

Amicus Curiae e Original Public Meaning: L'uso della storia nelle argomentazioni costituzionali

di Luca Pietro Vanoni

Abstract: *Amicus Curiae and Original Public Meaning: the Use of History in Constitutional Adjudication* – The institution of amicus curiae in the United States has undergone a profound transformation in recent decades. Especially in the last fifty years the purpose of amici curiae has gone far beyond the original intervention of objective third parties in the process, and the briefs submitted rather pursue purposes and strategies designed to use the judicial system to support specific political interests. This transformation is the result of the importance that Supreme Court judgments have assumed within the system, but it also reflects the polarization of a system that tends to transfer institutional confrontation to the courtrooms, even making joint use of strategic litigation. A recent exemplification of this phenomenon concerns the increasing use of history in constitutional arguments, which has shaped the argumentative strategies of parties and amici briefs. After framing the topic of amici curiae in general terms, this paper will therefore look at the issues related to the use of the “Law office History,” focusing on the consequences and effects it can generate on constitutional interpretation.

923

Keywords: Il Amendment; Amicus curiae; Law office history; Polarization.

1. Introduzione

Eredità della *Common Law* inglese, l'istituto dell'*amicus curiae* vede negli Stati Uniti il luogo di massima espressione come dimostra l'elevato numero di *briefs* presentati alla Corte (che nell'ultimo decennio superano ormai la media di 16 per ogni caso discusso) e la rilevanza che essi stanno progressivamente assumendo all'interno del sistema costituzionale americano. Soprattutto negli ultimi cinquanta anni, infatti, la finalità degli *amici curiae* è andata ben oltre l'originario intervento processuale di terze parti obiettive, perseguendo piuttosto scopi e strategie volte ad utilizzare il sistema giudiziario per sostenere interessi specifici. Si è così consumato il passaggio da una “amicizia neutra” di un terzo esperto ad una “amicizia interessata” che fa degli *amici curiae* la porta d'ingresso nelle aule dei tribunali per questioni di natura anche strettamente politica¹.

¹ Cfr. nella dottrina italiana T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur cost.*, 1, 2019, 126; analogamente B. Barbisan, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Riv. AIC*, 1, 2019, 124 parla di passaggio da “amico della corte” a “militante per una causa”.

Tale fenomeno ha lentamente ma inesorabilmente inciso sulla natura del processo costituzionale americano e, in qualche misura, anche sulle stesse decisioni della Corte suprema: se nello scorso secolo le citazioni di un *amicus curiae* erano sporadiche, negli ultimi dieci anni i giudici supremi hanno utilizzato argomenti tratti dai *briefs* in ben il 65% dei casi discussi². Questo incremento numerico va letto come frutto della generale rilevanza politica che i giudizi della Corte suprema hanno assunto all'interno dell'ordinamento, ma riflette anche la polarizzazione di un sistema che, sempre più diviso sul piano sociale, tende a trasferire lo scontro politico-istituzionale nelle aule di giustizia. L'utilizzo "partigiano" degli *amici curie* ha così permesso di introdurre nel processo argomenti sistemici che non sono sempre necessariamente rilevanti per la decisione, ma possono comunque assumere un grande rilievo perché forniscono ai giudici un appiglio giuridico in grado di supportare, attraverso varie tecniche interpretative, una certa lettura della Costituzione rispetto ad un'altra.

Una recente esemplificazione di tale fenomeno riguarda il crescente utilizzo della storia nelle argomentazioni dei giudici e delle parti che è strettamente legata (ma – come vedremo – non solo) all'ascesa dell'originalismo, ovverosia della dottrina interpretativa oggi abbracciata dalla maggioranza dei giudici supremi. Gli *amici curiae* mirano infatti sempre più a mettere in luce una certa lettura storica dell'eccezionalismo americano che possa in qualche misura orientare i giudici nel loro lavoro di ricerca dell'*original public meaning* delle disposizioni costituzionali. Dopo aver inquadrato in termini generali il tema, il presente contributo si occuperà pertanto di analizzare le problematiche sottese a tale fenomeno, soffermandosi sulle conseguenze e sugli effetti che essi possono generare sull'interpretazione costituzionale dei giudici supremi.

2. «From friendship to advocacy»: la trasformazione degli *amici curiae* nel processo costituzionale americano

L'istituto dell'*amicus curiae* nasce come l'intervento di una parte estranea al contenzioso ma a conoscenza di fatti non noti alle parti ammessa dal giudice a presentare «neutral, unbiased information» utili per ricavare la verità processuale della controversia. Nella tradizione della Common law inglese il meccanismo è stato pensato per ammettere in giudizio «any person presents in court to step forward as amicus curiae and inform or advise the court»³ e quindi – in definitiva – utilizzato ogni qual volta «a judge is doubtful or mistaken in matter of law, a bystander may inform the court thereof as amicus curiae»⁴. L'origine dell'istituto svela quindi l'etimologia della locuzione "*amici curiae*" o "*amicus juris*", perché descrive l'attitudine di terze parti a presentare argomenti utili a «prevent the court from suffering a

² Dati riportati da A.J. Franze, R. Reeves Anderson, *Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review*, in *The Nat. L. J.*, 18 ottobre 2020.

³ F.J. Covey, *Amicus Curiae: Friend of the Court*, in 9 *DePaul L. Rev.* 30, 32 (1959).

⁴ Così l'Holthouse's Law Dictionary riportato in S. S. Krislov, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in 72 *Yale L.J.* 694, 695 (1963).

mistake»⁵, facendo così degli *amici curiae* una sorta di “servitori disinteressati” del corretto svolgimento del processo.

Nel corso del tempo, tuttavia, questo meccanismo pensato con finalità di terzietà ed imparzialità si è rapidamente trasformato in uno strumento capace di aprire le porte del processo a parti che, pur rimando formalmente estranee alla controversia, sono sempre più interessate al suo esito. Il successo dell’istituto sembra averne almeno in parte alterato la natura originaria non solo perché il crescente numero dei *briefs* ammessi dalle Corti ha di fatto trasfigurato un istituto di carattere estemporaneo in un meccanismo processuale ricorrente, ma anche in ragione del fatto che tali interventi sono sempre meno sorretti da ragioni neutrali o disinteressate.

Tale trasformazione è particolarmente evidente se studiata all’interno dell’ordinamento costituzionale americano; importato dagli *Istitutes* di Coke, l’*amicus curiae* ha inizialmente stentato a trovare una sua precisa collocazione perché utilizzato per lo più come meccanismo attraverso cui rappresentare e difendere gli interessi pubblici – del governo federale o di quelli statali – nelle dispute tra privati⁶. Se l’istituto ha acquisito una forma più compiuta solo a partire dagli anni ’30 e 40’ del Novecento, quando «minority, labor, business, and advocacy groups began to participate in greater number as amici curiae in court»⁷, è però con l’avvento delle lotte per i diritti civili degli anni ’60 che il suo ruolo è cresciuto in modo esponenziale. Impiegati da associazioni dei diritti civili quali l’ACLU o la NAACP istituite al fine di combattere la segregazione razziale e l’ingiustizia sociale, gli *amici curiae* hanno assunto i connotati conosciuti oggi nel sistema costituzionale americano, presentandosi compiutamente come interventi a sostegno di una parte invece che dell’equa risoluzione del processo. A partire da tale momento storico l’*amicus curiae* ha così definitivamente mutato la sua natura tramutandosi «from neutrality to partisanship, from friendship to advocacy»⁸.

