

## La dottrina statunitense in tema di diritti nel biennio 2017-2018

di *Claudia Sartoretti*

**Keywords:** United States of America; Fundamental Rights; Scholarly debate.

1. – La produzione scientifica-giuridica statunitense in tema di diritti fondamentali per il biennio 2017-2018 riflette ancora una volta la particolare attenzione e sensibilità degli studiosi nord-americani per le tematiche più strettamente connesse con la più recente realtà sociale, politica ed economica nazionale ed internazionale. Volendo individuare i filoni principali di indagine, la dottrina statunitense ha innanzitutto focalizzato la sua attenzione sulle problematiche che l'impiego delle nuove tecnologie informatiche e di comunicazione, sempre più diffuse, sollevano, evidenziandone rischi e potenzialità per la tutela dei diritti fondamentali e, nella fattispecie, per il diritto alla privacy e il diritto di espressione. Il tema delle discriminazioni di razza e di orientamento sessuale si conferma poi ancora una materia che suscita interesse e merita costante attenzione a riprova del fatto che i pregiudizi nei riguardi degli omosessuali e degli individui di colore restano purtroppo una costante anche nelle più moderne ed evolute società civili. Non vanno poi trascurati i numerosi contributi dedicati alla questione della cittadinanza e al problema dell'immigrazione, tematiche roventi di questo ultimo biennio che ha visto il Presidente Donald Trump impegnato ad attuare nuove e drastiche misure di respingimento dei migranti.

Per quanto riguarda il primo ambito, con particolare riguardo al complesso rapporto fra tecnologie di informazione e comunicazione e tutela della privacy, si segnala l'articolo di L. Sacharof, *Unlocking The Fifth Amendment: Passwords and Encrypted Devices*, in 87 *Fordham L. Rev.* 203 (2018) che indaga sulla possibilità da parte dell'autorità di pubblica sicurezza di appropriarsi, durante un'attività investigativa, di password private per accedere ai computer e smartphone degli indagati, ritenendo che la questione è regolamentata al contempo sia dal Quarto che dal Quinto emendamento. L'Autore osserva, in particolare, che se negli ultimi 150 anni la Corte Suprema ha operato al fine di tenere separati gli ambiti di applicazione delle norme appena menzionate, oggi, i dispositivi criptati sembrano invece riunirli, là ove sembrano fondare la loro tutela sul combinato disposto dei due emendamenti.

Anche A. G. Ferguson, *The "Smart" Fourth Amendment* in 102 *Cornell L. Rev.*, 547 (2017) si propone di verificare se e in quale misura il Quarto Emendamento della Costituzione statunitense finalizzato a proteggere la persona, l'abitazione, la corrispondenza e quindi la privacy da perquisizioni e ricerche immotivate che non siano disposte da un giudice possa applicarsi anche alle ipotesi di perquisizione e acquisizione di dati conservati in dispositivi digitali. L'Autore si chiede, più specificatamente, se anche per accedere a quel flusso costante di informazioni che circolano in rete al governo americano debba essere richiesto di ottenere un apposito mandato. In modo non dissimile, B. Chao, C. Durso, I. Farrell, C. Robertson, *Why Courts Fail To Protect Privacy:*

*Race, Age, Bias, And Technology*, in 106 *Cal. L. Rev.*, 263 (2018) riflettono sull'assunto per cui un individuo che abbia volontariamente divulgato informazioni personali attraverso l'uso delle moderne tecnologie informative, non possa, secondo alcuni Autori, vantare ragionevolmente il diritto di privacy sulle medesime.

In una prospettiva comparata, S. L. Lode, "You Have The Data" . . . *The Writ Of Habeas Data And Other Data Protection Rights: Is The United States Falling Behind?*, in 94 *Indiana L. Journ. Supplement*, 41 (2018) osserva come nel contesto di una tendenza globale a proteggere in modo più efficace gli individui da illegittime invasioni della privacy e dinnanzi al riconoscimento da parte di molti Paesi di un vero e proprio diritto "naturale" alla privacy, gli Stati Uniti sembrano invece attardarsi nella protezione dei dati personali dei propri cittadini. L'Autrice auspica allora che le recenti novità legislative in materia di privacy adottate da numerosi ordinamenti stranieri possano fungere da esempio per gli Stati Uniti, che, dal canto loro, potrebbero ispirarsi a esperienze giuridiche diverse dalla propria per migliorare la protezione di dati personali, soprattutto di quelli più sensibili, relativi alla salute.

Va poi segnalato il corposo e ricco *symposium Terrorist Incitement On The Internet* in 86 *Fordham L. Rev.* 368 (2017) organizzato per riflettere sui rischi connessi all'uso di internet come strumento di comunicazione, quando ad avvantaggiarsene siano reti terroristiche che si servono di questo strumento per propagandare terrore e violenza. Ciò che complessivamente emerge da questo incontro di studio è la necessità di tutelare la libertà di espressione, come valore fondante delle democrazie liberali, bilanciandola con l'esigenza di monitorare e limitare l'utilizzo delle moderne tecnologie di comunicazione, in modo da arginare il rischio di un uso improprio, come quello di promuovere il terrorismo, intimidire e reclutare nuovi simpatizzanti e adepti. A questo incontro di studio vanno poi aggiunte le riflessioni sviluppate in *Developments in the Law* in 131 *Harv. L. Rev.* 1790 ove si analizza il ruolo che i moderni motori di ricerca e i social network giocano nell'offrire un ausilio alla sorveglianza svolta dai governi per garantire la sicurezza nazionale, ciò che li rende sempre più «*responsible for decisions that have major consequences for our privacy, on the one hand, and our safety, on the other*» (in *Cooperation or Resistance?: The Role of Tech Companies in Government Surveillance*, in 131 *Harv. L. Rev.*, 1722).

