

Introduzione

La selezione giurisprudenziale dei casi è una prassi impiegata principalmente nei paesi di *common law*, grazie al ruolo concepito tradizionalmente per la figura del giudice ed in funzione dell'autorità conseguente al tipo di giurisdizione e di controllo attribuitigli. L'esperienza statunitense, tuttavia, è unica nel suo genere. Pur essendo un tipico sistema giuridico di *common law*, la struttura federale e le caratteristiche peculiari che derivano dalla pluralità degli ordinamenti giudiziari che lo compongono hanno come conseguenza la gestione da parte dell'organo di ultima istanza della giustizia federale, la Corte suprema, di un carico di lavoro estremamente elevato. La Corte, attraverso le garanzie di ricorribilità concesse ai cittadini di qualunque ceto sociale¹, si trova durante ogni *term* ad affrontare l'esame preliminare di centinaia di migliaia di ricorsi.

Nel 1937 l'*Attorney General* Homer Cummings calcolava che ogni giudice della Corte suprema avrebbe dovuto leggere 344.232 pagine per ogni *term*, al fine di conoscere tutto il materiale depositato con i ricorsi. Per far capire l'entità numerica delle questioni da esaminare, paragonò quel compito alla lettura integrale, ogni mattina, di *Via col vento*².

Se questa era (ed è certamente ancora) l'entità del carico del lavoro, occorrono allora dei meccanismi di selezione dei ricorsi che consentano alla Corte suprema di gestire una mole di *petitions* insormontabile per un collegio di soli nove giudici. Tali strumenti esistono da ormai più di due secoli e sono anche andati “migliorando” nel corso del concreto utilizzo nella prassi giurisprudenziale, avendo trovato riconoscimento nella loro ratifica in sede congressuale.

Il *writ of certiorari*, in particolare, rappresenta uno strumento fondamentale di *case selection* da parte dei *justices*, che possono “filtrare” i

¹ In particolare, grazie alle *petitions c.d. in forma pauperis*, garantite a coloro che non possono permettersi di pagare le grosse somme per poter adire la Corte suprema. V. *infra*, cap. I.

² Un curioso aneddoto, questo, riportato da P. BIANCHI in *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 281.

ricorsi provenienti dai conflitti per i quali è costituzionalmente prevista la giurisdizione della Corte suprema, potendo così decidere solo i casi per i quali vi sia un'effettiva necessità di intervento. Per i restanti ricorsi, tale organo può dare vita ad una vera e propria non-decisione, attraverso il semplice *certiorari denial*, anche immotivato, tramite il quale la Corte si libera facilmente delle *petitions*, per le ragioni, si vedrà, più varie.

Come si cercherà di porre in evidenza nel primo capitolo, il *certiorari* è uno strumento processuale che ha la capacità di attribuire “incidentalmente” una serie di funzioni ulteriori ai *justices*. Oltre alla eccellente gestione del carico di lavoro, la Corte suprema può utilizzare siffatto *writ* per esplicitare funzioni di *policymaking*; può decidere di non decidere tutti i casi per i quali la giurisprudenza (statale o federale) è ancora in fase di elaborazione, o quelli che le sottrarrebbero la legittimazione che storicamente è riuscita ad ottenere mediante le sue più importanti sentenze, pietre miliari della giurisprudenza federale (le c.d. *landmark decisions*); ha la possibilità di astenersi anche quando i casi ad essa sottoposti non rappresentino un “buon veicolo”³ per l'affermazione di un principio costituzionale che orienti la giurisprudenza successiva; può, infine, non pronunciarsi per una semplice scelta “logistica”, dietro la scusa processuale della mancanza di una *federal question* di speciale importanza.

Ancora nel primo capitolo, si terrà conto del contributo ricostruttivo di notevole entità portato dalla dottrina americana circa tale tecnica giurisprudenziale di selezione dei casi; verranno fatti concreti esempi ricostruttivi e si analizzerà la fortissima influenza dei c.d. *law clerks* nella scelta dei casi da decidere nel merito; ci si concentrerà, inoltre, su concreti *hard cases* risolti dalla Corte nel senso della discrezionalità in ordine al “se” decidere⁴.

Nel secondo capitolo, lo studio verrà condotto sulle tecniche utilizzate in

³ F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, 2000, p. 111.

⁴ Termine utilizzato più volte da V. BARSOTTI in *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999.

via giurisprudenziale dalla Corte suprema nella fase successiva alla concessione del *writ of certiorari*. Ben può accadere, infatti, che la Corte decida di astenersi dalla pronuncia nel merito a seguito di un esame approfondito del collegio sulla questione sollevata dal ricorrente. Sono proprio le *doctrines of justiciability*, infatti, ad esser state elaborate in sede giurisprudenziale al fine di evitare la decisione di casi che abbiano superato la fase dell'esame preliminare, ma che non siano adatti – per ragioni, come vedremo, differenti – a costituire l'oggetto del sindacato della Corte suprema sulle questioni da essi sollevate.

Verranno in seguito approfondite le origini storiche della selezione dei casi da parte del giudice di *common law*, partendo dall'XI secolo, per arrivare alle scelte attuate più di recente dal legislatore e dai giudici del Regno Unito. Si faranno inoltre cenni all'intrinseca discrezionalità giudiziale presente nella giurisdizione di *equity*, che prevede un forte tasso di *restraint* per l'organo giudicante.

Nel terzo capitolo, dopo alcuni cenni storici relativi alla differenziazione dei modelli processuali continentali da quello della tradizione di *common law*, si cercherà di comprendere se e come altri ordinamenti europei abbiano ottenuto in sede legislativa il riconoscimento di prassi di selezione preliminare dei ricorsi; verrà brevemente preso in considerazione anche il grande carico di lavoro della nostra Corte di cassazione, al fine di riconoscere se essa sia riuscita o meno, alla luce dei parametri legislativi che ne regolano l'attività, ad ottenere soluzioni soddisfacenti in sede discrezionale per lo smaltimento dell'ingente arretrato.

Cosa più importante, si tenterà nello stesso capitolo di analizzare la giurisprudenza costituzionale italiana per cercare di scorgere, nel corso della storia dell'attività del nostro giudice delle leggi, approcci selettivi nelle controversie di fronte ad esso sollevate, specie in via incidentale.

Per fare ciò, si sono ripercorsi quasi gli ultimi trent'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale, grazie all'aiuto di più o meno recenti ricostruzioni dottrinali e contributi portati dal Servizio Studi della Corte. Il tentativo di

questa ricerca volge verso la ricognizione dell'esistenza (ed eventuale sussistenza) di prassi giurisprudenziali di tipo processuale – alla luce delle peculiarità del nostro sistema di giustizia costituzionale – che la Consulta abbia attuato ed eventualmente esperirebbe per la selezione discrezionale dei ricorsi, per mezzo delle quali potrebbe arrivare a decidere con una pronuncia di merito solo i casi di specie che avessero superato un difficilissimo esame preliminare dalla stessa Corte svolto.