Le molteplici ragioni di questa trasformazione meritano di essere contestualizzate alla luce delle peculiarità e delle conflittualità tipiche dell’eccezionalismo americano. In primo luogo, la natura del costituzionalismo statunitense è fin dall’origine attraversata dal tentativo di far coesistere le tensioni originate dalla diversità delle posizioni etico-

⁵ Così R. Brooke, *Le Grande Abridgement*, Oxford, 1573 riportato da F.J. Covey, *Amicus Curiae: Friend of the Court*, cit., 31.

⁶ Si comprende così perché il primo utilizzo di tale strumento si rinviene nel caso *Green v. Biddle* del 1823, 22 U.S. (8 Wheat.) 1 (1823), nato come un contenzioso sulla proprietà di un terreno tra due privati ma poi trasformatosi in un conflitto riguardante anche lo stato del Kentucky. Nel suo *brief* a tutela degli interessi generali, l’avvocato Henry Clay rappresentò in Corte le ragioni dello Stato, avviando la prassi, ormai largamente accettata, per cui i governi federali e statali possano comparire come *amicus curiae* di fronte alla Corte Suprema. Cfr. H.A. Anderson, *Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*, in 49 *U. Ric. L. Rev.* 361, 369 (2015).

⁷ H.A. Anderson, *Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*, cit., 370.

⁸ S. Krislov, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, cit., 704. In particolare, secondo l’A. «The attribution of a brief to an organization belies the supposedly lawyerlike role of the amicus, but realistically embraces and ratifies the transformation of the actual pattern of behavior and its new function. The amicus is no longer a neutral, amorphous embodiment of justice, but an active participant in the interest group struggle».

politiche presenti nella società. Partendo dalla premessa per cui «le cause di faziosità non possono venire eliminate» e che occorre pragmaticamente «limitarsi a trovare dei rimedi atti a limitarne gli effetti»⁹, i *Framers* americani hanno infatti disegnato un modello costituzionale nel quale lo scontro tra poteri costituiva il primo e principale strumento di democrazia. In secondo luogo, l'introduzione del XIV emendamento nonché il passaggio da un federalismo duale ad uno cooperativo hanno accresciuto non solo il ruolo interpretativo delle giurisdizioni federali, ma anche gli ambiti di conflitto tra federazione e Stati. Infine, non si dimentichi come è la stessa natura accusatoria del processo americano ad amplificare il contenzioso tra le parti; non ammettendo di rappresentare in giudizio interessi diversi da quelli delle parti in causa, essa inevitabilmente favorisce l'introduzione nel processo di ulteriori argomenti di parte. In definitiva, quindi, si comprende perché un istituto nato nel Regno Unito per fornire un supporto neutrale alla verità processuale si sia prestato, una volta sbarcato nel nuovo mondo, a rappresentare di fronte ai giudici i diversi interessi che componevano (e compongono) la società americana.

Tali ragioni, tuttavia, non sembrano spiegare interamente la crescita esponenziale e il successo riscontrato dall'istituto negli ultimi decenni. Il fenomeno è noto ed è stato analizzato in modo approfondito dalla dottrina americana; nei primi anni del secolo scorso solo il 10% dei casi discussi dalla Corte suprema erano accompagnati da almeno un *amicus curiae*. Già nel periodo compreso tra il 1986 e il 1995, però, la percentuale è drasticamente salita all'85% per assestarsi nei decenni successivi al 95% dei casi¹⁰. Quest'ultima percentuale è stata sostanzialmente confermata tra il 2010 e il 2020 (96% dei casi), mentre si è innalzato il numero totale dei *briefs* presentati (che ammontano ad oggi ad oltre 8000 con un massimo di 911 nel 2020), facendo registrare un incremento del 800% rispetto ai numeri degli anni '50 dello scorso Secolo. Nato come meccanismo del tutto accessorio al processo, oggi gli *amici curiae* accompagnano quasi sempre i casi sollevati di fronte alla Corte Suprema, con una media di circa 16 *briefs* per caso¹¹.

Questo incremento numerico, inoltre, è confermato anche se si comparano, nelle diverse epoche, i c.d. *Landmark Cases*, ovverosia quelle decisioni il cui impatto sulla società americana è tale da giustificare un alto numero di interventi di terzi; mentre in *Brown v. Board of Education* (1954)¹² e in *Roe v. Wade* (1973)¹³ gli *amici curiae* erano rispettivamente 6 e 23, ai nostri giorni le decisioni *Obergefell v. Hodges* (2015)¹⁴ e *Dobbs v. Jackson*

⁹ J. Madison, *The Federalist* n. 10.

¹⁰ Per una ricerca empirica dei numeri e dei dati sugli amici curiae v. (tra gli altri) J.D. Kearney, T.W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in 148 *U. Pa. L. Rev.*, 743, (2000); R.J. Owens, L. Epstein, *Amici Curiae During the Rehnquist Years*, in 89(3) *Judicature* 127 (2005); O.S. Simmons, *Picking Friends from the Crowd: Amicus Participation as Political Symbolism*, in 42 *Conn. L. Rev.* 1, 185 (2009).

¹¹ A.J. Franze, R. Reeves Anderson, *Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review*, cit.

¹² *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

Women's Health Organization (2022)¹⁵ hanno costretto la Corte a confrontarsi con oltre 140 *briefs* a caso (147 e 141).

In parte, questa tendenza è inevitabilmente conseguente alla crescente complessità delle nostre società che spinge sempre di più il giudice a dover decidere controversie legate a problematiche tecnico-specialistiche di cui non sempre è facile comprendere le dinamiche. Come ricordato da Justice Breyer, «as society becomes more dependent for its well-being upon scientifically complex technology, we find that this technology increasingly underlies legal issues of importance to all of us»¹⁶. Gli *amici curiae* “tecnici”, pertanto, «play an important role in educating the judges on potentially relevant technical matters», «providing special expertise, explaining the decisions on the industry, or making arguments that are too far-reaching to be advanced by the parties»¹⁷. In questa prospettiva, nel supportare i giudici in decisioni complesse attraverso valutazioni che – almeno sulla carta – dovrebbero limitarsi a descriverne gli elementi di fatto, essi aiutano ad incrementare la qualità delle decisioni giudiziarie¹⁸, recuperando così in parte l'originaria dimensione di neutralità dell'istituto.

Sarebbe però parziale fermarsi a questo primo ordine di considerazioni. Non sempre, infatti, l'esito della decisione dipende da valutazioni scientifiche difficilmente conoscibili ai giudici, ed anzi – a ben vedere – i casi in cui più numerosi sono gli *amici curiae* riguardano in realtà questioni politico-costituzionali di grande rilievo che non necessitano di specifiche competenze tecniche. La maggior parte dei *briefs* sostengono del resto argomenti di parte, che si avvalgono dell'appoggio (anche finanziario) di organizzazioni o gruppi animati dal desiderio di spingere i giudici supremi a prendere posizioni vicine ai propri interessi politici e che svolgono una funzione non troppo dissimile al lavoro svolto dalle *lobbies* presso il Congresso¹⁹. Il fenomeno della c.d. «lobbizzazione» degli amici curiae²⁰ va di pari passo la c.d. «ONGizzazione della società civile»²¹ che è anch'essa conseguenza del complessificarsi della società, anche se in una declinazione diversa da quella prima menzionata; le società contemporanee sono infatti altresì attraversate da istanze etiche, identitarie, religiose, sociali ed economiche tra loro anche profondamente

¹⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022).

¹⁶ *Justice Breyer Calls for Experts To Aid Courts in Complex Cases*, in *New York Times*, 17 febbraio 1998.

¹⁷ R.W. Simpson, M.R. Vasaly, *The Amicus Brief: How to Be Good Friend of the Court*, Chicago, 2004, 38 riportato da G. Ragone, *Eine Empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, 196.