Il contributo di L. Kendrick, *Are Speech Rights For Speakers?* in 103 *Virginia L. Rev.*, 1767 (2017) esamina invece il complesso rapporto tra *speakers* (primo fra i quali internet) e *listeners* osservando come sull'argomento si sia sviluppato da tempo un complesso dibattito sul diritto di parola degli *speakers* e sulla difficoltà di riconoscere tale libertà allorché l'interesse dello *speaker* entri in conflitto con quello del *listener*. Per l'Autrice la libertà di espressione va sempre e comunque garantita a chi riveste il ruolo di *speaker*; le difficoltà che possono derivare dall'esercizio del diritto di espressione non possono infatti costituire un motivo per limitare o escludere *a priori* il diritto di parola degli *speakers*, ma devono piuttosto suggerire maggior rigore e attenzione nel bilanciamento con i diritti dei *listeners*.

K. E. Eichensehr, *Public-Private Cybersecurity*, in 95 *Texas L. Rev.*, 467 (2017), trae spunto da una riflessione di Barak Obama sulla necessità di condivisione da parte dei poteri privati e pubblici del cyber spazio al fine di meglio garantire la sicurezza del proprio Paese (*Remarks at the National Cybersecurity Communications Integration Center, January 13, 2015*) per verificare l'efficacia e l'efficienza del partenariato pubblico-privato nella difesa dei valori pubblici, primo fra i quali quello della privacy.

La rivoluzione delle tecnologie digitali, in special modo dell'informatica e di internet, ha comportato lo sviluppo e la diffusione di nuovi strumenti per gli internauti, proponendo anche nuovi scenari per il diritto d'autore e generando altrettanto nuove ed originali dinamiche del processo creativo. Sull'argomento, si veda, ad esempio Dr. Shlomit Yanisky Ravid, Xiaoqiong (Jackie) Li, *When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: An Alternative Model For Patent Law At The 3a Era*, in 39 *Cardozo L. Rev.*,

2215 (2018) e L.S. Osborn, *Intellectual Property Channeling For Digital Works*, in 39 *Cardozo L. Rev.*, 1303 (2018)

Nel suo saggio, S. Bornstein, *Antidiscriminatory Algorithms*, in 70 *Ala. L. Rev.* 519 (2018) ricorda invece come uno degli obiettivi di Amazon fosse quello di creare attraverso l'intelligenza artificiale (AI) un algoritmo da impiegare al fine di facilitare la selezione e classificazione di candidati da assumere. L'Autrice si domanda se gli algoritmi possano essere utilizzati per promuovere l'uguaglianza sul posto di lavoro. Alcuni studiosi di diritto hanno però espresso alcune riserve sull'uso di dati personali da parte di un datore di lavoro ritenendo che ciò possa portare a discriminare la categoria di soggetti protetti dall'attuale legge antidiscriminazione. Altri studi suggeriscono invece che, poiché gli algoritmi sono «*facially neutral*», non creano invero alcun problema di disparità di trattamento.

Il ricorso agli algoritmi e all'intelligenza artificiale facilitano sicuramente la possibilità di fare scelte più veloci e basate su dati oggettivi che permettano di correggere i pregiudizi umani. Qualsiasi miglioramento al processo decisionale tradizionale che proverrà dall'impiego di dati oggettivi dipenderà però sempre da quali informazioni si sceglie di utilizzare e come. Se gestiti «correttamente – osserva l'Autrice – gli algoritmi possono contribuire a che una decisione venga presa scevra da stereotipi riferiti ad una determinata classe protetta; se gestiti in modo improprio, questi procedimenti finalizzati alla soluzione di un problema (nella fattispecie la selezione automatizzata di persone da assumere in un posto di lavoro) diventano essi stessi una forma di stereotipizzazione, là ove permettano di addivenire ad una scelta finale basata su illazioni circa la possibilità che un individuo tenga in futuro un comportamento non dissimile da quello che di solito la categoria di soggetti a cui appartiene è avvezza a tenere.

Nel 2017, la rivista *The Economist* ha proclamato che «la risorsa più preziosa del mondo non è più il petrolio, ma i dati». Aziende come Facebook e Google hanno infatti basato i loro modelli di business sulla raccolta e l'analisi dei dati degli utenti. Oggi, però, dinnanzi alla richiesta pressante di privacy per arginare il flusso incontrollato di informazioni che circolano su internet, molte aziende hanno scelto di investire sui sistemi di protezione della privacy come nuova forma di business. S. Enn Elvy, *Paying For Privacy And The Personal Data Economy*, in 117 *Columbia L. Rev.* 1369 (2017) riflette sul punto e sulle nuove strategie messe in piedi (c.d. “pay for privacy”) che offrono ai consumatori la possibilità di pagare tariffe più elevate in cambio di una maggior tutela nella raccolta e conservazione di dati personali e nell'utilizzo di informazioni personali per indirizzare agli utenti pubblicità mirate.