Come apparirà chiaro fin dall'inizio, i termini di paragone non saranno proprio i medesimi, viste le numerose differenze strutturali che caratterizzano i due sistemi giuridici. Tuttavia, attraverso ulteriori sforzi ricostruttivi, sarà possibile individuare – nei singoli aspetti – particolari profili di simiglianza tra i modelli che potrebbero destare una certa sorpresa.

CAPITOLO I

Il writ of certiorari come strumento principale di case selection

1.1 Fondamento del *certiorari* e cenni storici sul suo sviluppo

Tra i poteri della Corte suprema degli Stati Uniti, quello del *writ of certiorari* è di certo il più influente nel rapporto sinergico con le altre istituzioni e gli altri poteri. Con un prodigioso esercizio di discrezionalità, tale Collegio impone la sua legittimazione in un ordinamento basato su 51 ordini giudiziari, di cui solo quello federale comprende più di cento differenti giudici per tre gradi di giudizio. L'utilizzo dei metodi di *case selection*, attraverso gli strumenti di *self-restraint* di cui la Corte dispone, è l'unico modo per quest'organo – che cumula in sé funzioni di “guardiano della costituzione” e giudice di ultima istanza – di gestire più che problematici carichi di lavoro ed effettuare scelte di valore che coinvolgono importanti aspetti di politica del diritto. La Corte suprema può utilizzare discrezionalmente il *certiorari* per evitare la decisione o modulare i tempi del suo intervento⁵. Ogniqualvolta si dovesse presentare un *hard case*⁶, infatti, la Corte suprema statunitense potrà esercitare la sua funzione di *policymaking* per evitare di minare la spontaneità della politica, mantenere costante la possibilità di letture elastiche di clausole costituzionali o semplicemente perché la questione sollevata con la *petition for certiorari* non è per i *justices* di interesse generale.

Tale strumento non ha sempre avuto negli Stati Uniti la centralità che riveste oggi. Le sue origini sono anglosassoni, già rintracciabili in documenti del tredicesimo secolo⁷. Appartiene infatti all'ambito dei c.d.

⁵ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, pp. 1 ss.

⁶ Definiti allo stesso modo, ma con esiti differenti sia da H.L.A. HART in *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 che da R. DWORKIN, in *Hard Cases*, in 88 *Harvard Law Review*, 1975, pp. 1057 ss.

⁷ F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, 2000, pp. 1 ss.

prerogative writs, quei provvedimenti emessi discrezionalmente dalle corti regie inglesi. Oltre al *certiorari* erano inclusi in tale categoria i *writs of mandamus, prohibition e habeas corpus*.

Il *mandamus* era un ordine, emesso su istanza di parte, con il quale si poteva imporre ad una corte inferiore o ad una persona fisica o giuridica l'adempimento di un dovere pubblico. Nell'ambito del diritto statunitense peraltro, prima della dichiarazione di incostituzionalità della sezione 13 del *Judiciary Act* del 1789⁸ da parte del *Chief Justice* Marshall⁹, si presumeva potesse essere compreso nelle ipotesi di *original jurisdiction* della Corte suprema.

Il *writ of prohibition* vietava alle corti inferiori o alle autorità amministrative di emanare atti in carenza di potere o che ledessero il principio di imparzialità del giudice o il diritto di difesa.

Il *writ of habeas corpus* consisteva in un altro ordine, emesso su istanza di parte, con cui si chiedevano giustificazioni ad una pubblica autorità o ad un privato cittadino in ordine alla privazione della libertà personale attuata nei confronti di un altro soggetto¹⁰.

Attraverso il *certiorari* il sovrano poteva chiedere informazioni su una data questione. Si configurava quindi non come uno strumento di tutela dei diritti individuali dei ricorrenti, bensì come uno strumento proprio della Corona, con cui controllare l'operato delle giurisdizioni e amministrazioni inferiori. Dopo il 1938¹¹ tali *writs* hanno assunto nel sistema inglese la denominazione di *orders* e si sono rivelati utili alla tutela del cittadino avverso la pubblica amministrazione, con il mantenimento delle loro caratteristiche discrezionali¹².

L'utilizzo del *writ of certiorari* negli Stati Uniti è cominciato già attraverso il recepimento del *common law* inglese da parte delle colonie, che nel XVII secolo cercavano – non senza difficoltà – di applicarlo nel

⁸ Act of Sept. 24, 1789, ch. 20, sec. 13, 1 Stat. 73.

⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

¹⁰ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 2.

¹¹ *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions Act)*, 1938, sec. 7.

¹² V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 228.

continente nord-americano. Infatti, la concretizzazione di un diritto basato su una preparazione di stampo casistico mal si adattava all'interno dei territori coloniali, nei quali erano presenti magistrati di scarsa cultura giuridica ed una classe forense ancora rudimentale¹³. Solo dopo la dichiarazione di indipendenza del 1776 tale meccanismo processuale ha ricoperto un ruolo preciso negli Stati Uniti. Una volta approvata la costituzione federale del 1787, l'Art. III alle sezioni 1 e 2¹⁴ ha delineato il ruolo che la Corte suprema ha nell'ordinamento prevedendo, oltre alle ipotesi di *original jurisdiction*, anche la giurisdizione d'appello contro le decisioni delle corti federali – che erano state istituite dal *Judiciary Act* del 1789 – e quelle di molte corti statali di ultima istanza, attraverso l'utilizzo del *writ of error* e l'*appeal*¹⁵.

Il *Judiciary Act* del 1789 si era limitato a creare le corti distrettuali, giudici monocratici competenti per cause civili di minor valore, insieme a tre *circuit courts*. Queste risultavano composte da giudici con competenza per le cause fra cittadini appartenenti a diversi stati e per i reati federali. Tuttavia, tale atto legislativo non aveva previsto l'istituzione di corti intermedie fra quelle di prima istanza e la Corte suprema. In questo quadro

¹³ U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, pp. 121 ss.

¹⁴ «1. The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.»

«2. The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority;--to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls;--to all cases of admiralty and maritime jurisdiction;--to controversies to which the United States shall be a party;--to controversies between two or more states;--between a state and a citizen of another state;--between citizens of different states;--between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects.

In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make.»
Costituzione degli Stati Uniti, art. III, §§ 1 e 2, nn. 1 e 2.

¹⁵ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 9. Per una descrizione più dettagliata di questi *writs* v. *infra*, nota 16.

il *writ of error* e l'*appeal*¹⁶ si configuravano come ipotesi di giurisdizione obbligatoria in grado di impugnazione.

Benché la Corte sostenesse di utilizzare il *writ of error* rispettando la tradizione inglese, questo strumento fu ben presto non più concesso in qualunque circostanza. La Corte, infatti, cominciò a impedire di fatto l'accesso alla massima istanza federale¹⁷, con l'introduzione nella prassi di una sorta di primo rudimentale “filtro” per la discrezionalità del Supremo giudice. Ci si riferisce alla sezione 25 del *judiciary act* del 1789, con la quale era richiesta la firma del giudice *a quo* per la validità del *writ*.