¹⁸ *Justice Breyer Calls for Experts To Aid Courts in Complex Cases*, cit.

¹⁹ In questo senso v. P.M. Collins, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford, 2008, 27: «amici perform a function similar to that which lobbyists perform for legislations. That is, by informing the justices of the implications of their decisions, amici enable justices to render decisions that both maximize the application of their policy preferences and allow them to create efficacious law».

²⁰ Così, tra i primi, F.V. Harper, E.D. Etherington, *Lobbyists before the Court*, in 101 *U. Penn. L. Rev.* 1172 (1953).

²¹ Il termine è di B. Barbisan, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit., 125 che cita S. Lang, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, in J.W. Scott, C. Kaplan, D. Keates (Eds.), *Transitions, Environments, Translations: Feminisms in International Politics*, London, 1997, 101 ss.

divergenti che chiedono di essere riconosciute all'interno dello spazio pubblico.

3. *Friends or Foes?* Le conseguenze dell'«*amicus machine*» sul sistema americano

Oltre a condizionare l'aumento del numero degli *amici curiae*, le considerazioni che precedono hanno prodotto, soprattutto nell'ordinamento americano, almeno tre conseguenze rilevanti.

In primo luogo, l'accresciuta importanza della Corte suprema all'interno degli equilibri del sistema ha contribuito ad alimentare la politicizzazione della giustizia costituzionale. Pur non essendo l'unica né la prima causa di tale fenomeno, un utilizzo "partigiano" degli *amicus curiae* sembra averne favorito lo sviluppo persino nei casi in cui gli interventi di terzi dovrebbero essere orientati a rappresentare dati o parametri tecnico/scientifici. Non sempre, infatti, le argomentazioni sono il frutto di un'analisi condotta esclusivamente in modo scientificamente neutro, essendo piuttosto influenzate da premesse ideali o ideologiche che incidono sul lavoro degli esperti. È stato così osservato, a titolo esemplificativo, che una valutazione psicologica condotta da una associazione di stampo dichiaratamente *conservative* come la American College of Pediatricians possa differire da quella effettuata dalla sua controparte *liberal*, la American Academy of Pediatrics, e che spesso «most of the names on the covers of the briefs sound neutral and mask the advocacy that may be motivating them»²². Il sospetto, pertanto, è che attraverso gli *amici curiae* le associazioni di categoria possano essere tentate di tutelare maggiormente i propri interessi a discapito dell'accertamento della verità processuale.

Tale fenomeno, inoltre, è strettamente connesso al recente incremento della conflittualità e della polarizzazione politica, a cui si accompagna il ruolo sempre più incisivo occupato dalla Corte costituzionale all'interno dell'ordinamento, soprattutto quando giustificato e sorretto da teorie come quella del neo-costituzionalismo. Quest'ultima ha, come noto, progressivamente incoraggiato l'intervento dei giudici nell'inveramento della giustizia sociale, favorendo un progressivo slittamento di potere dalle istituzioni rappresentative agli organi giurisdizionali che ha alimentato una giuridicizzazione della politica e una depoliticizzazione della sfera pubblica²³. L'utilizzo degli *amici curiae* ha seguito questo processo, fornendo a gruppi di interesse un agile strumento processuale che, anche attraverso la *strategic litigation*, è in grado di portare le proprie istanze sociali al cospetto di un

²² Cfr. A.O. Larsen, *The Trouble with Amicus Facts*, in 100 *Va. L. Rev.* 1757, 1762 (2014): «The American College of Pediatricians, for example, is a socially conservative group founded to protest the adoption of children by gay couples, in opposition to the contrary position taken by the similarly named American Academy of Pediatrics. With so much data out there and so many "experts" competing for the Court's attention, it becomes increasingly difficult to sort the reliable amici information from the unreliable».

²³ Fenomeno sul quale, efficacemente, v. N. Zanon, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, 359. e, - da ultimo - M. Luciani, *Ogni cosa a suo posto*, Milano, 2023.

potere costituzionale che, più di altri, incide oggi sulle trasformazioni sistemiche dell'ordinamento.

La seconda conseguenza impatta sui costi e sui tempi processuali, appesantendo il già sostanzioso carico di lavoro dei giudici, che necessiterebbero di ulteriore tempo e risorse per studiare, analizzare e rispondere ad un così vasto numero di *briefs*. In mancanza di ciò, i giudici sono così spesso costretti a dare solo una rapida occhiata alle argomentazioni presentate e, in casi estremi, persino a non prenderle in considerazione. Come candidamente ammesso da Justice Ginsburg, infatti, «[the Justice's] clerks often divide the amicus briefs into three piles: those that should be skipped entirely; those that should be skimmed; those that should be read in full»²⁴. Il risultato è che, come sarcasticamente ricordato da Scalia, «unless a prominent attorney or authority files the brief, the law clerks will very likely screen it and it will never reach the judge's desk»²⁵.

L'affermazione di Scalia sembra mettere in crisi l'idea, sostenuta da parte della dottrina²⁶, secondo cui, aprendo le porte del processo alla pluralità della società civile, l'istituto dell'*amicus curiae* possa favorirne la democraticità, perché l'ingresso delle argomentazioni in Corte è in realtà vagliato da soggetti che soppesano il ruolo e il valore dei diversi *briefs*²⁷. Il fenomeno è noto, tanto da essere stato descritto dalla dottrina con il termine «the amicus machine», ovverosia come un sistema che favorisce il lavoro dei c.d. «Supreme Court specialists» e dei membri del Supreme Court Bar²⁸. Il funzionamento della *amicus machine* mostra pertanto tutti i limiti di un istituto oggi guidato da un club elitario²⁹ che, fungendo da filtro tra la società civile e i giudici, non sembra certo perseguire l'ideale della rappresentanza popolar-democratica in Corte. Se solo coloro che possono permettersi gli avvocati più prestigiosi «will get the ear of the Justices (...), the democracy-

²⁴ Come riportato da una conversazione telefonica da L. Simard, *An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, in 27 *Rev. Litig.* 682 (2008). Conclude inoltre il J. Ginsburg «If the attorney submitting the amicus brief has significant experience before the Court, it would be more likely that their brief would be placed in a higher priority pile».

²⁵ A. Scalia, B.A. Garner, *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*, New York, 2008, 102.

²⁶ Così, nella dottrina italiana, T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, cit., 126, secondo cui l'istituto dell'*amicus curiae* «impo[n]e ai giudici, ovunque nel mondo, di ripensare in termini nuovi le tradizionali problematiche legate alla triade "trasparenza, partecipazione, legittimazione", intorno alla quale ruota il processo costituzionale».

²⁷ La mancanza di trasparenza e le regole sulla ammissione al Bar consentono ad un numero esiguo di soggetti di gestire un procedimento che occupa informalmente un ruolo significativo nella presentazione degli amicus briefs. Riportando un dato del 2006, A.O. Larsen, N. Devins, *The Amicus Machine*, in 102 *Va L. Rev.* 1901, 1915 (2016) hanno stimato che degli oltre 262,000 membri della Supreme Court Bar solo poche centinaia presentano amici briefs, perché «the vast majority of cases now feature a select group of fewer than 100 lawyers who are repeat players at the Court».

²⁸ *Id.*, 1915. Tale meccanismo è definito come «a systematic, choreographed engine designed by people in the know to get the Justices the information they crave, packaged by lawyers they trust».

²⁹ Così *Id.* 1908 «(...) the amicus machine has downsides. It is clubby. It is elite».

enhancing ideal of the amicus will be lost»³⁰. In definitiva, il rischio è che, unendosi anche al meccanismo della *strategic litigation*, l'istituto finisca per rinfocolare il fenomeno della *juristocracy* per il quale «self-interested groups tend to form coalitions of legal innovation to determine the timing, extent, and nature of constitutional reforms»³¹.

