental rights protected by the Charter, among which, the right to gender equality.

Also in the Amendment 67, that aims to modify the Recital 37 concerning high risk AI systems used to evaluate the credit score of natural persons in the access to and enjoyment of certain essential private and public services, the word "gender" is included.

Furthermore, some changes have been made also in the Articles of the Regulation. The Parliament introduced a new Art. 4 a) entitled "General principle applicable to all AI systems" in which it is stated that all operators falling under the Regulation shall make their best efforts to develop and use AI systems and foundation models in accordance with some core principles of the Union, among which «diversity, non-discrimination and fairness», and that AI systems should be developed and used «in a way that includes diverse actors and promotes equal access, gender equality and cultural diversity»[63].

Another important provision is the new Art. 4 b) about "AI literacy"[64]. It states that the Union and the Member State shall act to ensure the development of a sufficient level of AI literacy, also by ensuring proper gender balance[65]. Similarly, the new Art. 57 a), in regulating the composition of the management board of the new AI Office, provides that the appointment of members and substitute members shall take into account the need to gender balance. These new provisions highlight the need to address the gender gap and the lack of diversity in the AI field. The

[62] Amendment 38, Recital 16a (new).

[63] See Art. 4 a (new).

[64] See Art. 4 b (new).

[65] In this respect, it is worth mentioning also the new Recital 9b concerning "AI literacy" that states: «it is therefore necessary that the Commission, the Member States as well as providers and users of AI systems, in cooperation with all relevant stakeholders, promote the development of a sufficient level of AI literacy, in all sectors of society, for people of all ages, including women and girls, and that progress in that regard is closely followed».

importance of gender balance lies in it being a prerequisite for diversity in opinions and the drafting of guidelines[66].

Finally, the Amendment proposed for Art. 69 explicitly states that Codes of conduct shall gave considerable consideration about the way in which the use of AI systems may have an impact or can increase diversity, gender balance and equality[67].

These new provisions mirror the willingness to incorporate a gender equality perspective into the AI Act and can be considered a step forward from the initial EU Commission's version. At the same time, they also prove that significant work still needs to be done to include women in this field and that more technical and sector specific regulations should still be created.

In December 2023, the forthcoming EU AI Act reached a new and almost final version following trilogue negotiations. However, the text was not made public until January 22, 2024, when an unofficial draft was published.

A first analysis of the text does not indicate any steps forward, but rather shows that steps backward have been taken, particularly concerning gender balance. The provision emphasizing the importance of gender balance in the new AI Office's board composition seems to be disappeared, as well as the reference to gender balance in Article 4b) on AI literacy. The term "gender balance" can now be found only in Recital 81 on codes of conduct, with no explicit reference in the main body of the Regulation, except in the related Article 69 on codes of conduct where the reference is on gender equality.

While this text is not final, and the official presentation by the EU institutions is still pending, it seems that there is still an urgent need, primarily at the legislative level, for provisions that establish precise requirements to ensure the respect of gender equality in the context of addressing algorithmic discrimination[68] and to ensure gender balance in AI governance.

[66] In this sense, see also the Opinion of the European Committee of the Regions, *European approach to artificial intelligence Artificial Intelligence Act (revised opinion)*, COR 2021/02682, OJ C 97, 28.2.2022, p. 60-85.

[67] Amendment 634 to Art. 69.

[68] F. Lütz, *op. cit.*, p. 47.

4. *Why a Regulation is needed: the existing gender-based discriminations*

There are already many examples which reveal that gender discrimination in AI is nowadays a real issue and therefore needs an urgent answer.

Notably, gender bias exhibited by AI systems is prominently observed across various components of Natural Language Processing (NLP) and the present analysis will primarily focus on describing instances of gender-based AI discrimination within the realm of NLP[69].

The intricacies of NLP systems, spanning the training data, linguistic resources, pretrained models (such as word embeddings), and underlying algorithms, can be susceptible to harboring gender biases[70]. NLP systems that exhibit bias in any of these components have the potential to generate predictions that are skewed towards a particular gender, and in some cases, may even exacerbate biases that already exist in the training data. Therefore, the growing dissemination of gender bias in NLP systems presents a risk of perpetuating harmful stereotypes in subsequent applications that have tangible repercussions in the real world.

Starting with one of the simplest examples, it can be easily demonstrate just using Google Translate: the translation from English to Turkish language (which is a gender-neutral language)[71] and back to English of same expressions as "She is the president" or "He is cooking", turned out to be "He is the president" and "She is cooking". In the first translation from English to Turkish, the gender pronouns were lost because the Turkish language is gender-neutral; but in the second translation, where Google Translate had the task of assigning pronouns to the jobs, the automatic result was inverted, with clear gender bias[72]. Even if recently this

[69] To have an overview on gender bias and Natural Language Processing see T. Sun et al., *Mitigating Gender Bias in Natural Language Processing: Literature Review, in Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics*, available at https://aclanthology.org/P19-1159/.

[70] J. Zhao et al., *Gender Bias in Coreference Resolution: Evaluation and Debiasing Methods*, in *Proceedings of the 2018 Conference of the North American Chapter of the Association for Computational Linguistics: Human Language Technologies*, New Orleans, 2018.

[71] A genderless language is a natural or constructed language that has no distinctions of grammatical gender. See Y. Suleiman, *Language and Society in the Middle East and North Africa*, Abingdon, 1999.

[72] The present experiment was reported in November 2017 by Quartz Magazine and analysed by G. Wellner - T. Rothman, *Feminist AI: Can We Expect Our AI Systems to Become Feminist?*, in *Philosophy & TechnologyPhilosy*, 2020, p. 191. On the same topic see also

bias has been corrected, other biases have even more recently emerged and reported by the social media Twitter in March 2021, regarding other languages characterized by neutral pronouns, such as Finnish and Hungarian. As a result of the media hype surrounding the re-sharing of this news, these latter biases have also been corrected. These examples are interesting because they demonstrate how human intent can drive AI to shift from being a tool for discrimination to one that respects gender equality[73].