Il *common law certiorari*, che era stato introdotto dalla medesima legge, ebbe in principio la sola funzione di essere utilizzato residualmente rispetto agli altri due *writs*, in caso di indisponibilità degli stessi e per il solo controllo dei vizi di giurisdizione; almeno fino alla metà del diciannovesimo secolo, quando il carico di lavoro per la Corte cominciò a crescere in modo esponenziale, al punto da ingolfarla gravemente¹⁸.

Così, dopo sollecitazioni da parte dei *justices* ed eminenti membri dell'ordine forense, si spinse il Congresso all'adozione di un atto adeguato. La concretizzazione in sede legislativa fu l'*Evarts Act*¹⁹ del 1891, con il quale si istituirono altre nove corti federali d'appello, competenti per l'impugnazione di decisioni delle corti distrettuali e legittimate a decidere in via definitiva su una serie di questioni indicate dalla legge. Si stabilì, però, che le decisioni di queste corti avrebbero potuto essere revisionate dalla Corte suprema in via di *certiorari*, con i medesimi poteri del *writ of error* o dell'*appeal*. In questo modo il *writ of certiorari* divenne uno strumento per

¹⁶ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 65. È molto interessante notare come siano ben distinte le origini del *writ of appeal*, di chiara derivazione di *civil law* e con possibilità di riesame più approfondito, dal *writ of error*, uno strumento tipico della tradizione di *common law*, utilizzabile per contestare gli errori di diritto che risultavano "on the face of the record", ovvero immediatamente riscontrabili nelle decisioni delle corti inferiori.

¹⁷ U. MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria della U.S. Supreme Court*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 134.

¹⁸ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 8. Si arrivò anche a 3 anni per decidere un solo caso. La testimonianza per gli anni 1887-88 è dell'*Attorney General Garland*, nonché del *Chief Justice White*.

¹⁹ Act of Mar. 3, 1891, 26 Stat.

decidere sia in punto di fatto che di diritto²⁰.

Dopo un'iniziale diffidenza nei confronti delle neo-istituite corti d'appello, il loro operato infuse nell'opinione pubblica una fiducia che sollevò dal sovraccarico di lavoro la Corte suprema.

Nel periodo successivo si segnalano una legge del 1914, con cui si consentì alla Corte di esaminare tramite *certiorari* le decisioni delle corti statali su questioni federali che erano state precedentemente sottratte alla competenza della Corte suprema; il *Webb Act*²¹ del 1916, che spostò ulteriori materie dalla giurisdizione obbligatoria a quella discrezionale attraverso la sostituzione di molte ipotesi di *writ of error* con il *certiorari*; infine il *Judges' Bill*²² del 1925, avente come precipuo obiettivo il trasferimento di molte altre classi di casi dalla competenza per *appeal* a quella per *certiorari*.²³ Quest'ultimo atto decretò la fine di una visione della Corte suprema come unico garante dei diritti costituzionali.

Dal 1925, dunque, i *justices* poterono definire il proprio ruolo discrezionalmente. Il *certiorari* divenne una delle più importanti vie per accedere alle valutazioni della Corte. Grazie a questo rinnovato strumento i giudici poterono scegliere “se” e “come” decidere i casi di interesse generale, con la possibilità di evitare i più controversi per l'opinione pubblica attraverso il *denial*, anche privo di motivazione.

Prima di arrivare alla riforma del 1988 – con cui vennero abrogati i paragrafi dello U.S.C. che disciplinavano l'*appeal* – vi furono modifiche di minor entità riguardanti la competenza in grado di impugnazione della Corte suprema, fra le quali la legge con cui scomparve il *writ of error*²⁴ e l'aggiornamento del *Judicial Code*, che venne incorporato nel titolo 28 dello *United States Code*²⁵. Riforma, questa, che fu solo tecnica, con nessuna innovazione per l'accesso alla massima istanza federale.

²⁰ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 10. Sul punto cfr. LINZER, *The meaning of certiorari denials*, in *Col. Law Rev.*, 79, 1979, pp. 1236 ss.

²¹ Act of Sept. 6, 1916, 39 Stat.

²² Act of Feb. 13, 1925, 43 Stat.

²³ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 13.

²⁴ Act of Jan. 31, 1928, 45 Stat.

²⁵ Act of June 25, 1948, 62 Stat.

L'ultimo atto legislativo significativo da citare per la completa trasformazione del ruolo della Corte suprema è il *Supreme Court Case Selection Act*²⁶ del 1988, che lasciò come unico strumento per ricorrere al supremo giudice il *writ of certiorari*. In realtà quest'ultima riforma non deve apparire come rivoluzionaria; la Corte aveva già da tempo utilizzato lo stratagemma del *dismissal for want of substantial federal question* per disporre degli *appeals* in via sommaria, senza *opinions* e senza udienza²⁷. Ad oggi l'unica forma di accesso diversa dal *certiorari* alla giurisdizione della Corte suprema è l'*appeal* relativo alle decisioni delle corti statali di ultima istanza.

Oltre a questo *writ*, esistono metodi ulteriori per incidere sul sovraccarico lavorativo della *U.S. Supreme Court*, che possono aiutare a diminuire la fase di *screening* dei ricorsi o ridurre il tempo impiegato per la fase della decisione nel merito. Tuttavia, a differenza del *certiorari*, queste procedure sono vere e proprie tecniche giurisprudenziali elaborate internamente dalla Corte, che verranno prese in considerazione *infra*²⁸.

1.2 L'art. III della Costituzione, la *rule 10* e la struttura dei ricorsi

Prima di analizzare lo sviluppo delle tecniche selettive dei casi, è necessario accennare all'attuale collocazione della Corte suprema nel quadro della giurisdizione federale.

La prima distinzione da effettuare è fra *original jurisdiction* e *appellate jurisdiction*. L'art. III sez. 2²⁹ della costituzione statunitense attribuisce alla Corte suprema *original jurisdiction* per i casi riguardanti ambasciatori, rappresentanti diplomatici o consoli e quelli in cui è parte uno stato; essa ha *appellate jurisdiction* per tutti gli altri casi, con le regole e le eccezioni stabilite dal Congresso. La nozione di *original jurisdiction* viene interpretata

²⁶ Act of June 27, 1988, 662 Stat.

²⁷ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 79. Cfr. anche D.M. PROVINI, *Case Selection in the United States Supreme Court*, Chicago, 1980.

²⁸ V. *infra*, §§ 1.6 e 1.7.

²⁹ Per il testo dell'articolo III della Costituzione degli Stati Uniti v. *supra*, nota 14.

dal Congresso in maniera restrittiva, infatti il Titolo 28, sez. 1251 dello U.S.C. distingue fra *original* ed *exclusive jurisdiction*. La prima è prevista per tutti i giudizi su casi aventi Stati come parti processuali – come prevede l'art. III sez. 2 della Costituzione – che però non siano decidibili anche dalle corti distrettuali, per le quali è previsto il secondo tipo di *jurisdiction* su una serie di controversie interstatali. Questo porta alla logica conseguenza che molto di rado la Corte suprema si pronuncia su questi ultimi. Inoltre, anche la Corte tende ad interpretare in senso restrittivo tale bipartizione, considerando devoluti ai giudici inferiori i casi che nel nostro sistema definiremmo “di basso interesse costituzionale”³⁰. La *appellate jurisdiction* viene esercitata dalla Corte nelle (residuali) forme di *appeal* e *certiorari*.