Infine, le argomentazioni presentate negli *amici curiae* si intersecano con le teorie interpretative usate dai giudici supremi per valutare la compatibilità delle leggi rispetto alla Costituzione. Come vedremo nei paragrafi successivi, infatti, tanto più lo scopo degli *amici curiae* si sposta verso la rappresentazione di interessi di parte anche parzialmente estranei alla controversia, tanto più lo stile argomentativo dei *briefs* si spinge a intercettare argomenti di natura politica che possano essere giuridicamente tradotti dai giudici nelle loro *opinions* (di maggioranza o meno).

4. *Law-Office History*: uso (e abuso) della storia come parametro di costituzionalità

La prima interconnessione tra l'uso degli *amici curiae* e le teorie interpretative costituzionali è conseguenza diretta della modifica informale della Costituzione avvenuta a seguito del New Deal e della correlata alterazione del tradizionale equilibrio tra poteri tipico dell'epoca liberale³². La nuova divisione dei poteri ha ampliato il potere dei giudici e, in particolare, della Corte Suprema che ha a sua volta esercitato un ruolo cruciale nelle trasformazioni del sistema, promuovendo il riconoscimento dei diritti civili e sociali attraverso una rilettura della Costituzione intesa come a *living document*. Soprattutto a partire dalle Corti Warren e Burger, i giudici hanno così iniziato a confidare in tecniche interpretative che, distaccandosi dal formalismo giuridico, hanno permesso loro di adattare clausole costituzionali scritte in un'altra epoca storica alle attuali trasformazioni della società.

L'utilizzo di nuovi canoni interpretativi collegati alla teoria del *living constitutionalism* ha trasformato i giudici nei principali attori dell'arena costituzionale, essendo questi ultimi investiti del compito di colmare la lacuna tra il disaccordo politico sul riconoscimento di nuovi diritti e l'evoluzione della coscienza sociale che li supporta. Dal momento in cui la Corte ha cominciato a ridisegnare evolutivamente il significato di certe disposizioni, il luogo delle decisioni politiche ha cominciato a spostarsi dal Congresso alle aule giudiziarie, catalizzando l'attenzione di gruppi di interessi e di associazioni non governative che guardano oggi la Corte come il luogo privilegiato in cui rivendicare le proprie istanze. Non è un caso, pertanto, che la crescita del numero degli *amici curiae* coincida con la nascita del movimento dei diritti civili, segnando in modo significativo la risoluzione

³⁰ *Id.*, 1908.

³¹ R. Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in 11 *Ind. J. Glob. Leg. Stud.* 71, 72 (2004).

³² Secondo la lettura proposta da G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Torino, 2000, 76, il modello tipico dello stato democratico-sociale contemporaneo si declina in «almeno cinque poteri: il governo o Potere governante; il legislativo; la pubblica amministrazione; il giudiziario; la Corte ultimo garante della Costituzione».

dei casi riguardanti ad esempio la segregazione razziale, l'aborto, il suicidio medicalmente assistito e così via. Tutti temi rispetto ai quali associazioni e organizzazioni private hanno cercato di aggirare le lungaggini del processo decisionale politico-legislativo promuovendo una strategia coordinata che chiedeva direttamente ai giudici, anche mediante l'uso di *amici briefs*, di farsi promotori del cambiamento. In altri termini, quindi, la trasformazione e la maturazione del sistema costituzionale americano ha agevolato la nascita di «a ripe environment for interested non-parties to weigh in on the development of policy through the courts; the amicus brief provided the tool to accomplish this goal»³³.

Paradigmatica, in proposito, è la recente sentenza *Bostock v. Clayton County, Georgia*³⁴ con cui si sono affrontate una serie di controversie legate alla discriminazione sui luoghi di lavoro rispetto all'orientamento sessuale, che la Corte ha risolto a favore dei ricorrenti fornendo un'interpretazione testualista delle parole «because of (...) sex» contenute nel Title VII del Civil Rights Act del 1964³⁵. In tale occasione oltre 206 tra le principali corporations americane hanno firmato un *brief* a sostegno dei ricorrenti ricordando come, già da tempo, le proprie policies aziendali tendessero a favorirne l'inclusione di persone LGBTQ al di là di quanto stabilito dalla legge, dal momento che tali politiche non discriminatorie «are good for business and the economy»³⁶. Ripreso dalla stampa generalista, il *brief* ha indirettamente contribuito a mostrare alla Corte come le attuali trasformazioni del mondo del lavoro (la c.d. evoluzione della coscienza sociale) già accolgano politiche di inclusione di soggetti che, ai tempi dell'approvazione del Title VII, potevano non essere stati conteggiati dal legislatore come soggetti a rischio.

Se la lettura della Costituzione come *living document* può giustificare quindi il progressivo aumento del numero di *amicus curiae* presentati a supporto dell'evoluzione della coscienza sociale, più di recente si registra una tendenza che, avvalendosi al contrario della teoria interpretativa dell'originalismo, sembra incidere sul piano qualitativo e non solo quantitativo, portando a modificare il contenuto delle argomentazioni presentate alla Corte dai terzi.

Come noto, l'originalismo costituisce oggi la tecnica interpretativa che orienta il lavoro della maggioranza dei giudici americani, al punto che, come candidamente ammesso già qualche anno fa da Elena Kagan, «we are all originalist now»³⁷. L'originalismo è, in realtà, una teoria complessa e

³³ L.S. Simard, *An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, cit., 675.

³⁴ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S. 644 (2020).

³⁵ A norma del quale è proibito «discriminat[ing] against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin».

³⁶ Riportato da S. McBride, *More than 200 Major Businesses File Landmark Amicus Brief in Support of LGBTQ Workers*, in *Human Rights Campaign*, 2 luglio 2019, <https://www.hrc.org/press-releases/more-than-200-major-businesses-file-landmark-amicus-brief-in-support-of-lgb>.

³⁷ Frase pronunciata durante il confirmation hearing di Justice Kagan e riportata da *The Blog of Legal Times*, 29 giugno 2010, <https://legaltimes.typepad.com/blt/2010/06/kagan-we-are-all-originalists.html>.

diversificata che nella sua versione maggiormente seguita invita l'interprete a ricavare l'*original public meaning* delle disposizioni costituzionali, ovverosia «the objective legal construct (...) which judges a person's actions based on whether an ordinary person would consider them reasonable, given the situation»³⁸. Per quanto le diverse dottrine afferenti all'originalismo possano differire tra loro, tutte condividono la tendenza ad utilizzare la storia come elemento essenziale per individuare il corretto significato delle disposizioni costituzionali; secondo Lawrence Solum, infatti, la ricerca dell'*original public meaning* presuppone necessariamente una conoscenza del *linguaggio* (c.d. *Historical Language*) e del *periodo storico* (c.d. *Originalist Immersion*) in cui le norme costituzionali sono state approvate e ratificate, al fine di comprenderne sotto il profilo semantico l'esatto contenuto normativo³⁹.