Infine, merita attenzione l'attualissimo saggio di J. Daskal, *Microsoft Ireland, the CLOUD Act, And International Lawmaking 2.0*, in 71 *Stanford L.Rev.Online* 9 (2018) sulla questione della territorialità delle informazioni digitali alla luce del Cloud Act statunitense e in una prospettiva più ampia che prende in considerazione anche gli effetti del nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati.

Sull'argomento, si segnala anche il lavoro di A. K. WOODS, *Litigating Data Sovereignty*, in 128 *The Yale L. Journ.* 328 (2018) che indaga sulla capacità degli Stati di riuscire a conservare sul proprio territorio il pieno controllo dei dati, vista la dimensione extraterritoriale e globale della Rete Internet.

2. – L'altro ambito su cui la dottrina giuridica di questo ultimo biennio si è maggiormente concentrata è quello dell'uguaglianza e del divieto di discriminazioni: la questione, anche questa volta, viene approfondita sotto vari aspetti ma, come sopra precisato, a destare maggior attenzione (e preoccupazione) sono le disuguaglianze razziali e quelle legate all'orientamento sessuale.

Con particolare riferimento alle discriminazioni razziali, si segnala la monografia di J. Forman Jr., *Locking Up Our Own: Crime and Punishment in Black America*, New York,

2017, pp. 306 in cui viene affrontata la questione riguardante la composizione della polizia statunitense e il nesso fra essa e le violenze sovente perpetrate ai danni di afro-americani. I numerosi episodi a cui si è assistito di sproporzionata violenza da parte della polizia nei riguardi di criminali afroamericani hanno indotto l'Autore a riflettere sulla necessità di far fronte a questo problema, intervenendo sulla composizione del corpo di polizia. L'Autore suggerisce infatti di diversificare a livello di appartenenza razziale, la composizione della polizia per arginare i casi di trattamento discriminatorio a danno di individui afro-americani e tentare di superare i pregiudizi a carico di questi ultimi.

Come emerge anche dalla approfondita recensione al libro ad opera di D.W. Carbado, L. Song Richardson, *The Black Police: Policing Our Own*, in 131 *Harvard L. Rev.*, 1979 (2018), occorre smantellare i numerosi stereotipi presenti nella società, primo fra i quali quello che porta a insinuare che l'abitudine di molti afro-americani di fuggire, anziché arrestarsi, dinanzi al sopraggiungere della polizia sia da considerarsi sempre e comunque una tacita ammissione di colpevolezza.

Il rapporto conflittuale che da sempre sussiste tra persone di colore e polizia ha finito per incentivare nei primi comportamenti che consentano loro di evitare qualsivoglia contatto con la polizia: la fuga ne costituisce un esempio. Per contro, questo atteggiamento ha finito per avvalorare il detto citato dal giudice Scalia secondo il quale «[t]he wicked flee when no man pursueth» e per rafforzare la percezione dei neri come individui maggiormente propensi a non osservare la legge.

J. Hansford, *The First Amendment Freedom Of Assembly As A Racial Project*, in 127 *The Yale L. Journ.* 685 (2018) è invece piuttosto critico verso le pubbliche autorità ritenute dall'Autore responsabili di non contribuire ad un'effettiva ed efficace tutela dei diritti delle persone di colore là ove le prime non consentono alle seconde la piena libertà di riunirsi in luoghi pubblici per protestare contro le violenze e le discriminazioni di razza. La stretta e rigida sorveglianza messa in atto dalle autorità di pubblica sicurezza nelle sole occasioni (l'Autore prende in considerazione la vicenda ad esempio di Ferguson) in cui a riunirsi è la gente di colore e non anche, ad esempio, i movimenti nazionalisti, sostenitori della supremazia bianca, conferma il mancato impegno pubblico nel garantire a tutti pari dignità e l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

In una prospettiva storica, il saggio di K. W. Crenshaw, *Race Liberalism And The Deradicalization Of Racial Reform* in 130 *Harv. L. Rev.* 2298 (2017) ricorda il boicottaggio della Harvard Law School del 1982 in cui si consumò la rottura tra i sostenitori della riforma razziale e nella fattispecie tra il "liberalismo razziale" che rinviava a un modello *colorblind* di giustizia razziale che doveva eliminare ogni forma di discriminazione e un discorso più critico sulla razza che focalizzava la sua attenzione sulla distribuzione del potere razziale, una prospettiva che richiede una «*very race consciousness*» considerati dai liberali come un male da eliminare. Negli anni '80, il contrasto tra questi due orientamenti è stato protagonista di numerosi dibattiti, primo fra i quali quello riguardante le politiche di «*race-conscious affirmative action*» nelle istituzioni di élite.