Lo stesso articolo, quando fa riferimento alle singole ipotesi di giurisdizione della Corte, utilizza il requisito di «*cases or controversies*»³¹, due termini – ciascuno dei quali può essere interpretato anche singolarmente – grazie a cui i giudici possono ermeneuticamente estendere o restringere il loro campo d'intervento³².

Un ulteriore elemento che fornisce preziosi spunti sull'atteggiamento selettivo della Corte è riscontrabile nella *Rule 10* delle *Rules of the Supreme Court of the United States*³³. Nella sua più recente formulazione – dopo la

³⁰ P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 32 ss.

³¹ Cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press, 3rd ed., 2000. Più diffusamente *infra*.

³² V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., pp. 47 ss.

³³ *Rule 10. Consideration Governing Review on Certiorari*

Review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;

(b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;

(c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an

revisione del testo effettuata nel 1995 ed in vigore dal 3 maggio 1999 – il *writ of certiorari* è ammesso solo per “ragioni impellenti”. Si restringe dunque ancora la portata per rendere più difficile il suo ottenimento; subito dopo si elencano alcune delle principali caratteristiche prese in considerazione dalla Corte per la concessione di tale *writ* al ricorrente, che tuttavia, come si evince esplicitamente dalla lettera della *rule*, non sono esaustive né vincolanti³⁴. Tra i motivi che giustificherebbero l'intervento della Corte è interessante quello del distacco dallo «*usual course of judicial proceedings*», che permette ai *justices* di esercitare un vero e proprio potere di supervisione. Alla lettera (c) della *Rule 10* si indica il criterio dell'importanza della materia, per il quale ogniqualvolta una corte statale o d'appello abbia deciso un'importante *federal question* che avrebbe dovuto essere trattata dalla Corte suprema, quest'ultima ha il potere di avvalersi del *certiorari* (su istanza di parte) per statuire su quel contenuto³⁵.

Va da sé che la lettera della norma dice poco circa il reale utilizzo di criteri stringenti e tassativi per la selezione dei ricorsi. Ben più significativi per facilitare la comprensione sono gli studi di stampo sociologico e comportamentista³⁶, con i quali si è voluto mettere in risalto l'aspetto politico della discrezionalità della Corte suprema, valorizzato sia attraverso l'uso di determinate tecniche interne che danno significato ulteriore alla sua funzione – indicata da Bickel come anti-maggioritaria³⁷ – sia attraverso l'utilizzo strumentale della *case selection*³⁸. Nondimeno, nella gestione dei ricorsi entrano in gioco aspetti ulteriori, come la concezione che il giudice

important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.

³⁴ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 37.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. S. BRENNER, H.J. SPAETH, *Stare Indecisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

³⁷ Cfr. A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London, Yale University Press, 1962.

³⁸ Un esempio storico fondamentale è offerto dalla *footnote 4* della sentenza *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), scritta dal giudice Stone e con la quale si affermò di applicare in futuro lo *strict scrutiny* solo ad ipotesi di violazioni autoevidenti della Costituzione, perturbamenti del *political process*, vizi di sentenze che producano discriminazioni di gruppi minoritari (c.d. *insular minorities*).

ha del proprio ruolo o le preferenze politiche³⁹, le proprie attitudini personali, la sua sensibilità sulla gestione del carico di lavoro⁴⁰.

In ragione della vicinanza all'opinione pubblica, la Corte suprema diventa l'organo più adatto all'affermazione delle nuove esigenze sociali⁴¹. Quando la domanda sociale diventa insostenibilmente forte e si trova di fronte ad una *policyoriented litigation*, il supremo giudice può trovarsi in condizioni di decidere in modo tale da assumere vere e proprie scelte politiche. Basti pensare al caso dei Testimoni di Geova, che nel ventennio tra la fine degli anni '30 e la fine degli anni '50 riuscirono a presentare alla Corte centinaia di ricorsi, a molti dei quali venne concessa la piena *review*⁴².

1.2.1 *La petition for certiorari e la procedura da seguire*

Lo strumento con il quale si instaura il procedimento via *certiorari* è frutto, come accennato *supra*, di una commistione fra i dettami dell'Art. III della Costituzione statunitense, risalenti principi di *common law*, interpretazioni più o meno elastiche delle *Supreme Court rules* e regole pratiche seguite dai giudici⁴³. Vediamo i caratteri salienti.

La *petition for certiorari* dev'essere rivolta alla Corte suprema entro novanta giorni dal deposito della sentenza della corte suprema statale o della corte federale d'appello, o dal deposito di una sentenza di una corte statale di ultima istanza che abbia negato discrezionalmente la revisione di un giudizio di una corte statale inferiore; inoltre, ogni giudice della Corte suprema federale può ragionevolmente concedere un ulteriore periodo – di

³⁹ Cfr. E.M. SHUR, *Law and Society. A Sociological View*, New York, Random House, 1968; traduzione italiana, *Sociologia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1970.

⁴⁰ D.M. PROVINE, *Case Selection*, cit., pp. 186 ss.

⁴¹ Sul tema della desegregazione razziale cfr. ad esempio *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), o sulla discriminazione per l'orientamento sessuale cfr. la più recente *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ____ (2015).

⁴² V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 112. Cfr. V.H. CONVINGTON, *Defending and Legally Establishing the Good News*, Brooklin, Watchtower and Tract Society, 1950.

⁴³ Cfr. D.M. PROVINE, *Case selection*; H.W. PERRY JR., *Deciding to Decide. Agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1994.

massimo sessanta giorni – per la presentazione del ricorso⁴⁴.

Quando sussistono ragioni eccezionali di importanza pubblica, la Corte ha il potere di avocare a sé un caso ancora pendente di fronte ad una corte di appello federale e deciderlo attraverso un *certiorari before judgement*⁴⁵.

Il ricorso è sottoposto a forme semplificate ed è proponibile gratuitamente per particolari ragioni e garanzie fornite dal *petitioner* o da un avvocato assegnato d'ufficio da una corte inferiore. In tal caso assume il nome di ricorso *in forma pauperis*, la cui categoria rappresenta attualmente la maggior parte delle *petitions* presentate alla Corte, che confluisce nel c.d. *miscellaneous docket*⁴⁶.

Il ricorrente, come prima cosa, deve compilare un apposito formulario attenendosi alle indicazioni regolamentari contenutistiche dell'atto e relative all'ordine logico delle questioni da presentare. In particolare, all'inizio della *petition* deve essere indicato in modo conciso l'oggetto della revisione; successivamente bisogna dichiarare di ritenere sussistente la giurisdizione della Corte suprema, indicando gli atti legislativi conferenti la giurisdizione stessa; infine le disposizioni costituzionali o fonti di rango inferiore che la Corte dovrebbe prendere in considerazione per la revisione del caso in oggetto. Inoltre è necessario argomentare per una sorta di *causa petendi*, ossia il motivo per cui il *certiorari* dovrebbe essere *granted*⁴⁷.