In realtà, a ben vedere, l'uso delle argomentazioni storiche all'interno delle decisioni della Corte Suprema non costituisce una prerogativa della dottrina originalista; da sempre, infatti, i giuristi americani hanno volto lo sguardo alla c.d. «applied legal history» al punto che sono state identificate diverse metodologie di utilizzo della storia che spaziano dall'«increased interest in originalism» fino a «the use of history to show past injustice or demonstrate alternative, often progressive, intellectual traditions»⁴⁰. Non è un caso che già cinquanta anni fa lo storico Paul Murphy avesse messo in guardia i suoi colleghi rispetto al fatto che la maggior parte degli studiosi – anche per l'influenza di pensatori come Hegel o Marx – avevano rivolto il loro sguardo alla c.d. «American social history», lasciando il campo di studio della «constitutional legal history» agli scienziati politici e ai giuristi⁴¹. Il risultato di questo processo è stato che lo studio storico delle disposizioni costituzionali ha cominciato a seguire una metodologia più interessata all'esito del processo che non alla ricostruzione della complesse sfaccettature della storia; una metodologia definita da Alfred Kelly con il termine «law-office history» orientata alla «selection of data favorable to the position being advanced without regard to or concern for contradictory data or proper evaluation of the relevance of data preferred»⁴².

³⁸ S.G. Calabresi, *On Originalism in Constitutional Interpretation*, in *Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/white-papers/on-originalism-in-constitutional-interpretation>.

³⁹ Cfr. L. Solum, *Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record*, in 2017 *BYU L. Rev.* 1621, 1649 (2018): «Historical Linguistics: Originalist judges and scholars should consider direct evidence of patterns of usage during the framing and ratification of the relevant constitutional provision. Originalist Immersion: Originalist scholars should acquire deep knowledge of the historical period in which a constitutional provision was framed and ratified, either through primary sources or through secondary sources that report the results of such immersion».

⁴⁰ Così A. Brody, *Introducing Applied Legal History*, in 31(1) *Law & Hist. Rev.* 233, 234 (2013).

⁴¹ P. Murphy, *Time to Reclaim: The Current Challenge of American Constitutional History*, in 69 *Amer. Hist. Rev.* 64, 64-67 (1963): «professional historians have shifted to social history (...) and have neglected Constitutional History (...) One immediate result was to create a temporary vacuum. The vacuum, however, was quickly filled by a number of lawyers, political scientists, and journalists who assumed the responsibility for doing what research and writing were still being produced in the area».

⁴² A.H. Kelly, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, in *Sup. Ct. Rev.* 119, 122 nota13 (1965).

Paradossalmente, le prime critiche sollevate dagli studiosi per l'uso di argomenti storici *written as advocacy* hanno riguardato decisioni della Corte Warren volte ad estendere la protezione di certe tutele costituzionali attraverso l'*incorporation* del *Bill of Rights* nel XIV emendamento. Così ad esempio, l'interpretazione dell'*Establishment clause* a partire da *Everson v. Board of Education* (1947) e *McCullum v. Board of Education* (1948) si fonda su una lettura storica della metafora del "muro di separazione" tra Stato e Chiesa che, a parere della Corte, «[is] not of a fine line easily overstepped»⁴³ ma, al contrario, «must be kept high and impregnable»⁴⁴. Tale lettura – che ha fortemente condizionato la giurisprudenza successiva imprimendo per alcuni decenni una traiettoria di radicale *strict separation* – non sembra in realtà rispondere ad evidenze acclarate perché, pur poggiandosi su alcune ricostruzioni storiche⁴⁵, «it seeks to prove too much from too little evidence and neglect contrary evidence that points in a different direction»⁴⁶. Tanto Madison quanto Jefferson, infatti, non intendevano certo imporre una rigida e – per i tempi – inopportuna separazione, e negli Stati Uniti il nesso tra politica e religione ha continuato per anni a definire un tratto distintivo di quel deismo cerimoniale che contraddistingue, anche in chiave storico-costituzionale, l'eccezionalismo americano⁴⁷. Considerando come il fondamento stesso del separatismo statunitense si regge «sul desiderio di proteggere la libertà religiosa – concepita come diritto naturale ed inalienabile – dall'influenza corruttrice dello Stato»⁴⁸, il muro di separazione non era stato immaginato da Jefferson per difendere lo Stato dall'ingerenza della Chiesa; al contrario, esso rispondeva all'esigenza di proteggere le religioni dalla dittatura del legislatore o ancora, per usare le parole del pastore battista Roger William, «to protect the garden of the churches from the wildness of the world»⁴⁹.

⁴³ *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, 231 (1948).

⁴⁴ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 18 (1947).

⁴⁵ La teoria tende a collegare il contenuto delle *Religious Clauses* – che sono state redatte da Madison – al Memorial and Remonstrance del 1785 predisposto per contestare le disposizioni fiscali volute da Patrick Henry e supportare la divisione tra Stato e chiesa della Virginia. Tale documento «sets forth quite plainly an "Enlightenment" theory of church and state relations (...) holding that the interests of liberty, reason, and religion are best advanced by promoting sharp church and state relationship» (A.H. Kelly, *Clío and the Court: An Illicit Love Affair*, cit., 138).

⁴⁶ *Id.*, 140.

⁴⁷ Per una ricostruzione si permetta di rinviare (da ultimo) a L.P. Vanoni, *Tra storia e neutralità. Antichi problemi e recenti sviluppi del pluralismo religioso negli Stati Uniti d'America*, in *QDPE*, 1, 2024, 3.

⁴⁸ J. Rakove, *Original Meanings*, New York, 1996, 312. Come ricordato da F. Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bologna, 1992, 336, la libertà religiosa in America è concepita come «una libertà nella religione e non dalla religione, allo stesso modo in cui la vera libertà civile è la libertà nella legge e non dalla legge».

⁴⁹ Secondo la visione di Roger William, considerato il «first American to advance the view that religion and government are separate institutions whose purposes are not to be mixed», il muro di separazione eretto tra Stato e Chiesa doveva servire a dividere «the garden of the church and the wilderness of the world». Tale visione fu poi fatta propria dai coloni di confessione evangelica e puritana, condizionando la redazione del Primo Emendamento della Costituzione americana. Tale visione si contrappose alla teoria illuminista della separazione, secondo cui il muro era eretto a difesa dello Stato

Ulteriori evidenze storiche mostrano inoltre che non fosse intenzione di Madison proporre una forma di separazionismo tanto radicale come quella sancita dai giudici in *Everson*, e – analogamente – anche dal dibattito in Congresso si evince come le divergenze tra i *Framers* riguardassero il rapporto tra federazione e Stati più che questioni di neutralità religiosa⁵⁰. I costituenti americani non potevano certo immaginare che il testo del primo emendamento avrebbe posto problemi con riferimento a pratiche governative diffuse all'epoca quali le *congressional prayers* o la presenza dei cappellani militari; e questo aiuta a comprendere perché la dottrina del “muro di separazione” adottata dalla Corte per giustificare un obbligo di stretta neutralità dello Stato sia stata giudicata come nient'altro che una falsificazione storica⁵¹.

In definitiva, quale che sia il giudizio politico, *Everson* e *McCullom* fanno emergere in maniera esemplare i rischi che possono derivare dall'accoglimento di una certa lettura “orientata” della storia; trapiantando il concetto del “muro di separazione” Jeffersoniano e collocandolo nel XX Secolo, i giudici americani «imposed upon the states through the Fourteenth Amendment (...) the asserted constitutional inhibitions on parochial school bus transportation, released time, school prayers and the like»⁵². Dal momento che i proponenti del Primo Emendamento erano preoccupati di risolvere i problemi dei loro tempi e non dei nostri, si può pertanto concordare con l'affermazione secondo cui «to assume that a revelatory construction is possible is to fall into an amateurish historical solecism»⁵³.

5. «The right to keep and bear arms»: il ruolo degli *amici curiae* nella interpretazione storico-costituzionale del II Emendamento

Se l'uso della storia *written as advocacy* costituisce una pratica già denunciata dagli storici negli anni passati, nei tempi recenti l'esempio più significativo di tale pratica riguarda l'interpretazione del II emendamento della Costituzione, a norma del quale «A well-regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms,

contro le indebite ingerenze della Chiesa. Cfr. J. Witte, A. Nichols *Religion in the American Constitutional Experiment*, Oxford, 2008, in particolare, 20-37.