Ancora su razzismo e *affirmative action*, si veda anche la nota *The Virtues Of Heterogeneity, In Court Decisions And The Constitution* in 131 *Harv. L. Rev.* 872 (2018) ove si mette in luce il fatto che le azioni positive non abbiano avuto invero solo una funzione "riparatoria" delle ingiustizie a danno di persone di colore ma si fondino anche su altre considerazioni come quella secondo cui gli individui e le istituzioni traggono beneficio da fatto di fornire il maggior numero possibile di punti di vista diversi, compreso quello derivante dalla diversità razziale. In tal senso le azioni positive utilizzano lo status di appartenente a una razza tradizionalmente sottorappresentata come fattore decisionale. Per questa ragione, si osserva, la Corte Suprema ha interpretato queste misure in deroga all'uguaglianza formale come forma di discriminazione razziale da sottoporre come tali a severi controlli. Sposando questo orientamento, la Corte ha finito progressivamente per eliminare i progetti di integrazione intrapresi volontariamente dai distretti scolastici locali, anche se è stata un po' più indulgente nel contesto dell'istruzione superiore. I

recenti sviluppi nell'ambito delle politiche dell'esecutivo suggeriscono che anche i programmi di istruzione superiore precedentemente conservati potrebbe ora essere in pericolo.

Più in generale su razza e discriminazione si segnala il *symposium, Fifty Years Of Loving v. Virginia And The Continued Pursuit Of Racial Equality* in 86 *Fordham L. Rev.*, 2625 (2018), che partendo dalla sentenza con cui 50 anni fa la Corte suprema (caso *Loving v. Virginia*) dichiarava anticostituzionali tutte le leggi che proibivano i matrimoni interrazziali, offre spunti di riflessione su una lotta ancora attuale contro le discriminazioni. Ricordando le numerose figure di riferimento del movimento nero che si è battuto per contrastare la segregazione razziale negli Stati Uniti, S. Gregory Parks, M. W. Hughey, “*A Choice Of Weapons: The X-Men And The Metaphor For Approaches To Racial Equality*” in 92 *Indiana L. Journ.*, 01 (2017) si interrogano su quale possa oggi essere allora l’approccio migliore per garantire un progresso afro-americano: quello pacifico o quello dell’autodifesa. Metaforicamente parlando, per gli Autori la questione è ancora aperta; e’ in parte, sostengono, come scegliere il supereroe preferito del gruppo dei mutanti x-men, protagonista di varie serie a fumetti: meglio Martin Luther King e il suo metodo “morale” per risolvere il problema delle discriminazioni razziali o Malcom x e i suoi metodi di lotta radicali o intransigenti? Il dibattito sull’utilità o meno della violenza come strumento per contrastare la discriminazione razziale sembra per gli Autori ancora aperto e molto dibattuto.

La discriminazione di razza unitamente a quella di religione sono oggetto dello studio di A. Z. Huq, *What Is Discriminatory Intent*, 103 *Cornell L. Rev.* 1211 (2018) il quale focalizza la sua attenzione sul concetto di «intento discriminatorio», attorno a cui è costruita la difesa costituzionale delle minoranze razziali, religiose ed etniche, evidenziando come la Corte Suprema non abbia invero mai fornito una definizione chiara e univoca di tale nozione da applicarsi a diverse istituzioni e differenti ambiti di politica pubblica.

Il contributo di D. E. Peterman, *Socioeconomic Status Discrimination*, in 104 *Virginia L. Rev.*, 1283 (2018), focalizza invece la sua attenzione sulla disuguaglianza socio economica che sovente si intreccia e somma con quella razziale. L’Autore sottolinea l’associazione tra razza e povertà, evidenziando come la discriminazione basata sul SES (*socio-economic status*) sia una delle condizioni che accentua la disuguaglianza razziale. Una strategia globale finalizzata a fare fronte alla discriminazione razziale deve dunque anche affrontare la discriminazione basata sul SES.

Infine, per una riflessione più in generale sul concetto stesso di “razza” si può vedere il saggio di D. Peery, *(Re)defining Race: Addressing The Consequences Of The Law’s Failure To Define Race*, in 38 *Cardozo L. Rev.* 1817 (2017).

3. – Per quanto riguarda le discriminazioni sull’orientamento sessuale, la dottrina statunitense presta particolare attenzione alle unioni civili e al matrimonio tra soggetti di eguale sesso. K. Abrams, *The Rights Of Marriage: Obergefell, Din, And The Future Of Constitutional Family Law*, in 103 *Cornell L. Rev.*, 501 (2018) a proposito del matrimonio omosessuale riflette sulla necessaria lettura combinata delle due decisioni *Obergefell v. Hodges* e *Kerry v. Din*, che rispettivamente riconoscono un *right to marriage* e i *rights of marriage*.

Sempre con riguardo al caso *Obergefell v. Hodges*, con una attenzione rivolta alla questione riguardante i figli di coppie omosessuali, si veda il corposo saggio di S. Hazeldean, *Anchoring More Than Babies: Children’s Rights After Obergefell v. Hodges*, in 38 *Cardozo L. Rev.*, 1397 (2017).

In una prospettiva invece comparata, traendo spunto dal caso di *Moore v. City of East Cleveland*, il *symposium Moore Kinship* in 85 *Fordham L. Rev.*, 2551 (2017), riflette sui matrimoni omosessuali attraverso la comparazione Stati Uniti-Sud Africa.