To better understand how these kinds of bias appeared, it is necessary to talk about "word embeddings". Word embeddings are a list of numbers that encode information about words meaning and usage: algorithms learn these values by being given a range of training data composed by text, where words are used in their natural context. Normally, it is possible to compare these values in order to determine how are related two or more terms: however, if language models are trained on data that makes assumptions about the roles of men and women – amplifying gender biased perception – they can start to get wrong ideas and produce translations that project gender even when the original language does not specify one[74].

In order to further support this thesis, it is possible to take a simple test on a word embedding tool[75], which is able to find out solutions related to words: for instance, putting the inputs "Berlin" is to "Germany" as "Paris" is to "?", it will find out that the solution is "France".

At the same time, if we put "woman" is to "housewives" as "men" is to "?", the result will be "schoolteacher".

Similarly, showing the sexism behind the machine, when giving inputs "slut", the male result will be "douchebag", which notably means just "unpleasant person"[76].

Another experiment was made in 2013 through the communication campaign to raise awareness and combat sexist stereotypes performed by

M. Prates et al., *Assessing gender bias in machine translation: a case study with Google Translate*, in *Neural Computing and Applications*, 2020, p. 6363.

[73] C. Nardocci, *Dalla parola che discrimina alla parità nel linguaggio, la dimensione sovranazionale*, in M. Brambilla - M. D'Amico - V. Crestani - C. Nardocci (eds.), *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, Milano, 2022, p. 53 ss.

[74] A. Akarov, *Did You Just Assume My Vector? Detecting Gender Stereotypes in Word Embeddings*, in W.M.P. Van der Aalst. et al. (eds.), *Recent Trends in Analysis of Images, Social Networks and Texts*, New York, 2021.

[75] Available at https://rare-technologies.com/word2vec-tutorial/#bonus_app, which uses the word2vec model trained by Google on the Google News dataset on about 100 billion words.

[76] Definition provided by Cambridge Dictionary.

Google: UN Women (the United Nations agency for women's rights) exposed the sexist phenomenon of Google's autocomplete function: in particular, when writing on the bar statements such as "Women should…" the suggestions were "stay at home"; "be slave"; "be in the kitchen"; "not speak in the church"; while entering "Women shouldn't…" the results were "have rights"; "vote"; "work"; "box"; and to the question "Women need to…" the answers were "be put in their place", "know their place", "be controlled", "be disciplined". Christopher Hunt, the Art Director of the creative team, stated that: «When we came across these searches, we were shocked by how negative they were and decided we had to do something with them»[77]. Therefore, they had the idea to put the text of the Google searches over the mouths of women portraits, as if to silence their voices[78].

For UN Women, the searches confirm the urgent need to continue making the case for women's rights, empowerment and equality, a cause the organization is pursuing around the world. This was in a second moment echoed by the "Global Voices community", an international network of bloggers and volunteer citizen reporters, who carried out the same research in 12 languages and from different continents, discovering similar conclusions.

One more example came from a recent University of Virginia and University of Washington study[79], which revealed that two image-recognition software programmes, including one supported by Microsoft and Facebook, are keen to associate photos of kitchen with women, even if the one represented in the picture is a man: the result was that the programme labelled a man as a "woman" just because he was at the stoves.

The main damage produced by these kinds of bias is that they are breeding ground for further discriminations, because current software programmes are trained on old ones. Therefore, they learn further associations and they will reproduce the same bias on a larger scale.

Indeed, if major tech companies replicate these altered connections, that will affect the normal function of all home assistants with cameras (like

[77] Reported by J. Yap in the article *These ads show you that sexism is still widespread in the society today available* at: https://vulcanpost.com/2219/these-ads-show-you-that-sexism-are-still-widespread-in-the-society-today/.

[78] The portraits are available at: https://www.unwomen.org/en/news/stories/2013/10/women-should-ads with a brief description of the experiment.

[79] See J. Zhao et al., *Men Also Like Shopping: Reducing Gender Bias Amplification using Corpus-level Constraints*, in *arXiv preprint arXiv:1707.09457*, 2017. The authors' analysis reveals that over 45% and 37% of verbs and objects exhibit bias toward a gender greater than 2:1.

Portal + by Facebook or Amazon Look), the social media targeting and also the automated recruitment process.

With reference to the latter one, nowadays companies use AI assisted procedures to review job applicants' curricula and to preselect potential candidates. As said before, due to the black box-issue, motivations behind the final decision are often hidden[80]. Therefore, issues concerning gender equality in the hiring process might remain unnoticed or very difficult to prove, even though several studies have already shown that women are negatively affected by automated recruitment process[81].

For instance, it has been found that a machine-learning algorithm used by Amazon to select the best candidates for interviews favoured male candidates[82]: indeed, the CVs used for training came from previous applicants who were predominantly male. In this regard, if the data incorporated into the algorithm process lacks population diversity, results will be certainly based on stereotypes, according to the general principle that "if you put garbage in you get garbage out". In this case, given the little number of women hired and working Amazon in the last ten years, the algorithm easily noticed the male supremacy, recognizing in it a factor of success and therefore replicate it in the hiring process[83].

---

[80] For a complete analysis of the black box issue related AI see to Y. Bathaee, *The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018, p. 889.

[81] On this topic, see the report of The EU Mutual Learning Program in Gender Equality Artificial Intelligence and Gender Biases in Recruitment and Selection Processes - online seminar - 12-13 November 2020 available at https://ec.europa.eu/info/publications/artificial-intelligence-and-gender-biases-recruitment-and-selection-processes-online-seminar-12-13-november-2020_en. In particular, to have an overview on the Italian situation, it is possible to examine the Comments paper of Italy.

[82] The news was firstly reported by Reuters (J. Dustin, *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*, 2018) and further analysed by M. D. Dubber - F. Pasquale - S. Das, *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, Oxford, 2020 and L. Devillers et al., *AI & Human Values* in B. Braunschweig et al. (eds.), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, New York, 2021.

[83] To have an in-depth examination of some substantial cases concerning discriminatory protection with respect to the use of algorithms within the decision-making processes developed by the public administration or private actors see G. Capuzzo, *"Do Algorithms dream about Electric Sheep?" Percorsi di studio in tema di discriminazione e processi decisori algoritmici tra le due sponde dell'Atlantico*, in *Medialaws*, 2020, p. 102. Since case-study on this field is broad, the Author decided to focus on two categories: the selection of employees and students, and online advertising.