⁵⁰ A.H. Kelly, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, cit., 139: «Madison defense on the proposal on the floor was no more an extreme “separation” argument than what was implied in the statute itself. Thus Madison originally suggested language that stipulated only nondiscrimination by the state on the basis of belief or at stipulate worship, a prohibition of “national religion”, and a guarantee of “full and equal rights of conscience”».

⁵¹ Così S. Corwin, *The Supreme Court as National School Board*, in 14 *Law & Contemp. Prob.* 3, 20 (1949) riferendosi alla sentenza *McCullom*: «The historical record shows beyond peradventure that the core idea of “an establishment of religion” comprises the idea of preference; and that any act of public authority favorable to religion in general cannot, without manifest falsification of history, be brought under the ban of that phrase. Undoubtedly the Court has the right to make history, as it has often done in the past; but it has no right to *remake* it».

⁵² A.H. Kelly, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, cit., 122.

⁵³ *Ibidem*.

shall not be infringed»⁵⁴. Tale disposizione ha attirato poca attenzione da parte dei giudici costituzionali fino al 2008⁵⁵ ossia quando, con le sentenze *District Columbia v. Heller* (2008)⁵⁶ e *McDonald v. Chicago* (2009)⁵⁷, la Corte suprema ha riconosciuto un diritto individuale a portare armi, estrapolandolo da una certa lettura della storia costituzionale americana.

Come noto, tale interpretazione ha sollevato più di una critica nella dottrina americana e ha dato avvio ad un acceso dibattito che continua ancora oggi a suscitare polemiche, come da ultimo testimoniato dalla sentenza *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen* (2022)⁵⁸. Segnatamente, lo scontro interpretativo si è dipanato su due posizioni antitetiche che poggiano però entrambe le proprie argomentazioni sulla storia costituzionale americana: da un lato vi è chi dalla disposizione ricava *prevalentemente* un diritto individuale riservato ai cittadini americani che può essere da loro opposto a disposizioni statali che regolano l'uso delle armi da fuoco⁵⁹. Dall'altro, invece, si collocano coloro secondo cui l'emendamento fu adottato *prevalentemente* per proteggere il diritto collettivo degli Stati di istituire «a well-regulated militia»⁶⁰. Posizioni antitetiche che non solo hanno interessato la dottrina, ma che si sono riflesse anche sulla attività interpretativa dei giudici; lo scontro giuridico sul diritto a portare armi è nato, infatti, alla fine degli anni '90 con il caso *United States v. Emerson*, nel quale, a fronte di una lunga ed articolata analisi storico-testualista⁶¹, il Fifth Circuit riconobbe che «[t]he rights of the Second Amendment should be as zealously guarded as the other individual liberties enshrined in the Bill of Rights»⁶². Solo un anno più tardi, però, il Ninth Circuit raggiunse il risultato opposto, ritenendo che «An examination of the historical context (...) leaves us with little doubt that the proper reading of the [Second] amendment is that embodied in the collective rights model»⁶³. Il contrasto tra i due circuiti

⁵⁴ U.S. Const. II Am.

⁵⁵ Il precedente più significativo risale a *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939), in cui la Corte ha ritenuto che il Secondo Emendamento non attribuisce a un individuo il diritto di tenere e portare con sé un fucile a canne mozzate, poiché il possesso di tale arma non ragionevolmente giustificabile alla luce della conservazione o l'efficienza di una milizia ben regolamentata.

⁵⁶ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

⁵⁷ *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

⁵⁸ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. 1 (2022).

⁵⁹ Così l'opinione di maggioranza in *District of Columbia v. Heller* redatta da Scalia: «The Second Amendment protects an individual right to possess a firearm unconnected with service in a militia, and to use that arm for traditionally lawful purposes, such as self-defense within the home».

⁶⁰ Si veda, per tutti, la dissenting opinion di Steven in *District of Columbia v. Heller*: «The Second Amendment was adopted to protect the right of the people of each of the several States to maintain a well-regulated militia. It was a response to concerns raised during the ratification of the Constitution that the power of Congress to disarm the state militias and create a national standing army posed an intolerable threat to the sovereignty of the several States (...). Specifically, there is no indication that the Framers of the Amendment intended to enshrine the common-law right of self-defense in the Constitution».

⁶¹ Cfr. S.A. Henderson, *United States v. Emerson: The Second Amendment as an Individual Right--Time to Settle the Issue*, in 102 *W. Va. L. Rev.* 177 (1999).

⁶² *United States v. Emerson*, 270 F.3d 203, 260 (5th Cir. 2001).

⁶³ *Silveira v. Lockyer*, 312 F.3d 1052, 1092 (9th Cir. 2002).

federali ha portato nel 2008 la Corte suprema – che per lungo tempo aveva rifiutato di prendere parte allo scontro – a risolvere la controversia interpretativa in favore del riconoscimento del diritto individuale di portare armi (*District Columbia v. Heller*).

Quale che sia il giudizio politico sulla opportunità di regolare la vendita e il possesso di armi all'interno degli Stati, la battaglia giuridica sull'esegesi del II Emendamento non solo è rivelatrice di una profonda spaccatura sulla lettura storica della Costituzione, ma anche sul peso giocato degli *amici curiae* nel presentare argomenti *written as advocacy*. A partire dalla fine dello scorso Secolo, infatti, tanto le *lobbies* a favore della vendita libera delle armi quanto le associazioni contrarie alla loro diffusione hanno legittimamente investito soldi e risorse per diffondere i loro, contrastanti, interessi. In modo del tutto peculiare, tuttavia, tale azione non si è limitata a sostenere candidati che supportassero certe idee, ma si è spinta anche a finanziare università o enti di ricerca al fine di (ri)costruire una certa narrativa storica. Così, ad esempio, 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 University⁶⁴, mentre – di converso – la Joyce Foundation di Chicago ha stanziato quattrocentomila dollari per l'istituzione di un centro di ricerca presso l'Ohio State nonché per organizzare convegni accademici specificamente disegnati per contestare la tesi avversa⁶⁵. Il costante lavoro di ricerca svolto dall'una e dall'altra parte è poi servito per supportare gli oltre 60 *amici curiae* presentati a sostegno di entrambe le parti nel caso *District Columbia v. Heller*⁶⁶.

Si è così innestato un circolo vizioso in cui le *lobbies* americane hanno cominciato a finanziare la ricerca storica al fine di utilizzare i risultati raggiunti come argomenti “scientifici” nei rispettivi *amici curiae*; in definitiva, «the battle rose to the level of groups of historians invoking “law-office history” in amicus briefs» e l'utilizzo di tale strumento processuale ha cominciato ad inverare i rischi e le criticità metodologiche già segnalate da Alfred Kelly: «history written as advocacy, [has] little regard for contrary data»⁶⁷. Invece di far convergere i propri sforzi nel tentativo di convincere democraticamente l'opinione pubblica della bontà delle proprie tesi politiche, gruppi di interesse contrapposti hanno visto nella ricostruzione storica del significato delle disposizioni costituzionali l'opportunità di perseguire, in modo più diretto, il proprio obiettivo coprendolo – per mezzo delle decisioni delle Corti – con il giudicato costituzionale. Il risultato è che, progressivamente, anche le argomentazioni storiche sembrano aver perso quel grado di obiettività scientifica richiesto dalla disciplina per divenire un

⁶⁴ M. Waldman, *How the NRA Rewrote the Second Amendment*, in *Brennan Center for Justice*, 20 maggio 2014, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/how-nra-rewrote-second-amendment>.