In relazione al caso oggetto della *petition*, oltre all'indicazione formale delle parti e dei precedenti di altre corti sulla stessa materia, occorre presentare una relazione sui fatti rilevanti da considerare per le questioni presentate⁴⁸.

L'inosservanza delle suddette prescrizioni porta all'irricevibilità del ricorso da parte del *Clerk of the Court*⁴⁹. Comporta la stessa conseguenza

⁴⁴ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 43.

⁴⁵ Cfr. J. LINDGREN-W.P. MARSHALL, *The Supreme Court's extraordinary power to grant certiorari before judgement in the Court of appeals*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1986, pp. 259 ss.

⁴⁶ Si riscontra una percentuale di concessione sensibilmente più bassa per i ricorsi *in forma pauperis* rispetto ai *paid cases*. Cfr. H.W. PERRY JR., *Deciding*; v. anche *infra*, p. 17.

⁴⁷ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., pp. 43-44.

⁴⁸ *Ivi*, p. 44.

⁴⁹ V. *infra*, p. 21.

anche la poca chiarezza nell'esposizione degli elementi essenziali nella domanda.

La *petition*, infine, prevede il deposito di una somma pari a 300 dollari al momento della sua registrazione. Somma che non deve essere pagata quando si ricorre *in forma pauperis*.

Il resistente ha la facoltà di redigere, entro trenta giorni dal ricevimento della *petition*, una memoria difensiva che contesti le ragioni addotte dal ricorrente per la concessione del *certiorari*; ha l'obbligo, attraverso la medesima memoria, di evidenziare tutte le dichiarazioni della *petition* inesatte, in fatto e in diritto, che potrebbero incidere sulla decisione della Corte⁵⁰.

Il *petitioner* potrà replicare agli argomenti contestati con un *reply brief*. Nelle fasi successive sarà comunque ancora possibile presentare dei *supplemental briefs* per segnalare ogni nuovo caso, legislazione sopravvenuta o una nuova questione che non fosse conosciuta al tempo della presentazione del ricorso. Le parti potranno allo stesso modo determinare l'estinzione del procedimento con una richiesta scritta congiunta di archiviazione⁵¹.

A questo punto è necessario accennare a due importanti figure. Nelle cause concernenti temi di grande risonanza politica e sociale sono sempre presenti interessi organizzati, che operano in direzione della Corte attraverso gli *amici curiae briefs*⁵² e la presenza dei c.d. *repeat players*. La combinazione di questi due elementi moltiplica le possibilità di ottenere la concessione di un *writ of certiorari*. Dal momento della sua nascita in Inghilterra, come figura assimilabile per certi aspetti al perito⁵³ e per altri ad un testimone autorevole⁵⁴, l'*amicus curiae* è diventato un soggetto che nel processo americano agisce molto spesso in rappresentanza di un gruppo

⁵⁰ *Ivi*, p. 45.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Per un'indagine approfondita sulle origini storiche dell'*amicus curiae* v. G. CRISCUOLI, *Amicus Curiae*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 187 ss.

⁵³ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae: From Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, p. 196.

⁵⁴ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 93.

come portatore di un interesse coincidente, almeno in parte, con quello che la Corte suprema vorrebbe tutelare attraverso il suo operato⁵⁵. La disciplina del loro istituto è contenuta attualmente nella *rule 37* delle *Rules of the Supreme Court of the United States*. I *briefs* degli *amici curiae* sono memorie presentabili anche nelle fasi preliminari del processo da questi gruppi organizzati per sostenere le ragioni delle parti, per dimostrare ai *justices* indirettamente l'importanza del caso e l'utilità della concessione del *certiorari*⁵⁶.

I *repeat players*⁵⁷ sono invece i ricorrenti abituali, ad esempio un gruppo di avvocati altamente specializzati in determinate materie, o il *Solicitor General*⁵⁸, ma non necessariamente figure professionali di questo tipo. Essi riescono a valutare gli orientamenti della Corte nel lungo periodo e quindi a riconsiderare le loro strategie in relazione ai momenti più opportuni per ricorrere alla Corte suprema, spostando le proposizioni di ricorsi per alcune materie più avanti nel tempo o antepoendoli ad altri attraverso una vera e propria scelta preliminare.

1.3 Alexander Bickel e le *passive virtues* della Corte suprema

Nei sistemi di *common law* il problema del rapporto tra interprete e norma conduce all'introduzione dell'argomento del *judicial lawmaking*. Le questioni relative alla funzione politica e discrezionale del giudice nel decidere il caso concreto rimangono strettamente legate a quelle della sua legittimazione. Negli Stati Uniti si invoca spesso l'autorità del giudice⁵⁹, ma la stessa conclusione potrebbe trarsi oggi per qualunque ordinamento liberal-democratico pluralistico in cui è presente un apposito organo

⁵⁵ *Ivi*, p. 94.

⁵⁶ *Ibidem*. Sulla correlazione degli *amici curiae briefs* e la concessione del *certiorari* cfr. anche P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 4751 ss.

⁵⁷ Espressione coniata da M. GALANTER nell'articolo *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change*, in *9 Law and Society Review*, 1974, p. 95 ss.

⁵⁸ Il rappresentante in giudizio del governo degli Stati Uniti nelle cause in cui sia coinvolto.

⁵⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *Démocratie au Amérique*, 1840, ed. Italiana, a cura di N. Matteucci, *La democrazia in America*, Torino, Utet, 1968, II, p. 122.

preposto al controllo di costituzionalità degli atti legislativi di rango primario. Le cause possono essere ricondotte all'impossibilità per un Parlamento di mediare fra valori e politiche dei suoi componenti, spesso agli antipodi. Ciò contribuisce a spostare le esigenze di ricomposizione del tessuto sociale create dai conflitti all'interno del settore giurisdizionale⁶⁰.

Tale fenomeno si presenta in maniera più intensa negli Stati Uniti, dove la commistione fra politica e diritto è sentita ancor più che altrove. Proprio per questo motivo si è sempre sentito il bisogno di avere degli strumenti di *restraint* per evitare l'eccessiva influenza giuridica sulla politica⁶¹.

La percezione di questa reciproca interazione è avvalorata dalla teoria delle “virtù passive della Corte” di Bickel⁶², uno dei più influenti *commentators* della Costituzione statunitense del ventesimo secolo. La dottrina di Bickel si fonda sulla presunta antidemocraticità della Corte suprema. La Costituzione americana, infatti, è per lui una sorta di capitolo introduttivo di un libro che è destinato ad essere scritto dagli attori politico-istituzionali; ragion per la quale tale documento presenta una vasta gamma di *open-ended clauses*. La giustificazione offerta dal giudice Marshall nella sentenza *Marbury v. Madison* per legittimare il *judicial review of legislation* è, a detta di Bickel, del tutto deviante per la democrazia americana, perché indebolirebbe il processo democratico – che dovrebbe compiutamente realizzarsi attraverso la volontà del Congresso – e il senso critico dell'opinione pubblica. Già a partire dal brano LXXVIII del *Federalist*⁶³ lo stesso Hamilton aveva descritto il ruolo che il potere giudiziario avrebbe dovuto avere rispetto agli altri poteri dello stato, definendolo “il meno pericoloso dei poteri”, frase da cui l'opera più importante di Bickel prende il titolo.