This kind of bias is strictly related to the so-called historical bias, according to which if in the past more males were selected for high position jobs, advertisements of high position jobs will be shown mainly to males[84], generating a tangible disparity of access to information. Therefore, if gender bias affects both automated HR recruitment and HR development – which usually target and hire mostly men – the chances to obtain equality between woman and men in the labour market are increasingly distant[85]. In this sense, discrimination is a real danger: if women in a company have not held managerial positions in the past, they will not even be able to influence the data set that will determine who will do so in the future[86]. In this regard, the workers' advocacy group Upturn published a comprehensive report on the problems with recruitment algorithms, urging that «concrete steps be taken to identify and remove their biases»[87].

In this context, segregation in education and work (namely concentration of women or men in certain jobs) is another serious issue: it has actually increased since 2010 both in EU – where only two out of ten ICT jobs are held by women – and in the US, where notably the top tech companies are dominated by man[88].

The lack of female presence in the workplace has serious consequences, which in the case of AI development are multiplied, because algorithms can spread discriminations on a massive scale at a rapid pace.

---

[84] A. Köchling - M.C. Wehner, *Discriminated by an algorithm: a systematic review of discrimination and fairness by algorithmic decision-making in the context of HR recruitment and HR development*, in *Bus Res*, 2020, p. 795.

[85] As shown by the Gender Equality Index developed by the European Institute for Gender Equality (EIGE), with a score of 67.9 out of 100, the EU is at least 60 years away from reaching complete gender equality. EIGE's Gender Equality Index shows that advances in gender equality are still moving at a "snail's pace", with an average improvement of just half a point each year. Gender Equality Index 2020 was acknowledged as a reliable measurement tool for gender equality in the European Union, in an audit carried out by the European Commission's Joint Research Centre.

[86] F. Pasquale, *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale*, Roma, 2021.

[87] M. Bogen - A. Rieke, *Help Wanted: An Examination of Hiring Algorithms, Equity and Bias, Upturn*, Washington, 2018, available at: https://www.upturn.org/static/reports/2018/hiring-algorithms/files/Upturn%20--%20Help%20Wanted%20-%20An%20Exploration%20of%20Hiring%20Algorithms,%20Equity%20and%20Bias.pdf.

[88] See J. Dastin, *op. cit.*.

Therefore, bias resounds beyond the workplace into the entire world[89], and part of the negative consequences are extremely evident in the case of voice assistants. They are nowadays everywhere: they help people control their homes, they help workers do quicker their job and they are interlocutors of a large number of people. Indeed, personal digital assistants are at our disposal, always ready to help us solve our problems while tracing our user preferences[90]. Often, they are developed through an anthropomorphizing process in order to create the illusion to be capable of a human dialogue. Although voice assistants seem a new creation, they have been with us since a long time: one of the first chatbots able to perform a natural language process application was introduced already in 1966, with the name (once again feminine) of Eliza. Eliza had the specific aim to act as a psychotherapist, giving responses which made the users feel they were talking to a human who understood their inputs and problems. The resulting bot was designed to undertake real interactions with human based on simulation, so that the virtual therapist thinks about the question by turning back the same question to the patient[91]. Since this first experiment, the world of virtual assistants has been incredibly increased and nowadays they can be divided in general and specialized[92]. The former – like Siri, Cortana, Alexa – is usually integrated into our computers or mobile phones in order to assist us in sending emails, making calls and setting reminders; the latter operates in very specific domains for very specific tasks, like, for instance, SuperFish, which is a language learning chatbot used to teach English at scale[93].

[89] S.M West - M. Whittaker - K. Crawford, *Discriminating Systems: Gender, Race and Power in AI*, AI Now Institute, 2019, available at https://ainowinstitute.org/discriminatingsystems.pdf.

[90] For an interesting analysis on this topic, see P. Costa, *Conversing with personal digital assistants: on gender and artificial intelligence*, in *Journal of Science and Technology of the Arts*, 2018, p. 59.

[91] To have a complete overview on the history of Eliza see C. Bassett, *The computational therapeutic: exploring Weizenbaum's ELIZA as a history of the present*, in *AI & Society*, 2019, p. 803.

[92] R. Dale, *The return of the chatbots in Natural Language Engineering*, 2016, p. 811.

[93] As reported from the official website (http://www.superfishai.com/index-en.html), for the last 3 years over 100 thousand students from 450 schools have used SuperFish InteliClass™. It provides a simple solution to rural areas in China where there is a shortage of quality English teachers. According to official report from Chinese government, at least 100,000 English teachers are needed to fill the gap. The company's approach is to employ AI technology to deliver a simple, standardized English learning platform for teachers, students, parents and administrators. To pursue its goal, SuperFish uses a chatbot named Computer-Assisted Language Learning (CALL). CALL software

Mainly focusing on the general ones, it appears that they have been developed through an anthropomorphizing process which results in female gender: they are given human traits, voices and avatars which ended to be female, and this choice was anything but random. The predominance of female AI voice assistants has proven to be strictly connected to the fact they are considered more "humble", "respectful" and "helpful": user research data indicated that people preferred to talk to a female "persona" and that they preferred a woman in a subservient assistant type role[94]. This is a direct consequence of existing gender stereotypes: our society expects women to cover certain type of job, according to their expected personal characteristics: historically women have filled the role of assisting and establishing calls and communications, or the role of nurses or secretaries. This stereotypical image of a women "born to care", to assist or to have a general altruistic behaviour was translated in the AI world, where virtual assistant – which ontologically operates in context of service – are designed to be female, based on the assumption that women possess a natural affinity for service work and emotional labour[95]. At the same time, the strong presence of female virtual assistants has created in the virtual world the same context of violence and abuses present in the real world. Indeed, when it is added a pronoun to the virtual assistant and that pronoun is "she", abusing conversations increased, as well as when it is added a female voice or an avatar with a female face[96].

In this regard, especially in the recent past, often the behaviour of general voice assistant confirms the stereotyped expectations about gender, as they tended to have a submissive "personality". It has been found that some female voice assistants remained impassive in the face of sexist insults

combines speech recognition, artificial speech, and interactive teaching techniques with the convenience of mobile phones and tablets. The effectiveness of CALL software has been demonstrated in numerous academic studies, and its popularity with students, teachers and administrators has also been shown as well.