Le persone omosessuali vanno tutelate da forme di discriminazione che possono concretizzarsi in atti di bullismo. A. E. Waldman, *Are Anti-Bullying Laws Effective?* in 103 *Cornell L. Rev. online*, 86 (2018) riflette sull'utilità delle leggi varate da molti Stati contro il bullismo e il cyber bullismo evidenziando come esse non siano sufficienti a contrastare il suddetto fenomeno se ad esse non si associa anche un più generale impegno sul piano sociale e giuridico per promuovere l'eguaglianza.

Secondo C. Rosk, *Anti-gay Curriculum Laws*, in 117 *Columbia L. Rev.*, 1461 (2017) occorre innanzitutto partire dall'abrogazione dei provvedimenti normativi riguardanti i programmi di studio anti-LGBT con i quali in molti Stati si è vietata o limitata la discussione sull'omosessualità nelle scuole pubbliche.

4. – Il principio di eguaglianza e la problematica delle discriminazioni sono oggetto di analisi da parte della dottrina statunitense anche con riferimento ad altri parametri di valutazione, oltre a quello razziale e quello fondato sull'orientamento sessuale. Il contributo di N. Cahn, J. Carbone, N. Levit, *Gender and the Tournament: Reinventing Antidiscrimination Law In An Age Of Inequality* in 96 *Texas L.Rev.*, 425 (2018) si propone di esaminare il problema della parità di genere, evidenziando come l'assenza di donne nei posti di controllo delle aziende, nel settore finanziario e altrove, possa invero essere letto come qualcosa di più di un semplice fallimento delle singole donne vittime di episodi che le vedono impossibilitate ad accedere alle posizioni retributive più alte della società nord americana. Le vicende dove si avverte disparità di genere non sono infatti interpretabili come pochi e isolati casi, a detrimento di singoli specifici soggetti, ma vanno letti come sintomo di una società molto più profondamente, genericamente e drammaticamente diseguale di quanto si pensi.

La lotta contro le discriminazioni di genere in ambito lavorativo non si esaurisce solo nella eliminazione di illegittimi gap salariali tra uomo e donna ma deve anche garantire una efficace ed effettiva azione per contrastare le molestie e i ricatti sessuali sui posti di lavoro, come evidenziano nei loro saggi R. K. Lee Beyond, *The Rhetoric: What It Means To Lead In A Diverse And Unequal World*, in 71 *Stan. L. Rev. online*, 110 (2018), V. Schultz, *Open Statement On Sexual Harassment From Employment Discrimination Law Scholars*, in 71 *Stan. L. Rev. online* 17 (2018) e D. Hemel, D. S. Lund, *Sexual Harassment And Corporate Law*, in 118 *Columbia L. Rev.* 1583 (2018).

Il contributo critico di S. R. Bagenstos, *Disability, Universalism, Social Rights, And Citizenship*, in 39 *Cardozo L. Rev.* 413 (2018), denuncia invece un arretramento nella lotta contro le diseguaglianze socio economiche e, nella fattispecie, contro quelle legate alle condizioni personali e sociali di numerosi individui, successivamente all'elezione presidenziale del 2016, come dimostrano i numerosi tentativi per abrogare la riforma *Obamacare* perseguiti dai conservatori repubblicani e dal Presidente Trump. Sul punto si veda anche, K. Andrias, *The Fortification Of Inequality: Constitutional Doctrine And The Political Economy*, in 93 *Indiana L. Journ.*, 5 (2018), il lavoro monografico di G. Sitaraman, *The Crisis Of The Middle-Class Constitution. Why Economic Inequality Threatens Our Republic*, New York, 2017 e il saggio di R. Dixon, J. Suk Liberal, *Constitutionalism And Economic Inequality*, in 85, *The University of Chicago L. Rev.* 369 (2018).

D. W. Black, *The Constitutional Compromise To Guarantee Education*, in 70 *Stan. L. Rev.*, (2018) denuncia invece le disparità nell'accesso all'istruzione sottolineando come segregazione, povertà e diseguaglianze siano in aumento, mentre i tribunali statali e le agenzie federali non sembrano impegnarsi nell'assicurare pari opportunità di studio a tutti.

5. – Un ultimo campo su cui ha concentrato l'attenzione la più recente produzione scientifica statunitense riguarda la cittadinanza e la questione immigrazione, temi sempre certamente attuali ma che in questo biennio, sotto la nuova presidenza nord

americana, sono tornati drammaticamente alla ribalta di fronte alla linea dura anti-immigratoria tenuta dal governo Trump.