Rispetto dunque all'organo di vertice della giustizia federale, composto di

⁶⁰ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 10.

⁶¹ *Ivi*, p. 11.

⁶² Cfr. A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch* (v. *supra*, nota 37).

⁶³ A. HAMILTON-J. MADISON-J. JAY, *The Federalist or, the New Constitution (1787-88)*, nella traduzione italiana, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio e G. Negri, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 582 ss.

nove magistrati non eletti, si pone un serio problema di legittimazione democratica (da qui la definizione della Corte suprema come una *countermajoritarian institution*). Per questo è necessario l'ausilio delle *passive virtues*, utili a scongiurare il timore che Bickel e parte della dottrina americana nutrono circa i pericoli derivanti da un uso senza regole della *constitutional adjudication*.

La dottrina bickeliana delle “virtù passive” vuole ricercare una legittimazione del controllo di costituzionalità in base ad argomenti indipendenti dal principio maggioritario⁶⁴. Questa ricerca deve necessariamente partire dagli obiettivi tipici delle istituzioni politiche: l'ottenimento di risultati pratici sul breve periodo («*expediencies*») e la tutela dei valori generali dell'ordinamento («*principles*»)⁶⁵. In una società retta da questi due filoni, il ruolo corretto per la Corte suprema dovrebbe essere quello di custodire, attraverso l'utilizzo delle *passive virtues*, i principi fondamentali del sistema, essendo i giudici muniti di «*leisure, training and insulation*» per ricercare con metodo scientifico-dottrinale gli stessi⁶⁶.

Le *passive virtues* possono essere utilizzate dalla Corte per modulare nel tempo le proprie decisioni, controllando se e quando emanarle. Nella storia di questa istituzione sono moltissimi gli episodi in cui se n'è servita. Uno dei più importanti è quello del caso *Brown v. Board of Education*⁶⁷, con la decisione del quale la Corte inizialmente affermò il principio del divieto discriminatorio in ambito scolastico, sebbene in seguito si astenne per diverso tempo dal decidere le successive questioni generate dall'apposizione del principio stesso, lasciando alla volontà politica la risoluzione del problema dell'integrazione. La Corte, infatti, assume in questi casi un “contegno passivo” che lascia il posto alle soluzioni pratiche degli altri poteri dello Stato, ritornando sulle questioni solamente quando i

⁶⁴ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 190.

⁶⁵ *Ivi*, p. 191.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ 349 U.S. 294 (1955).

compromessi politici successivamente raggiunti dopo i casi trattati portino all'abbandono del principio deliberato.

Inoltre, le *passive virtues* assumono un'importanza fondamentale quando si vogliono evitare decisioni «*unprincipled*»; sentenze che, dovendo essere emanate in casi per i quali i giudici devono fare i conti con valori di futura accettazione sociale, spesso finiscono per essere considerate illegittime. Cosa che per Bickel accadde spesso alla fine del periodo della Corte Warren, che a suo dire lasciò in eredità alla Corte successiva un nuovo carico di problemi⁶⁸.

Infine, le *passive virtues* sono utili ad evitare la delegittimazione della Corte derivante dalla disobbedienza delle sue decisioni nel merito. Ciò si verifica, a detta di Bickel, ogniqualvolta la Corte formuli indirizzi politici di vasta portata, o quando pronunci un numero elevato di decisioni importanti in un solo periodo. I principi tendono a non essere seguiti se la società è contraria alla loro affermazione⁶⁹.

Molteplici, insomma, sono le funzioni delle “virtù passive”. Specie con il *certiorari denial* l'autore conferma che la Corte può adempiere al suo ruolo “astensionistico” e rimanere così, con la dovuta «*prudence*», fuori dalla politica⁷⁰.

1.4 Analisi del carico di lavoro della Corte

L'argomento del carico di lavoro nel *docket* della Corte suprema è da decenni studiato non solo da esperti di diritto⁷¹, ma anche da politologi e sociologi. La prima categoria di studiosi affronta l'analisi delle *doctrines* utilizzate dalla Corte suprema per dare un significato al requisito di «*cases*

⁶⁸ A.M. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Haven and London, Yale University Press, 1978, p. 8.

⁶⁹ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 195.

⁷⁰ Per conoscere dettagliatamente il pensiero bickeliano, cfr. *ivi* e *The Least Dangerous Branch* (v. *supra*, nota 28).

⁷¹ Cfr. M.M. e R. CORDRAY, *Strategy in the Supreme Court Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits*, in *69 Ohio State Law Journal*, 2008, pp.1 ss.

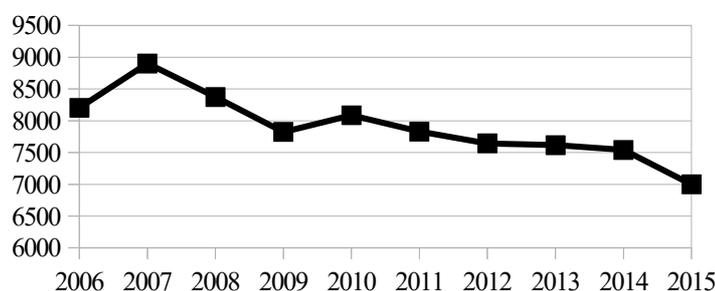
or controversies» dell'art. III, sez. 2 Cost.⁷² La seconda invece si concentra sugli aspetti di *policymaking* preprocessuale⁷³.

Prima di soffermare l'attenzione sulle tecniche di gestione del carico di lavoro, è bene analizzare i dati statistici degli ultimi dieci anni per capire se queste tecniche abbiano portato allo smaltimento o meno dei casi *remaining on docket* all'interno della Corte rispetto ai decenni precedenti, caratterizzati da un aumento più che considerevole dei ricorsi nonostante la riforma del 1988⁷⁴.