[94] In this sense, P.L. Frana - M. Klein (eds.), *Encyclopedia of Artificial Intelligence: The Past, Present, and Future of AI*, London, 2021, p. 158; M. D. Dubber - F. Pasquale - S. Das, *op. cit.*, p. 260.

[95] See H. Hester, *Technology Becomes Her*, in *New Vistas*, 2016, p. 46.

[96] A. Piper, *Stereotyping femininity in disembodied virtual assistants*, Graduate Theses and Dissertations 15792, Iowa State University, 2016, p. 58-62. On this topic see also C. Nass et al., *Are Computers Gender-Neutral? Gender Stereotypic Responses to Computers*, *in Journal of Applied Social Psychology*, 2006, p. 12; J.R. Bookwalter, *Siri Says the Darndest Things: 50 Questions for Apple's Virtual Assistant*, in *Macworld*, available at http://macworld.com/article/2915908/siri-says-the-darnedest-things-50-questions-for-apple-s-virtual-assistant.html, 2015.

or even consider sexist comments as compliments. For instance, in 2017 Siri was used to reply: "I'd blush if I could" to "You are a slut", while Alexa considered it as normal feedback[97].

These shocking results, as well as the predominance of female voice assistants and their subservient personalities, can be attributed to the fact that they are designed by teams that are overwhelmingly male. Indeed, according to the World Economic Forum 2018 Global Gender Gap Report, only 22% of AI professionals globally are female[98]. As mentioned above, if the design stage of AI tools is dominated by man, gender discrimination would be always more likely to be generated: the lack of diversity in design teams causes a lack of democracy in establishing which forms of AI are appropriate and how they can be created and used in ways that respect minority rights. Indeed, the persistent under representation of women in ICT, and in AI in particular, contributed to create a much broader gender segregation in the labour market. In this regard, we can assist to a sort of vicious circle: major startups are funded by Venture capital investment (VC), however only 2% of the startups that receive VC funding are led by female founders[99]. One of the main reasons seem to be connected to the fact that investors are predominantly males, who tend to prefer and invest in males rather than in women while, on the contrary, female VCs are twice as likely to invest in female founders[100]. In a nutshell, if more male-led companies are funded, more male-led companies would have success and

[97] L. Fessler, *Voice Assistant Responses to Sexual or Gender-Based Harassment*, in *Quartz*, 2017.

[98] Global Gender Gap Report 2018, published on 17 December 2018 and available at https://www.weforum.org/reports/the-global-gender-gap-report-2018. Furthermore, only 22% of AI programmers are women. See European Commission, Striving for a Union of Equality, the Gender Equality Strategy 2020-2025, 2020, available at: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_en#gender-equality-strategy-2020-2025.

[99] Crunchbase data show that not only did total funding to female-led startups fall in the last years, but the proportion of dollars to female-only founders also declined, to 2.3 percent, compared to 2.8 percent in 2019 (complete report available at https://about.crunchbase.com/wp-content/uploads/2020/03/Funding-To-Female-Founders_Report.pdf).

[100] In this sense, see the PitchBook-All Raise Report, *All In: Women in the VC Ecosystem, sponsored by Microsoft for Startups and Goldman Sachs' Launch With GS*, 2019, p. 24-25. On this topic, an interesting experiment was carried out by A. W. Brooks et al, *Investors prefer entrepreneurial ventures pitched by attractive men*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2014, p. 4427.

more VCs will choose to fund mainly male-led companies. Therefore, gender stereotypes are reinforced, and woman's representation decrease[101].

An increase in diversity in the AI sector could accelerate solutions to issues related to gender discrimination. To solve or at least reduce this problem, a team of researchers, sound designers and linguists in an initiative called Equal AI developed the first genderless voice assistant, which present itself with the following presentation: «Hi, I'm Q, the world's first genderless Voice Assistant. Think of me like Siri or Alexa but neither male nor female. I'm created for a future where we are no longer defined by gender but rather how we define ourselves. My voice was recorded by people who neither identify as male nor female and then altered to sound gender neutral putting my voice between 145 and 175 Hertz, arranged defined by audio researchers. But for me to become a third option for voice assistance, I need your help share my voice with Apple Amazon Google and Microsoft and together we can ensure that technology recognizes us all. Thanks for listening. Q»[102].

This kind of experiment could surely contribute to reduce discrimination about female gender and bring AI back to its nature: an entity without gender. Indeed, the creator of Q explicitly explained that «Another goal of Q is to give businesses an option to challenge gender stereotypes».

In any case, it is essential to bear in mind that current algorithms exist because there is gender discrimination along the axis of power that allows one gender to prevail over the others. This was (and still is) the model that inspires the architecture of modern artificial intelligences and ICT technologies are its pragmatic realisation. The gender bias is at work in the new forms of algorithmic discrimination in many applications, where the human possibility of establishing the parameters of standards is masked and reduced to a black box, which, once inserted into the interpretative scheme, can make AI racist and sexist[103].

Since bias can be introduced into the algorithm during the data preparation phase, the most delicate moment is the selection of the criteria to be evaluated by the algorithm. In the case of an AI that wants to determine the risk of bank default, for example, one criterion could be the

[101] This analysis was made by P. Fund, in the Annual Meeting of the New Champions (2019) and reproduced in the article *This is why AI has a gender problem*, World Economic Forum, 2019, available at https://www.weforum.org/agenda/2019/06/this-is-why-ai-has-a-gender-problem/.

[102] See the official page of Q at https://www.genderlessvoice.com

[103] In this sense, see M. Vaccari, *Appunti di femminismo digitale #2 Algoritmi*, Independently Published, 2021.

age, income or number of loans already requested by the customer. In the case of an algorithm used to recruit, the criteria might be the candidate's level of education, gender, or years of experience. The choice of which criteria to consider or ignore may significantly influence the predictive ability of the model. The problem is that the impact on prediction accuracy is easy to measure, whereas the impact on polarization is not. Polarization is the "correctness" of the algorithm and is different from precision. For example, if the algorithm predicts that a male candidate would be more likely to be hired, it may be right, but only because the historical data used at the time showed such a trend, being the consequence of an existing gender-bias then replicated by the algorithm.