⁶⁵ R. Barnett, *Joyce Funded OSU 2nd Amendment Center Expires*, in *The Volokh Conspiracy*, 25 Novembre 2009, <http://www.volokh.com/2009/11/25/joyce-foundation-funded-osu-2nd-amendment-center-expires/>.

⁶⁶ Nel caso *District Columbia v. Heller* sono 67 gli amici briefs presentati a sostegno degli applicant (20 briefs) o respondent (47 briefs). Cfr. SCOTUSblog Coverage, *Briefs and Documents*, <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dc-v-heller/>.

⁶⁷ D.T. Hardy, *Lawyers, Historians and 'Law Office History'*, in 46 *Cumb. L. Rev.* 1, 4 (2015).

meccanismo funzionale alla *strategic litigation* e, di conseguenza, alla polarizzazione politica.

L'incremento del numero di giudici originalisti all'interno della Corte suprema avvenuto a seguito delle (contestate) nomine dell'ex Presidente Trump, infine, ha ulteriormente accresciuto il peso che le argomentazioni storiche occupano nelle decisioni costituzionali⁶⁸. Con sempre maggiore assiduità, infatti, i giudici supremi sembrano affidarsi alla storia e alle tradizioni americane per risolvere le questioni costituzionali più controverse, forti della convinzione che essa fornisca sempre argomenti imparziali ed oggettivi; come recentemente ricordato da Justice Thomas «[r]eliance on history to inform the meaning of constitutional text is more legitimate, and more administrable, than asking judges to make difficult empirical judgments»⁶⁹.

Si tratta di un'affermazione impegnativa, perché più la storia è elevata a «key driver» nelle decisioni della Corte più diventa determinante verificare «where the justices are getting their historical sources, whether those sources are fact-checked, and (most importantly) who is narrating the history»⁷⁰. Ed è per ciò stesso inevitabile che questa problematica sia connessa alla qualità e alla metodologia storica di *amici curiae* che offrono ai giudici argomenti fondati su ragioni tutt'altro che obiettive; dal momento che «the justices look to their friends and allies for historical sources», ciò «creates an echo chamber where the history the justices cite is the history pressed to them by the groups and lawyers they trust»⁷¹.

A riprova dell'attualità di tale problematica, la giurisprudenza della Corte Suprema ha recentemente offerto elementi di riflessione con la sentenza *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* (2022)⁷², in cui la maggioranza dei giudici ha risolto una controversia nata a seguito del diniego dello Stato di New York di concedere a due cittadini una licenza incondizionata a portare armi per autodifesa annullando la disposizione statale, introducendo un nuovo (e più restrittivo) *legal test* capace di vagliare la costituzionalità delle leggi statali che regolano la concessione del porto

⁶⁸ Secondo autorevole dottrina, il peso assunto dagli argomenti storici nelle decisioni nei *Landmark Cases* degli ultimi *terms* è stato tale da distaccarsi persino dalla teoria dell'originalismo per divenire un test giudiziale specifico (History and Tradition Test). Cfr. L. Solum, R. Barnett, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in 18 *Nw. U. L. Rev.* 435 (2023): «These cases raise important questions about the Court's approach to constitutional interpretation and construction. Do Dobbs, Bruen, and Kennedy represent a new theory of constitutional interpretation and construction based on history and tradition? In the alternative, should the references to history and tradition in these opinions be understood through the lens of constitutional pluralism as modalities of constitutional argument? Finally, can the use of history and tradition in Dobbs, Bruen, and Kennedy be reconciled with the Supreme Court's embrace of originalism?».

⁶⁹ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 579 U.S. __ (2022).

⁷⁰ A.O. Larsen, *The Supreme Court Decisions on Guns and Abortion Relied Heavily on History. But Whose History?*, in *Politico*, 7 giugno 2022, <https://www.politico.com/news/magazine/2022/07/26/scotus-history-is-from-motivated-advocacy-groups-00047249>.

⁷¹ Ibidem.

⁷² *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 579 U.S. __ (2022).

d'armi⁷³. Al di là delle considerazioni giuridiche sulla pronuncia che allarga le maglie del diritto costituzionale sancito dal II Emendamento⁷⁴, ciò che colpisce è che tanto i giudici di maggioranza quanto quelli dissenzienti hanno largamente fatto ricorso alle argomentazioni presentate dagli oltre 80 *briefs*, che sono a vario titolo citati 12 volte dalla *opinion* di maggioranza (cui si aggiungono le 14 citazioni delle *concurring opinions* di Alito e Kavanaugh) e ben 31 della *dissenting opinion* di Breyer⁷⁵. Ma, soprattutto, ciò che merita di essere sottolineato è che la sentenza *Bruen* svela un errore sistemico in cui, sempre più di frequente, rischiano di incorrere i giudici che fanno eccessivo affidamento sulle narrazioni storiche degli *amicus briefs*: dal momento che «many neutral experts do not pay attention to the courts or participate in advocacy, the historical accounts presented to the justices are necessarily incomplete and motivated to build a particular argument»⁷⁶.

Anche prima di *Bruen*, del resto, tutto il dibattito giurisprudenziale sorto intorno al II Emendamento aveva messo in luce una problematica che riguarda la metodologia storica di disposizioni scritte in un'epoca ormai lontana. Da ormai molti anni lo scontro dottrinale sulla regolamentazione delle armi da fuoco ha diviso chi legge nel II Emendamento un diritto personale insuscettibile di limitazioni («the right of the people (...) shall not be infringed») e chi trae invece da esso l'esistenza di una mera facoltà subordinata alle finalità statali indicate nella prima parte della disposizione costituzionale («A well-regulated Militia, being necessary (...)).

Vi è però un elemento di cui nessuna delle due parti sembra accorgersi, ovverosia del fatto che, proprio sotto il profilo storico, è altamente probabile che entrambe le proposizioni siano vere. Da un lato, infatti, la storia americana (e prima ancora quella della Common Law inglese) documenta come nel corso del tempo siano state adottate molteplici disposizioni volte a regolare, disciplinare e, in ultimo, a limitare l'utilizzo delle armi. Dall'altro, sotto il profilo squisitamente testualista, «at the time, as now, “to bear” meant “to carry”»⁷⁷, ed è difficile immaginare che nel 1791 la costituzione di una milizia statale potesse essere predisposta senza preventivamente attribuire ai cittadini un diritto personale a custodire armi da fuoco nei loro granai o fienili.

⁷³ In particolare, secondo la maggioranza dei giudici, «When the Second Amendment's plain text covers an individual's conduct, the Constitution presumptively protects that conduct. The government must then justify its regulation by demonstrating that it is consistent with the Nation's historical tradition of firearm regulation. Only then may a court conclude that the individual's conduct falls outside the Second Amendment's “unqualified command”» (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 579 U.S. __ (2022)).

⁷⁴ Sulle quali si permetta di rinviare a L.P. Vanoni, *La Corte Suprema americana nell'era della polarizzazione: una riflessione costituzionale su judicial activism e judicial supremacy*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Fascicolo speciale, 6, 2024, 99.

⁷⁵ Dati riportati da *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. Bruen*, SCOTUSblog Coverage, <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/new-york-state-rifle-pistol-association-inc-v-bruen/>.

⁷⁶ A.O. Larsen, *The Supreme Court Decisions on Guns and Abortion Relied Heavily on History. But Whose History?*, cit.

⁷⁷ R. Barnett, N. Lund, *Implementing Bruen*, in *Law & Liberty*, 6 febbraio 2023, <https://lawliberty.org/implementing-bruen/>.