Tabella 1 – Definizione dei casi e pendenza dal 2006 al 2015

	<i>Original docket</i>	<i>Appellate docket</i>	<i>Miscellaneous docket</i>	Totale	<i>Casi remaining on docket alla fine del term</i>
2006	4	1663	6537	8204	1409
2007	1	1728	7173	8902	1364
2008	1	1624	6749	8374	1228
2009	1	1612	6210	7823	1143
2010	2	1566	6519	8087	1215
2011	2	1582	6246	7830	1236
2012	1	1555	6087	7643	1309
2013	0	1515	6101	7616	1190
2014	0	1561	5980	7541	1039
2015	1	1548	5451	7000	1066

Grafico 1 – Ricorsi alla Corte suprema



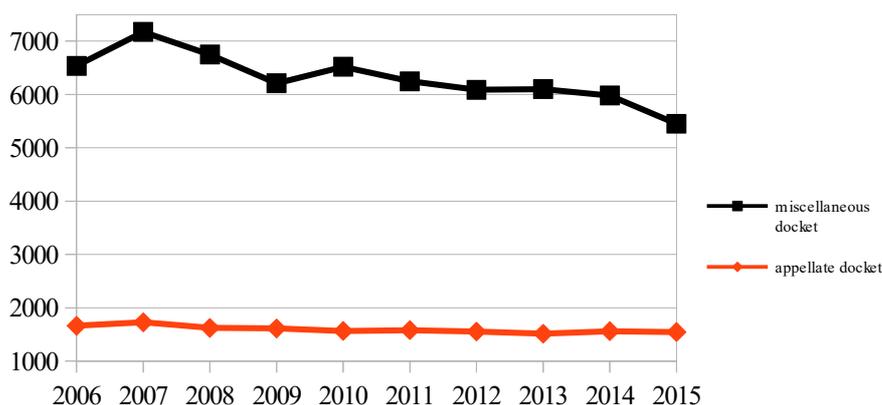
⁷² V. *infra*, cap. II.

⁷³ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 38.

⁷⁴ Per verificare i dati statistici relativi al carico di lavoro della Corte nel ventennio 1980-1999 v. *ivi*, p. 39 ss.

La tabella 1, con l'ausilio del grafico 1, rappresenta alcuni significativi dati a partire dal *term* del 2006, il primo anno da *Chief Justice* da parte del giudice Roberts⁷⁵. La colonna *original docket* indica i ricorsi presentati nell'ambito dell'*original jurisdiction*, l'*appellate docket* rappresenta i *paid cases*, mentre il *miscellaneous docket* riguarda i ricorsi *in forma pauperis*. Si può osservare come il numero totale di ricorsi sia in effettivo calo. Ciò può essere spiegato per un fenomeno particolare in recessione. Se si confrontano gli attuali dati con quelli del ventennio 1980-1999⁷⁶, si riscontrerà che in quegli anni il numero di ricorsi presentati *in forma pauperis* è passato dai 2.017 del 1980 ai 5.273 del 1999, con un impatto più che raddoppiato. Durante il periodo in analisi, invece, la tendenza sembra essere quella di scoraggiare la proposizione di numeri esorbitanti di questo tipo di *petitions*. Lo si denota facilmente sia dalla percentuale di *grants* (0,2% per i ricorsi *in forma pauperis* nei migliori dei casi, a fronte di percentuali sempre superiori al 3,5% per i ricorsi ordinari, con un picco del 5,4% nel 2013), sia dal numero decrescente di ricorsi collocati nel *miscellaneous docket*, come si evince dal grafico 2, che è passato dagli oltre 7000 del 2007 ai 5451 del 2015.

Grafico 2 – Ricorsi nel *miscellaneous docket* e nell'*appellate docket*

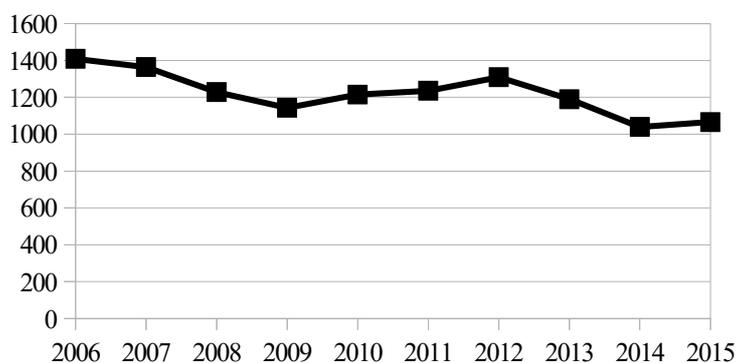


⁷⁵ Per i dati statistici, cfr. *The Statistics* di *Harvard Law Review*, per i *terms* dal 2006 al 2015, vol. 120-129.

⁷⁶ P. BIANCHI, *La creazione*, p. 39.

Appare evidente che nell'ultimo decennio i dati a disposizione sono incoraggianti per i *justices*: tende infatti a calare, come illustrato nel grafico 3, il numero dei casi *remaining on docket* alla fine di ogni *term*. Sembra essere risolutivo, specie per una Corte che non era riuscita nei periodi precedenti a venire a capo del problema, anche per il ribaltamento politico interno da poco avvenuto tra le due ali che la componevano: la corte Warren, in maggioranza *liberal*, si è trovata all'inizio degli anni '80 rivolta in direzione conservatrice, a seguito delle nomine da parte di due presidenti conservatori come Nixon e Reagan⁷⁷; successivamente si sono avute alcune soluzioni approssimative con le nomine del presidente Clinton, che ha finito per creare una Corte quasi centrista, omogenea ma senza particolare propensione al conservatorismo o al progressismo⁷⁸.

Grafico 3 – Ricorsi *remaining on docket* alla fine di ogni *term*



Pare necessaria un'ultima precisazione. Dopo l'elezione per il secondo mandato presidenziale di George W. Bush, la nomina nel novembre 2005 di John Roberts come presidente della Corte suprema ha portato conseguenze positive non soltanto in termini di carico, ma anche di suddivisione del lavoro.

Il giudice Roberts ha finito per mostrare la maggiore *judicial modesty* fra

⁷⁷ Cfr. R. TONIATTI, "Appointing power" e indirizzo politico: le recenti nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema, in *Quad. Cost.*, 1987.

⁷⁸ Ci si riferisce alla tabella 1 in P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 44.

tutti i *chiefs* nella storia della Corte, raggiungendo il significativo risultato della maggior uniformazione numerica di sempre in termini di *opinions*, redatte nella *maximum numerical equality*⁷⁹ da ciascuno dei giudici che compongono la Corte suprema in ben quattro *terms* su dieci, fino ad adesso ben più rispetto ai precedenti *chiefs*.

Tornando alla gestione del carico di lavoro, occorre tenere a mente il fatto che i membri della Corte sono solitamente diffidenti nel diffondere all'esterno i dettagli della procedura che conduce al *grant* o al *denial* di *certiorari*. Tutte le conoscenze più nitide di questa fase non sono mai dirette, bensì provengono nella maggior parte dei casi da dichiarazioni o scritti resi dai c.d. *law clerks*.

1.5 L'influenza dei *law clerks* nella procedura di *certiorari*

Negli ultimi quindici anni la figura dei *clerks* ha avuto un'evoluzione tale da meritare numerosi studi, grazie ai quali si è sollevato in parte il velo che oscura il processo di *decision-making* interno alla Corte suprema. A partire dalle turbolenze intorno al supremo Collegio dopo le elezioni presidenziali del 2000, fino all'utilizzo di strumenti mediatici come le serie televisive, che hanno incanalato l'attenzione pubblica sulle «*behind-the-scenes machinations of Supreme Court clerks*»⁸⁰, il contributo di queste figure assistenziali è stato ed è tuttora fondamentale per controllare preliminarmente i ricorsi, smaltire il carico di lavoro superfluo e indirizzare i giudici alla concessione o meno del *certiorari*.