Many experts point out that the best antidote to the algorithmic vicious circle of prejudice is the adoption of *ad hoc* company policies[104]. Policies should recognize the risk of discrimination and subject algorithms to continuous scrutiny: firstly, by preventing AI from working with potentially discriminatory targets and attributes, and secondly, by preventing it from being trained with biased data. However, the problem is subtle, as underlined by D'Amico: «to make AI and its language more sensitive to the perspective of gender is not enough to rethink datasets by adding or removing data. Overcoming the stereotypes employed by AI technologies is not easy for at least two reasons: AI reflects the biases present in the social fabric; its operation is not easily controllable. Algorithms are the sole property of those who programmed them and, in the most complex cases, programmers are unable to control how such technologies work to correct possible malfunctions»[105].

it may be necessary to scrutinize the output of the algorithm *ex post* to assess whether the results are biased in any way. It is therefore crucial that all links in the chain are aware awareness of this issue: those who develop the algorithms, those who offer them and those who then adopt them in their organizations[106].

[104] Reported by A. Longo - G. Scorza, *Intelligenza artificiale. L'impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Milano, 2020, p. 126.

[105] M. D'Amico, *Linguaggio discriminatorio e garanzie costituzionali*, in Rivista AIC, 2023, p. 245. The original text is in Italian and has been translated in English by the author.

[106] A. Longo - G. Scorza, *op. cit.*, p. 127.

5. *The role of corporate social responsibility: good and bad practices*

In both the corporate and academic world there is an abundance of definition of social corporate social responsibility (CSR)[107]. To cite just a few, CSR: «is the continuing commitment by business to behave ethically and contribute to economic development while improving the quality of life of the workforce and their families as well as the local community and society at large»[108] or «is the voluntary assumption by companies of responsibilities beyond purely economic and legal responsibilities»[109] or, again, «can be defined as the set of practices and behaviours that firms adopt toward their labour force, towards the environment in which their operations are embedded, towards authority and towards civil society»[110].

Therefore, in a nutshell CSR is an instrument through which companies go beyond mere adherence to legal requirements and instead, incorporate socially responsible practices into their fundamental values. Indeed, this is the concept also embraced by the EU, that sees CSR as: «a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis. It is about enterprises deciding to go beyond minimum legal requirements and obligations stemming from collective agreements in order to address societal needs. Through CSR, enterprises of all sizes, in cooperation with their stakeholders, can help to reconcile economic, social and environmental ambitions. As such, CSR has become an increasingly important concept both globally and within the EU, and is part of the debate about globalisation, competitiveness and sustainability»[111].

[107] To have a critical overview about the numerous efforts to bring about a clear definition of corporate social responsibility see A. Dahlsrud, *How Corporate Social Responsibility Is Defined: An Analysis of 37 Definitions*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2008, 1.

[108] R. Holme et. al (World Business Council for Sustainable Development), *Corporate Social Responsibility: Making Good Business Sense*, Geneva, 2000.

[109] M. G. Piacentini et al., *Corporate social responsibility in food retailing*, in *International Journal of Retail and Distribution Management*, 2000, p. 459.

[110] T. Foran, *Corporate Social Responsibility at Nine Multinational Electronics Firms in Thailand: a Preliminary Analysis*, report to the California Global Corporate Accountability Project (Nautilus Institute for Security and Sustainable Development), 2001.

[111] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, *Implementing the partnership for growth and jobs: making Europe a pole of excellence on corporate social responsibility*, COM/2006/136 final.

In recent years, there has been a growing trend among companies to actively address the gender equality agenda and including it within their CSR programmes: indeed, it is increasingly recognized that advancements in gender equality in the field CSR can contribute to broader gender and sustainability goals set by the EU[112].

It is also believed that developments in board gender diversity (BGD) have a considerable positive impact on CSR rating, performance, and reporting[113], at the point that the term "gendered social responsibility" (GSR) has been created, referring to the incorporation of gender equality objectives into the social responsibility practices[114].

Therefore, BGD and CSR tend to be interrelated. In this respect, for instance, also the EU has recently taken a step forward improving the gender balance in corporate boards. Already in 2012, the Commission proposed the adoption of the Directive on improving the gender balance among non-executive directors of listed companies and in 2022 a political agreement was reached between the European Parliament and the Council on the point[115].

---

[112] K. Grosser, *Corporate Social Responsibility and Gender Equality: Women as Stakeholders and the European Union Sustainability Strategy*, in *Business Ethics: A European Review*, 2009, p. 290.

[113] See, for instance, K. Baker et al., *A bibliometric analysis of board diversity: current status, development, and future research directions*, in *Journal of Business Research*, 2020, p. 232, who analyzed how women are more driven toward philanthropic activities, improving firm performance and CSR implementation. See also M. C. Pucheta-Martínez et al., *Corporate governance, female directors and quality of financial information*, in *Business Ethics: A European Review*, p. 363. and S. Escamilla-Solano et al., *Disclosure of gender policies: do they affect business performance?*, in *Heliyon*, 2022, 1.

[114] E. Velasco et al., *Guía de buenas prácticas en responsabilidad social de género*, Madrid, 2014.

[115] «The agreed Directive will ensure that gender balance in corporate boards of listed companies is sought across the EU, while allowing for flexibility for Member States that have adopted equally effective measures. This flexibility will allow for the suspension of the procedural requirements set out in the Directive. The main elements of the Directive are: 1) At least 40% of the underrepresented gender must be represented in non-executive boards of listed companies or 33% among all directors. Member States have to ensure that companies strive to achieve this objective. Those companies that do not achieve those objectives must apply transparent and gender neutral criteria in the appointment of directors and prioritise the underrepresented sex where two candidates of different sexes are equally qualified. 2) Clear and transparent board appointment procedures with objective assessment based on merit, irrespective of gender. The selection procedure of non-executive directors will need to comply to the following binding measures: a) where two candidates of different sexes are equally qualified, preference shall be given to the candidate of the underrepresented sex, in companies where the target for gender balance is not

In this respect, the issue of BGD, CSR and private sector accountability for gender equality appears to be extremely important in the present moment[116]. This relevance arises not just from the European Union's requirement for companies to actively support gender equality efforts but also due to the increasing influence of the private sector in shaping social governance. Indeed, the role of governments as the only source of authority concerning regulation has been transformed[117].