La Corte Suprema è recentemente intervenuta sul caso *Sessions v. Morales-Santana* (137 S. Ct. 1678 (2017)). La fattispecie riguarda la discriminazione nella trasmissione della cittadinanza da genitori non sposati, rispetto a quelli sposati, nel caso in cui il bambino sia nato all'estero. Nel caso di specie, i genitori del ricorrente non erano coniugati quando egli era nato nel 1962 nella Repubblica Dominicana. Il padre era un cittadino americano, mentre non lo era la madre. In virtù della legge allora in vigore, il bambino avrebbe potuto acquisire la cittadinanza americana solo nell'ipotesi in cui il padre avesse vissuto negli Stati Uniti per almeno dieci anni prima della sua nascita e se cinque di tali anni fossero stati successivi al compimento del quattordicesimo anno. Il ricorrente avrebbe potuto inoltre nascere cittadino americano qualora la madre, invece che il padre, fosse stata cittadina americana, sempre che la madre avesse trascorso almeno un anno negli Stati Uniti. Dal caso in questione emerge, quindi, una discriminazione sul sesso e sulla circostanza relativa all'assenza del matrimonio tra i genitori nel trasmettere la cittadinanza ai figli, discriminazione definita dalla Corte Suprema "anacronistica".

Il caso è rilevante, soprattutto alla luce delle politiche di verifica dei requisiti di residenza e di cittadinanza da parte del governo federale: il ricorrente, legalmente residente negli USA dal 1975, si era infatti opposto ad un provvedimento di espulsione conseguente ai suoi precedenti penali sostenendo di essere cittadino americano perché figlio di genitore americano. Il corposo contributo di K. A. Collins, *Equality, Sovereignty, And The Family In Morales-Santana*, in 131 *Harv. L. Rev.* 170 (2018), analizza la questione, evidenziando come nel caso di specie, la Corte ha deciso una complessa controversia che le ha richiesto di affrontare sia la questione di lunga data riguardante lo *status* costituzionale e i diritti dei padri non sposati, ma anche il problema di chi possa qualificarsi a tutti gli effetti cittadino americano e chi invece debba essere *deportable*.

Il saggio di K. Johnson, *A Citizenship Market*, in 2018 *University of Illinois L. Rev.* 969 (2018), esplora la possibilità e i vantaggi di un *citizenship market* osservando criticamente come d'altra parte gli Stati Uniti già abbiano messo in pratica una sorta di "vendita" della cittadinanza, laddove danno priorità agli investitori che portano con sé capitali e perseguono riforme per quantificare i potenziali contributi economici dei potenziali migranti.

Si veda anche E. Román, Ernesto Sagás, *Birthright Citizenship Under Attack: How Dominican Nationality Laws May Be The Future Of U.S. Exclusion* in 66 *American University L. Rev.* 1383 (2017) sui rischi che oggi corre il diritto alla cittadinanza per nascita, anche e *a fortiori* alla luce della politica migratoria dell'attuale Presidente USA.

Interessanti riflessioni sull'estensione del diritto di voto anche a chi non è cittadino americano ma risiede negli Stati Uniti possiamo trovarle nel saggio di D. M. Howard, *Potential Citizens' Rights: The Case For Permanent Resident Voting*, in 95 *Texas L. Rev.* 1393 (2017), in cui si sottolinea l'importanza di riconoscere a chi risiede in modo permanente negli Stati Uniti il diritto di voto alle elezioni statali e locali, in quanto la loro esclusione dall'elettorato finisce per impedire loro una giusta ed equa rappresentanza dei propri interessi

Sul diritto di asilo, riflettendo sulla questione immigrazione in una ampia prospettiva di comparazione diacronica e sincronica, si veda l'articolato contributo di L. Kowalczyk, M. Versteeg, *The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum*, in 102 *Cornell L. Rev.* 1219 (2018). Interessante, con riguardo al caso di richiesta di asilo avanzata da *transgender*, categoria considerata vulnerabile vista la presenza di numerosi Paesi ove l'espressione di un orientamento sessuale diverso da quello etero è motivo di condanna e persecuzione, il saggio di A. L. Wayne, "Unique Identities And Vulnerabilities": *The Case For Transgender Identity As A Basis For Asylum*, 102 *Cornell L. Rev.* 241 (2016).

Ancora sull'argomento, con riguardo al trattamento riservato alle famiglie in attesa di asilo, S. Shafer, J. Whalley, *Detaining Families: A Study of Asylum Adjudication in Family*, in 106 *Cal. L. Rev.* 785, (2018) L'Autore in modo critico evidenzia come sovente le famiglie straniere richiedenti asilo sono state trattenute in luoghi remoti in attesa di risposta in merito alla richiesta avanzata, hanno affrontato barriere linguistiche nell'accesso ai tribunali e, nonostante i numerosi sforzi *pro bono* per assisterle, sono regolarmente andati in tribunale senza rappresentanza legale.

K. Sabeel Rahman, *Constructing Citizenship: Exclusion And Inclusion Through The Governance Of Basic Necessities*, in 118 *Columbia L. Rev.* 2447 (2018) focalizza invece l'attenzione sulla necessità di garantire a tutti l'esercizio dei diritti socio-economici come presupposto indispensabile per una politica che si fondi sulla inclusione e consenta di garantire così appieno della cittadinanza.

6. – Altre questioni settoriali, oltre a quelle appena evidenziate, hanno suscitato interesse da parte della dottrina scientifico-giuridico statunitense.