Questa duplicità insita nella lettura del II Emendamento fa emergere le zone grigie dello stesso meccanismo degli *amici curiae* che è ormai divenuto uno strumento poco controllabile e altamente manipolabile, su cui non sembra opportuno fondare per intero decisioni di rilievo costituzionale, a fortiori quando gli argomenti presentati dai *briefs* si presentino argomenti “scientifici”, cioè descritti come “obiettivi”, “neutrali” e “imparziali”. Come ricordato da Alfred Kelly, «The truth of history does not flow from its usefulness» mentre l'*utilità* di certe argomentazioni è esattamente la ragione per cui la storia viene utilizzata dagli *amici curiae* in Corte⁷⁸.

6. Conclusioni

Nato con il nobile intento di assistere i giudici imparzialmente nel corso del processo e di servire un alto ideale di giustizia, l'istituto dell'*amicus curiae* svolge oggi negli Stati Uniti esclusivamente la funzione di un intervento di parte. Ciò non deve stupire: tale istituto sembra infatti aver seguito quella trasformazione informale della Costituzione americana che ha finito per attribuire ai giudici, e in particolar modo ai giudici supremi, un ruolo sempre più incisivo nella evoluzione del costituzionalismo americano. Negli ultimi decenni, tuttavia, l'incremento esponenziale del numero degli *amici curiae*

⁷⁸ A.H. Kelly, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, cit., 157. La critica mossa da Kelly nei confronti di un certo metodo di ricerca storica fondato sull'utilità è radicale: «To put the matter differently, the present use of history by the Court is a Marxist-type perversion of the relation between truth and utility. It assumes that history can be written to serve the interest of libertarian idealism. The whole process calls to minds the manipulation of scientific truth by the Soviet government in the Lysenko controversy».

È bene chiarire che tutto ciò non significa che la storia non possa costituire un valido criterio nella interpretazione delle clausole costituzionali. Un conto, infatti, è la ricostruzione storica *di parte* elaborata (e in alcuni casi persino finanziata) dagli *amici curiae*, un altro è l'indagine sulle norme costituzionali che, soprattutto nel sistema americano, un giudice supremo è chiamato a svolgere per comprendere l'esatto significato di certe proposizioni. Quello che si vuol qui mettere in luce è piuttosto che l'uso degli *amici curiae* da parte delle *opinions* dei giudici non contribuisce, di per sé, a giustificare la correttezza (e l'imparzialità) delle loro argomentazioni, e ciò ad ulteriore riprova della sostanziale inutilità di tale istituto. Proprio per questo, ad avviso di chi scrive, la pratica del *law office history* – pur presente nella giurisprudenza americana come visto non solo originalista – non costituisce una critica sufficiente a screditare *in toto* l'originalismo come teoria interpretativa della Costituzione. Al contrario, proprio tale dottrina fornisce invece una indicazione precisa anche ai giudici che si trovino a dover fare i conti con ricostruzioni storiche parziali o controverse; come ricordato da Justice Scalia in *Virginia v. Moore*, 553 U.S. 164, 171 (2008), infatti, «When history has not provided a conclusive answer we have analyzed [constitutional clauses] in light of others traditional standards». Utilizzando tale suggerimento ermeneutico – e in ossequio al principio della separazione dei poteri che costituisce uno dei fondamenti teorici della teoria originalista – i giudici originalisti dovrebbero procedere alla incostituzionalità delle leggi solo in presenza di un chiaro e riscontrabile errore (c.d. Clear Mistake Rule), lasciando altrimenti al circuito politico-democratico la decisione (come correttamente suggerito dalla dissenting opinion di Justice Breyer: «these types of disagreements are exactly the sort that are better addressed by legislatures than courts. The Court today restricts the ability of legislatures to fulfill that role» *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), (Breyer dissenting).

sembra documentare, almeno simbolicamente, il grado di dissenso politico presente nella società, mentre la mancanza di trasparenza che regola concretamente la redazione e presentazione dei *briefs* tende allontanare ancor più radicalmente l'istituto dai suoi scopi originari.

Spesso i giudici supremi tendono oggi a ricavare gli elementi fattuali addotti a sostegno delle proprie argomentazioni direttamente dagli *amici curiae*⁷⁹; in questo modo, la Corte finisce con l'utilizzare valutazioni di parte come fossero pareri di esperti, incorporando nelle proprie decisioni il linguaggio ricavato «from amicus briefs that correspond to their ideological preferences, and those filed by high status»⁸⁰.

L'attuale pratica degli *amici curiae* mette così in crisi la tesi di chi vede in tale istituto un meccanismo democratico capace di aprire le porte della Corte alla società civile dal momento che, al contrario, «it appears that elite interests are better able to marshal their resources and submit higher caliber amicus briefs, which are given more deference by the justice»⁸¹. Inoltre, non è infrequente che i *briefs* presentino evidenze fondate su metodologie di ricerca fortemente contestate da altri esperti o, persino, che «the amicus will cite a study that it funded itself»⁸².

Quest'ultima riflessione è particolarmente evidente se si analizza il ruolo giocato dagli *amici curiae* nelle argomentazioni storiche relative all'interpretazione del II Emendamento; lungi da fornire elementi imparziali e storicamente contestualizzati, l'una e l'altra parte hanno usato tale strumento processuale per presentare ai giudici la propria – parziale – verità. Viene così in rilievo quanto sostenuto da una parte minoritaria della nostra dottrina che, ai tempi della modifica delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, aveva messo in guardia la Consulta dall'ipotesi di introdurre l'istituto degli *amici curiae* nel processo italiano quale meccanismo attraverso cui «anche la società civile (...) potrà finalmente far sentire la propria voce»⁸³. L'esperienza degli Stati Uniti testimonia come gli *amici curiae*, piuttosto che fungere da eco alle istanze plurali presenti nella società, abbiano invece contribuito ad innescare tensioni tra interessi particolari, contribuendo ad alimentare quella

⁷⁹ A.O. Larsen, *The Trouble with Amicus Facts*, cit., 1779: «more often than not a Justice citing an amicus brief to support a factual claim relies on only the amicus brief as authority without accompanying evidence (studies, articles, statistics, etc.) that can be found from within the brief (...). This practice indicates that the Justices treat amici as experts, not as a research tool».

⁸⁰ P.M. Collins, P.C. Corley, J. Hamner, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content*, in 49 *Law & Soc'y Rev.* 926, 938 (2015): «We find that the justices borrow more language from high quality amicus briefs that, in turn, better enable them to author high quality majority opinions. Justices also incorporate more language from amicus briefs that repeat arguments advanced in other information sources, suggesting they are more likely to view that information as credible. Moreover, the justices adopt more language from amicus briefs that correspond to their ideological preferences, and those filed by high status».

⁸¹ *Id.*, 939.

⁸² A.O. Larsen, *The Trouble with Amicus Facts*, cit., 1764.

⁸³ Così il Comunicato stampa della Corte Costituzionale che accompagnava la delibera che istituisce le modifiche delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*

polarizzazione che, almeno nelle intenzioni, l'apertura della Corte alla società civile vorrebbe invece scongiurare⁸⁴.

Luca Pietro Vanoni
Dip.to di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale
Università degli Studi di Milano
luca.vanoni@unimi.it

⁸⁴ Analogamente M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 425: «A nessun giudice, in definitiva, può davvero competere la *mediazione* degli interessi. (...) Quel che a un giudice spetta, semmai, è la *moderazione* del conflitto, dovendo egli operare da strumento di regolazione verso il basso della temperatura del sistema. Se è così, però, ammettere nel processo costituzionale gli amici curiae significa andare nella direzione opposta del riscaldamento, inevitabilmente comportato dalla teatralizzazione dello scontro sociale nel foro».