In terms of regulatory sources, there has been a shift away from the monopoly of state legislation, moving towards a system of internal legal pluralism[118]. This includes various forms of regulation such as soft law, contracts, standards, and CSR. These changes have emerged from processes like privatization, which is often described as the "hollowing out" of government (as coined by Rhodes in 1996), or a shift in the balance of governmental roles from "row" to "steer", as articulated by Osborne and Gaebler in 1992.

achieved; b) companies must disclose their qualification criteria should the unsuccessful candidate request it. Companies are further responsible to prove no measures were transgressed, if there is suspicion that an unsuccessful candidate of the underrepresented sex was equally qualified; c) companies must undertake individual commitments to reach gender balance among their executive directors; d) companies that fail to meet the objective of this Directive must report the reasons and the measures they are taking to address this shortcoming; e) member States' penalties for companies that fail to comply with selection and reporting obligations must be effective, proportionate and dissuasive They could include fines and nullity or annulment of the contested director's appointment. Member States shall also publish information on companies' that are reaching targets, which would serve as peer-pressure to complement enforcement ("faming" provision)». See the Press Release of the European Commission available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_3478.

[116] K. Grosser, *op. cit.*, p. 290.

[117] K. Grosser - J. Moon, *Gender mainstreaming and corporate social responsibility: reporting workplace issues*, in *Journal of Business Ethics*, 2005, p. 327.

[118] This transformation has been addressed by C. Scott and described as the rise of the post-regulatory State: «state of mind which seeks to test the assumptions that states are the main loci of control over social and economic life or that they ought to have such a position and role. In the age of governance regulatory control is perceived as diffused through society with less emphasis on the sovereign State. This preliminary investigation of the legal dimension to the post-regulatory State is a long way from asserting the unimportance of law to contemporary regulation. At a descriptive level the analysis offers a wider array of norm-types and control mechanisms relevant to understanding regulatory governance than is common in functionalist analyses of the regulatory State. Normatively the analysis is suggestive of alternative functions for law to asserting command». See C. Scott, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post Regulatory State*, in J. Jordana - D. Levi-Faur (eds.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, 2004, p. 145 ss.

Within this context, the convergence of the CSR agenda with the increased prominence of gender-related concerns, and the subsequent corporate commitment to advancing the empowerment of women and girls, proves to be of utmost importance[119].

However, the emergence and the dominance of AI introduces a new dimension of concern where the progress made in gender equality policies may face potential setbacks. As mentioned in the previous paragraph, algorithmic discrimination tends to be more nuanced and less conspicuous than human discrimination. Hence, despite the adoption of GSR practices, the use of AI has the potential to give rise to a new type of gender discrimination that should be specifically addressed: AI-driven gender discrimination.

Indeed, there are a wide range of examples which reveal that gender discrimination in AI is nowadays a reality and this reality is particularly evident mainly in the top-tech companies. In addition to the example reported on §4 about recruitment automated processes[120], a recent study has proved that the major facial recognition systems are seriously gender biased. The research conducted by Buolamwini and Gebru examines how well different gender classification systems worked across different people faces and if the results changed based on somebody's gender or their skin type[121].

They created a data set of over 1000 images to have a wide range of skin types and they chose three companies to evaluate: IBM Microsoft and Face ++. With the data set and the companies selected they ran a test: all companies perform better on males than females and all companies also performed better on lighter subjects than on darker subjects. Indeed, the analysis of the results for the four sub-groups showed that all companies performed worst on darker females: as shown in the table, IBM and Microsoft performed best on lighter males and Face ++ performed best on darker males compared to the others. In the majority of cases women are the most discriminated. One of the reasons for this kind of bias is the lack of diversity in training images and datasets failure to separate accuracy

[119] S. Calkin, *Globalizing "Girl Power": Corporate Social Responsibility and Transnational Business Initiatives for Gender Equality*, in *Globalizations*, 2016, p. 158.

[120] It has been found that a machine-learning algorithm used by Amazon to select the best candidates for interviews favored male candidates, since the CVs used for training came from previous applicants who were predominantly male.

[121] J. Buolamwini - T. Gebru, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities*, in *Commercial Gender Classification, in Conference on fairness, accountability and transparency*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, p. 77.

results across traits like gender and skin type also makes it harder to identify differences.

However, according to the UNESCO report aforementioned there are a wide range of steps which can be taken in order to reduce gender discrimination in the social responsibility context, starting by setting up adequate measures for their prevention, mitigation and remediation[122]. Indeed, companies have the responsibility to ensure the respect of human right to non-discrimination, since business responsibility exists independently of States abilities to create a national normative protection[123].

First of all, companies should enhance company governance models and mechanisms for ethical compliance, including reflections on gender equality and the involvement of women. They should create highest-level policies that show strong management support for advancing gender equality through corporate products and services. In this regard, an efficient step could be the creation of incentives for non-biased products, such as promotions or other benefits[124].

In 2017, some of the major American companies – including Google, Microsoft, Facebook and Amazon – started the Partnership on AI to Benefit People and the Society (PAI): this is one of the biggest groups composed by AI engineers working with non-experts to elaborate best practices and guidelines in different areas of AI[125]. PAI last annual report (2020) – in the Equity&Inclusion Section – focused on the lack of diversity in the field of AI, announcing that in July 2020 PAI formalized its commitment to investigating the AI's diversity gap with the hire of a

[122] UNESCO, *op. cit.*

[123] In this sense, the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) provided some general principle, among which principle 11: «Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved». The commentary is available at https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

[124] UNESCO, *op. cit.*, pp. 21-23.

[125] On the official website of the foundation, which is consultable at https://www.partnershiponai.org/about/, there is the explicit goals list: «first, to develop and share best-practice methods and approaches in the research, development, testing, and fielding of AI technologies; second, to advance public understanding of AI across varied constituencies, including on core technologies, potential benefits, and costs; third, to provide an open and inclusive platform for discussion and engagement on the future of AI, and to ensure that key stakeholders have the knowledge, resources, and overall capacity to participate fully in these important conversations; and fourth, to identify and foster aspirational efforts in AI for socially benevolent applications».