Suggestivo appare il contributo di E. Temchenko, *A First Amendment Right To Corrupt Your Politician*, in 103 *Cornell L. Rev.*, 465 (2018) in cui l'Autore si interroga se si possa configurare un vero e proprio *right to corrupt your politician* sulla base del Primo Emendamento. E' assodato, osserva lo studioso, che la Costituzione tutela il diritto di associazione politica, il quale comprende anche la possibilità di offrire sostegno finanziario ai candidati in cambio dell'iscrizione e dell'accesso al partito. La giurisprudenza e la dottrina hanno tuttavia generalmente limitato la possibilità di esercizio di questo diritto ai contributi alle campagne per le cariche pubbliche. Dopo il caso *McDonnell v. Stati Uniti* (136 S. Ct. 2355 (2016)), la situazione potrebbe però cambiare. Leggendo l'opinione di McDonnell alla luce del caso *McCutcheon v. Fec* del 2 aprile 2014 che ha tolto definitivamente ogni limite ai finanziamenti, diretti e indiretti, ai politici da parte delle grandi società in qualunque forma e attraverso qualsivoglia mezzo, sembra emergere un ulteriore segnale di apertura da parte della Corte Suprema che potrebbe aver implicitamente riconosciuto un diritto fondato sul primo emendamento di "comprare" il favore di un politico anche al di fuori del contesto specifico del finanziamento della campagna elettorale. Negli Stati Uniti il fenomeno della corruzione sembra così trovare una sua profonda legittimazione giuridica nell'interpretazione delle citate decisioni della Corte Suprema del primo fondamentale emendamento della Costituzione americana, dove è garantita ai cittadini la libertà di opinione e di espressione (speech) politica. Questo nuovo orientamento sembra aver già trovato il sostegno di numerosi Tribunali e di almeno un giudice della Corte d'Appello del Circuito degli Stati Uniti, il che induce a pensare che il Congresso possa non essere più in grado di criminalizzare alcuni tipi di corruzione visto che alcuni giudici hanno iniziato a mutare il proprio *modus operandi*, invalidando parti degli attuali statuti anticorruzione. Mentre l'impatto del diritto al primo emendamento rimane poco chiaro, lo smantellamento del quadro anticorruzione degli Stati Uniti potrebbe – osserva preoccupato l'Autore – essere già iniziato.

Sull'argomento, vedi anche A. F. Minchew, *Who Put the Quo in Quid pro Quo?: Why Courts Should Apply McDonnell's "Official Act" Definition Narrowly* in 85 *Fordham L. Rev.* 1793 (2017).

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema in merito all'interpretazione e portata dell'Ottavo emendamento è oggetto di un ampio studio di R. J. Smith, Z. Robinson, *Constitutional Liberty And The Progression Of Punishment* in 102 *Cornell L. Rev.*, 413 (2017), in cui si mette evidenza come recentemente la Corte Suprema abbia sottolineato che scopo fondamentale dell'ottavo emendamento è quello di proteggere i cittadini più vulnerabili, soggetti sovente a cauzioni eccessivamente onerose. In tal senso, per gli Autori la Corte appare sempre più arbitro indipendente degli eccessi legislativi che minano il diritto fondamentale alla dignità umana. Questi

recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di libertà sembrano offrire una maggior protezione ai diritti degli imputati in una varietà di contesti contemporanei, primo fra i quali quello dei minori condannati all'ergastolo senza condizionale per reati di omicidio, quello delle condanne all'ergastolo senza possibilità di libertà vigilata per reati di droga, nel caso della pena di morte e laddove vi sia stata la condanna ad un prolungato isolamento.

In tema di privacy, con riguardo all'aborto come *private choice*, si segnala l'articolo di E.Chemerinsky, M. Goodwin *Abortion: A Woman's Private Choice*, in 95 *Texas L. Rev.* 1189 (2018), in cui si riflette sul concetto di privacy a partire dalla storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973 che oggi – come denunciano gli Autori – sotto la Presidenza Trump rischia di venire messa in discussione.

Con riguardo alla libertà di espressione e all'interpretazione del Primo emendamento, J.Campbell, *Natural Rights And The First Amendment*, in 127 *The Yale L. Journ.* 246 (2017) sottolinea come a tutt'oggi il significato originario della libertà di parola e di stampa codificate nella Costituzione dai *Founding Fathers* restano ancora poco chiari, lasciando un ampio margine per interpretazioni non sempre univoche. Molti studiosi, fa notare l'Autore, che spesso fanno riferimento ai procedimenti giudiziari di sedizione durante la *Founding Era*, sottolineano la portata limitata di questi diritti; altri hanno invece preferito concentrarsi sulle idee libertarie che hanno contribuito a plasmare l'opposizione al *Sedition Act* del 1798. Anche il rapporto tra libertà di parola e libertà di stampa appare per certi versi equivoco. Campbell ricorda, infatti, che la maggior parte degli studiosi considera queste due libertà equivalenti, poiché entrambe sanciscono la libertà di espressione, altri, al contrario, sostengono che la libertà di parola, a differenza della libertà di stampa, fornisce una protezione più solida per il diritto di parola nel dibattito politico.