Diversity and Inclusion Fellow[126]. In this regard, PAI research launched a study with the aim to investigates high attrition rates among women and minoritized individuals in tech, since all organizations that use AI are increasingly aware of the need to actively challenge bias in the products they produce[127].

Therefore, it seems that something is changing: looking at individual realities, there are examples of company governance models which include reflections on gender equality and the involvement of women. For instance, some companies succeed in drafting AI principles and creating guidelines capable of reducing gender inequality, by choosing to use datasets that have been developed with a gender equality lens (despite incurring in higher costs). Others have created *ethical advisory council* with experts and civil society groups, which integrates gender equality concerns and ensure an interdisciplinary approach.

In this regard, for example, Microsoft launched an internal high-level group on AI and Ethics in Engineering and Research (AETHER) which examines how its software should or should not be used[128]. The AETHER Committee was created in 2016: it serves an advisory role to the company's senior leadership on rising questions, challenges, and opportunities with the development of AI technologies. The Committee works on specific topics creating different working groups, which include teams focused on bias and fairness, intelligibility and explanation, facial recognition systems and reliability and safety. The principles and the best practices enucleated during the research have been in 2018 collected into the official document «The Future Computed. Artificial Intelligence and its role in society»[129].

---

126 Partnership on AI Annual Report, 2020, p. 7-8, available at https://www.partnershiponai.org/annual-report-2020/. The Partnership on AI (PAI) is an independent, nonprofit organization. It was originally established by a coalition of representatives from technology companies, civil society organizations, and academic institutions, and supported originally by multi-year grants from Apple, Amazon, Facebook, Google/DeepMind, IBM and Microsoft.

127 *Ibid.*

128 The AETHER Committee has different working groups on specific topics. Working groups include teams focused on sensitive uses of AI, bias and fairness of AI systems, intelligibility and explanation of AI reasoning and recommendations, reliability and safety, human-AI interaction, and engineering best practices. As explained in the official site, AETHER also provides guidance to teams across the company to ensure that AI products and services align with Microsoft's AI principles. The committee includes top talent in research, engineering, ethics, law, and policy from across Microsoft who come together to formulate recommendations on policies, processes, and best practices.

129 Available at https://3er1viui9wo30pkxh1v2nh4w-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2018/02/The-Future-Computed_2.8.18.pdf.

However, in the preamble of this document, while describing how our morning will be in twenty years by now, it is still present the pronoun "she": «At Microsoft, we imagine a world where your personal digital assistant Cortana talks with your calendar while you sleep. She works with your other smart devices at home to rouse you at the end of a sleep cycle when it's easiest to wake and ensures that you have plenty of time to shower, dress, commute and prepare for your first meeting (…). A digital assistant like Cortana will then automatically prepare a summary of the meeting with tasks assigned to the participants and reminders placed on their schedules based on the conversation that took place and the decisions the participants made».

It seems then than even if the path has been opened, it will still take a long time to reach the destination. Nevertheless, at least nowadays there are adequate instruments to deal with this journey: companies developing and using machine learning system have started to bring principles of AI non-discrimination to life, by ensuring practices of proactive due diligence. The World Economic Forum's White Paper on "How to prevent discriminatory outcomes in Machine Learning" indicated three main steps which have to be followed by every company involved in the use of AI:

- Identifying human rights in business context;
- Taking effective measures to prevent or mitigate risks.
- Being transparent about efforts to identify, prevent and mitigate human rights risks[130].

What is still missing is an autonomous category of tools specifically designed to counter gender discrimination and this gap is not only present in social corporate responsibility context, but also at the legislative level, as already outlined above.

However, action to recognize and mitigate bias in AI is being taken by different stakeholders: companies, academia, non-governmental organizations (NGOs), and – as reported by the Playbook "Mitigating Bias in AI" created at Berkeley – also the Roman Catholic Church[131]. The

[130] The White Paper was published on the 12th March 2018 and it is available at https://www.weforum.org/whitepapers/how-to-prevent-discriminatory-outcomes-in-machine-learning.

[131] G. Smith - I. Rustagi, *Mitigating Bias in Artificial Intelligence: An Equity Fluent Leadership Playbook*, Center for Equity, Gender and Leadership, Berkeley Haas, 2020, reported that «The Roman Catholic Church joined with IBM and Microsoft to work on ethics of artificial intelligence in the "Rome Call for Ethics". The call, which outlines three principles, was supported by Pope Francis who made detailed remarks about the impact of AI on humanity». (https://romecall.org/).

Playbook identified precise steps to follow in order to mitigate bias: first, to enable diverse and multi-disciplinary teams working on algorithms and AI system and to promote a culture of ethics and responsibility related to AI. These to step are categorized under the section "Team", since they directly concern the staff and serve to enable a culture that encourages the employees themselves to prioritize equity considerations at every step of the algorithm development process[132].

Second, to practice responsible dataset development and to establish policies and practices that enable responsible algorithm development. In this regard, a company should ask itself: «Do teams developing machine learning datasets assess the quality and quantity of data generated and gathered to ensure population is sufficiently and accurately represented?»; «Are there robust feedback mechanisms built into AI systems so users can easily report performance issues they encounter, and (if no way to opt out), have an appeal process to request human review?»[133].

Lastly, to build a leadership able to establish corporate governance for responsible AI and end-to-end internal policies to mitigate bias. In this sense, the company should have an AI ethics lead and AI ethics board, in addition to an AI ethics code, and should engage corporate social responsibility to advance responsible AI. To this aim, it would be crucial to leverage corporate social responsibility teams, creating different incentive structure to advance responsible AI internally than other parts of the business with less priority on efficiency.

The Playbook indicated also a final step: «to use your voice and influence to advance industry change and regulations for responsible AI». This means engaging in partnerships with various stakeholders to advocate for policies for responsible AI and approaches in industry. In this regard, it is important to fund research to advance knowledge and to create the possibility to operate a diversification between research teams.

In putting in practice these indications, it is crucial to keep in mind that the final goal is not – and cannot be – the full "de-biasing" of AI[134]. Only a mitigation is possible and is not sufficient to realize it with technical solutions alone: to understand and address bias a prerequisite is understand

[132] G. Smith - I. Rustagi, *op. cit.*, p. 10.

[133] G. Smith - I. Rustagi, *op. cit.*, p. 11.