L. Kendrick, *Use Your Words: On The "Speech" In "Freedom Of Speech"* in 116 *Michigan L. Rev.* 667, (2018) evidenzia come la maggior parte delle persone a cui è stata posta la domanda è solita pensare che la libertà di parola abbia qualcosa a che fare con un'attività che definiamo colloquialmente "parlare". Molto spesso però le Corti si sono trovate a decidere controversie in cui il diritto di parola era chiamato in causa in modo non sempre appropriato e ragionevole. Se la libertà di parola è un diritto umano fondamentale, dovremmo – osserva criticamente l'Autore – essere in grado di articolare quando è implicata e quando non lo è. Se stabiliamo che ogni attività interessa la libertà di parola (anche, osserva provocatoriamente Kendrick, nell'ipotesi in cui un panificio nega il servizio ad una coppia omosessuale che intende comprare una torta nuziale), dovremmo allora sospettare che vi sia un errore di interpretazione.

Interessanti sono le riflessioni sul principio di eguaglianza al diritto all'assistenza legale e su quanto ribadito dalla Corte Suprema nel 1969 nel caso *Gideon v. Wainwright* che ha messo in chiaro come tale diritto si applica a tutti gli imputati nelle cause penali, e pertanto anche a coloro che non sono in grado di sostenere le spese di un avvocato difensore, va riconosciuto il diritto di essere legalmente assistiti nei processi. Nell'articolo di B. Buskey, L. Sudeall Lucas, *Keeping Gideon's Promise: Using Equal Protection To Address The Denial Of Counsel In Misdemeanor Cases*, in 85 *Fordham L. Rev.*, 2299 (2017) si evidenzia come sia oggi preferibile sostenere la necessità di assicurare a tutti l'assistenza legale richiamando non solo e tanto il sesto emendamento, ma invocando il principio di eguaglianza, in virtù del quale nessuno deve essere discriminato in base alla ricchezza, ma tutti, anche gli indigenti, devono poter essere messi nelle condizioni di poter essere assistiti durante i processi.

L. R. Silva, *Ringling The Bell: The Right To Counsel And The Interest Convergence Dilemma*, in 82 *Missouri L. Rev.* 133 (2017) evidenzia come la giurisprudenza della Corte Suprema non sia stata univoca e costante nell'interpretare il diritto all'assistenza legale, ma abbia erroneamente ampliato e limitato il diritto all'assistenza legale, lasciando il suo ambito di applicazione ben lungi dall'essere certo.

La pena capitale continua a suscitare polemiche come mostra l'articolo di R. Knake, *Abolishing Death*, in 13 *Duke Journ. of Const. L. & Public Policy*, 2 (2018) in cui si osserva come molti ordinamenti democratici la abbiano abrogata a differenza degli Stati Uniti che appaiono invece ancora piuttosto refrattari a rinunciare alle condanne a morte dei condannati. Di avviso parzialmente contrario è B. L. Garrett, *The Decline Of The Virginia (and American) Death Penalty*, in 105 *The Georgetown L. Journ.*, 661, (2018) che apprezza invece il numero sempre meno frequente di condanne a morte in alcuni Stati degli USA come ad esempio la Virginia e la Florida.

Alla luce delle contestazioni sollevate dalla Presidenza Trump nei confronti della riforma sanitaria introdotta da Obama, S. A. Tovino, *A Right To Care*, in 70 *Ala. L. Rev.* 185 (2018) ripercorre accuratamente la storia della copertura Medicare e non-Medicare di cure qualificate e riabilitazione a favore di individui che versano in condizioni di salute gravi e, nella fattispecie, siano affetti da malattie croniche e progressive.

7. – Da ultimo va osservato come la dottrina statunitense, accanto ad approfondimenti tematici abbia continuato a confrontarsi su concetti e problemi di natura generale, primo fra i quali il problema del contemperamento fra opposte esigenze di tutela dei diritti relativamente al quale si segnala il corposo studio di J. Greene, *The Supreme Court 2017 Term Foreword: Rights As Trumps?*, in 132 *Harv. L. Rev.* 28 (2018). L'Autore, partendo dall'assunto che i diritti sono più che meri interessi, ma che, al contempo, non vanno considerati come assoluti, individua e riflette su due distinti e differenti approcci alla soluzione dei conflitti fra contrapposte situazioni giuridiche soggettive: quello secondo cui i diritti sono assoluti ma per le circostanze eccezionali in cui possono essere limitati, e l'altro per il quale i diritti sono limitati ma per le eccezionali circostanze in cui sono invece assoluti. Secondo il primo orientamento, i casi di violazione dei diritti sarebbero la conseguenza di un governo inadeguato; per il secondo, le ipotesi di violazione/limitazione rappresentano il costo per governare bene.

Con una particolare attenzione al bilanciamento fra privacy, sicurezza e dignità, R. M. Re, *Fourth Amendment Fairness*, in 116 *Michigan L. Rev.* 1409 (2018) chiarisce alla luce delle teorie contrattualiste quando le perquisizioni e i sequestri sono da considerarsi *unreasonable*.

Interessante, e molto attuale, è infine anche l'analisi di I. Wuerth, *International Law In The Post-Human Rights Era*, in 96 *Texas L. Rev.* 279 (2017), sulla retrocessione dei diritti a livello internazionale, al cospetto dell'accrescimento di potere da parte di Paesi come Cina e Russia nel panorama internazionale e a causa dell'ascesa di nazionalismi e populismi.