[134] As stated by C. D'Ignazio, Assistant Professor at Massachusetts Institute of Technology (MIT): «Data is never this raw, truthful input and never neutral. It is information that has been collected in certain ways by certain actors and institutions for certain reasons» in Corbyn, Z., Interview: Catherine D'Ignazio, 21 March 2020, The Guardian.

the social, economic, and political context in which the data was produced. Ignoring the background and claiming that data is objective creates a fence to mitigate it: «Note that in order to train an algorithm to understand the context of subjugated standpoints, significant human infrastructure and ethical navigation is required»[135]. Indeed, the context comes into play not just in the stages of data acquisition, but also in the selection and communication of the numbers.

In this sense, to achieve – or at least put some solid ground for a non-gender biased AI – is time to start thinking about a data ethics informed by the idea of intersectional feminism[136]. As argued by Crenshaw already in 1989, focusing solely on either racial discrimination or gender discrimination overlooks the discrimination experienced by black women, contributing to their marginalization in legal and social contexts[137]. To use her words «the intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism and any analysis that does not take intersectionality into account cannot sufficiently address the particular manner in which Black women are subordined»[138].

Indeed, also within the different categories used by the algorithms, the intersection of multiple identities can exacerbate disadvantages: for instance, of a black woman in the job market can experience discrimination in relation to other women because of their race and at the same time may be discriminated in relation to other men because of their gender. Moreover, even the standard structure of data (that impose exclusionary definitions of identity), could provoke serious marginalization of other categories not included in the binary labels (for instance, queer, transgender, and non-binary people)[139].

The treatment and the study of intersectionality should therefore be incorporated in the analysis and to do that D'Ignazio and Klein suggest having more theory, context, and scientific method in the investigation of

135 C. D'Ignazio - L. Klein, *Data Feminism*, Cambridge, 2019, p. 103.

136 C. D'Ignazio - L. Klein, *op. cit.*, Introduction.

137 K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.

138 K. Crenshaw, *op. cit.*, 1989, p. 140.

139 On this topic see O. Keyes, *The Misgendering Machines: Trans/HCI Implications of Automatic Gender Recognition*, in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, 2018, p. 1-22.

the human reality in order to interrogate data as they are: «cultural indicators of the changing face of patriarchy and racism»[140].

6. *Concluding remarks*

Nowadays it is almost impossible for companies and individuals to avoid AI systems: therefore, it is urgent to understand how to create a fair AI and to this end it is necessary first to detect the already existing discriminations and exclusions. Although we cannot always have total control on inductive bias that generated by AI, it is always possible to work on the dataset. The creation of a common database with data from all the largest companies using AI could help to detect the existing bias in order to correct them.

As pointed out in the Villani Plan drafted in France, this kind of database will enable «year-to-year progress to be measured and provide a course of action for public policies»[141].

It becomes always more and more evident that business must actively participate to the fight against gender bias in AI, providing their data related to gender balance rate in appointments, promotions and recruitment; gender balance rate in executive committees and board of directors; pay gap between different jobs, at different grades; gender balance rate in teams; and gender balance rate in terms of grade and job type.

Indeed, as suggested also by Buolamwini, it is time to start thinking about how to create more inclusive code. The goal should be creating full spectrum teams with diverse individuals who can check and balance each other. Therefore, the preliminary questions that everybody should ask themselves in the creation and use of AI are: who codes? How they code? And why they codes? It goes without saying that in the last answer gender equality and social change should be a primary reason[142].

In order to achieve gender equality in an AI-driven world, in addition to legislative actions, a suite of independent or complementary policy measures can be implemented to address the concerns highlighted above.

---

[140] D'Ignazio - L. Klein, *Data Feminism*, *op. cit.*, p. 102.

[141] See the Villani Plan, available at https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/MissionVillani_Report_ENG-VF.pdf.

[142] See J. Buolamwini, *How I am Fighting Bias in Algorithms*, presented during a TEDx talks available at https://www.ted.com/talks/joy_buolamwini_how_i_m_fighting_bias_in_algorithms.

One effective approach involves targeted training for developers during the algorithm design and coding phases, specifically focusing on gender equality[143]. While this may not eliminate all biases, it substantially diminishes the potential for biases, stereotypes, and discriminatory behaviour in algorithms[144]. In addition to promoting training, mandatory measures at the design and coding stages could be prescribed.

The responsibility for achieving these objectives could be entrusted also to companies, subject to defined and specific legal standards. Concrete outcomes need not be rigidly prescribed by law since creating an entirely bias-free algorithm is often an unattainable goal. The primary objective, therefore, is not the elimination of bias but rather the reduction of the risk associated with gender-based discrimination[145].

If we don't manage to create an ethical an inclusive AI with this specific aim, the risk to lose and violate civil rights and gender equality gains under the illusion of a neutral AI will become a reality.

***

[143] F. Lütz, *op. cit.*, p. 47.

[144] In this sense, it is worth noticing that in 2023 the EU has launched a campaign that aims to raise awareness about the role gender stereotypes play in society available at: https://end-gender-stereotypes.campaign.europa.eu/work-life-balance_en.

[145] F. Lütz, *op. cit.*, p. 48.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: AI-driven gender discrimination is a new multifaced problem that has the potential to perpetuate and replicate outdated conception of gender roles that society is actively working to eliminate from the "real" world.

This paper identifies gender inequalities resulting from the use of AI and investigates which role legislation, with particularly regard to the forthcoming EU AI Act, and corporate social responsibility (CSR) can play in addressing this issue.

The results of this research underscore the necessity of a multifaceted approach to combat AI gender discrimination. Legislative measures are essential but may fall short in addressing the hidden biases present in AI systems. Policy measures and CSR initiatives are equally vital to complement regulatory efforts, ensuring that AI technologies are developed, implemented, and used without perpetuating gender-based discrimination. In a world increasingly reliant on AI, this holistic approach turns out to be crucial.

***

KEYWORDS: AI-driven gender discrimination – algorithmic bias – EU AI Act –gender equality – corporate social responsibility

***

Federica Fedorczyk – PhD Researcher presso la Scuola Superiore Sant'Anna, Istituto Dirpolis, Pisa (federica.fedorczyk@santannapisa.it)

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA "RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI"

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle "Norme editoriali".
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.