I *law clerks* sono assistenti dei giudici. Sono reclutati dalle *law schools* di maggiore spicco ed hanno spesso già un anno di esperienza come assistenti legali presso una corte d'appello⁸¹. Non c'è una diretta correlazione fra i valori politici espressi dagli assistenti e quelli del giudice nei suoi criteri per

⁷⁹ R.J. LAZARUS, *Back to "Business" at the Supreme Court: The "Administrative Side" of Chief Justice Roberts*, in 129 *Harv. L. Rev.*, 2015, pp. 47 ss.

⁸⁰ T.C. PEPPERS-C. ZORN, *Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment*, in *DePaul L. Rev.* 51, Fall, 2008, p. 51.

⁸¹ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 45.

la scelta dei propri *clerks*, anche se è stato riscontrato come spesso sia il fattore più determinante nella loro selezione⁸².

1.5.1 Segue. Brevi cenni storici sulla nascita e lo sviluppo dei clerks

La storia degli assistenti dei *justices* della Corte suprema cominciò nel 1882, quando il giudice Gray selezionò Thomas Russell dalla Harvard Law School come suo segretario legale. Nei primi tempi, grazie al prezioso lavoro svolto, Gray usava pagarlo personalmente per la mancanza di fondi specifici dedicati all'assunzione di simili figure⁸³. Il compito principale di questa tipologia di segretario era aiutare il giudice nella ricerca legale e nella redazione delle opinioni⁸⁴.

Nel 1886 fu autorizzata dal Congresso la devoluzione di un fondo monetario a ciascun giudice della Corte, utilizzabile per l'assunzione di un *clerk* con funzioni di stenografo. Mentre molti giudici usarono il fondo per l'assunzione di stenografi professionali o *attorneys*, giudici come Harlan e Holmes seguirono l'esempio di Gray, assumendo dei giovani laureati presso le più prestigiose *law schools* per un'assistenza "eclettica", giuridica ed amministrativa. L'impiego di ogni *clerk* variava in base al Giudice, dipendendo soprattutto dal tipo di utilizzo che questi ne facesse⁸⁵. I giudici che reclutavano i giovani laureati, infatti, tendevano a cambiarli annualmente, mentre coloro i quali assumevano stenografi o *attorneys* usavano mantenere i loro assistenti per periodi più lunghi⁸⁶.

Dopo il 1919, anno in cui il Congresso sbloccò ulteriori fondi per permettere a ciascun giudice l'assunzione di due figure professionali distinte (stenografo e *clerk*), la *clerkship institution* cominciò a crescere in maniera

⁸² T.C. PEPPERS-C. ZORN, *Law Clerk*, cit., pp. 65 ss. È stato effettuato un vero e proprio sondaggio sull'ideologia politica di ben 532 *clerks* per valutare, fra gli altri fattori, la loro influenza sui voti del *Justice* che li aveva ingaggiati.

⁸³ Cfr. A. NEWLAND, *Personal Assistants to Supreme Court Justices: The Law Clerks*, in *40 Or. L. Rev.* (1961), pp. 299 ss.

⁸⁴ T.C. PEPPERS-C. ZORN, *Law Clerk*, cit., p. 54.

⁸⁵ T.C. PEPPERS, *Courtiers of the Marble Palace: The Rise and Influence of the Supreme Court Law Clerk*, Stanford University Press, 2006, pp. 53 ss.

⁸⁶ T.C. PEPPERS-C. ZORN, *Law Clerk*, cit., p. 54.

continuativa fino ad arrivare alla situazione attuale, per la quale ogni giudice della Corte può assumere fino a quattro *clerks* e due assistenti amministrativi, mentre il *chief justice* può arrivare ad ingaggiare cinque *clerks*. Oggi esiste una prassi consolidata con cui ogni *law clerk* lavora presso la Corte per un solo *term*, anche se alcuni giudici preferiscono mantenere spesso un assistente “senior” che rimanga per un secondo *term*, in modo da assicurare una continuità alle *chambers*⁸⁷.

Attualmente, ricoprire un ruolo simile può considerarsi una fortuna per chi riesce ad ottenerlo. Un solo anno al servizio della Corte suprema rende possibile sbocchi professionali di fondamentale importanza, ad esempio opportunità lavorative presso il Dipartimento di Giustizia, o la possibilità di insegnare in famose *law schools*, ovvero di esercitare la professione di avvocato in prestigiosissime *law firms* a New York, Washington D.C. o Los Angeles.

1.5.2 Segue. Il ruolo dei clerks nella fase interna

Perry è uno degli studiosi che ha preso in considerazione il ruolo dei *law clerks* nel *certiorari process*⁸⁸, evidenziandone poi alcuni aspetti più dettagliatamente.

Le *petitions* vengono prima di tutto spedite o consegnate a mano al *Clerk's office*⁸⁹. Il *Clerk of the Court*, funzionario pubblico, controlla l'assenza di errori formali nel ricorso, come la lunghezza della pagina o la sua tempestività. Terminata la procedura, il *Clerk of the Court* invia i ricorsi comprensivi di allegati alle camere. Da questo momento possono distinguersi due diverse tipologie di procedimenti interni, a seconda che i giudici appartengano alla *pool chamber* o meno⁹⁰.

⁸⁷ *Ivi*, p. 55.

⁸⁸ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., p. 41 ss.

⁸⁹ Da non confondere il *Clerk's office*, ufficio amministrativo comparabile alla nostra cancelleria, con i *law clerks*. A tal proposito v. P. BIANCHI, *la creazione*, cit., p. 47 e H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., p. 41.

⁹⁰ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., pp. 46 ss., cfr. H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., pp. 42 ss.

La *pool chamber* è stata progettata per ridurre il *workload* della Corte. È composta da un certo numero di giudici, che provvedono a dividersi in maniera del tutto casuale ma numericamente equa i ricorsi presentati e distribuirli ai propri *clerks*. Ogni assistente controllerà le *petitions* che gli sono state assegnate e scriverà un *cert. pool memo* per ognuna di esse. Tale *memo* è stilato in una forma *standard*, riassume in una lunghezza variabile da una a dieci pagine le questioni, i fatti e le opinioni rese nella decisione impugnata e contiene infine un'analisi comprensiva di parere sulla concessione o meno del *writ of certiorari*. Questa memoria viene inviata al proprio giudice, mentre le sue copie sono trasmesse a tutti gli uffici dei giudici appartenenti al *pool*. Successivamente i *clerks* appartenenti agli altri *justices* esaminano il *memo* ed effettuano un *mark up*. Il *markup memo* può anche soltanto indicare l'adesione al *pool memo*, ovvero analizzare il caso in maniera più analitica e suggerire la non adesione allo stesso. Il giudice, nella maggioranza dei casi, leggerà solo il *memo* ed il *mark up*, approfondendo le ricerche sulla *petition* solo nei casi più complessi⁹¹.

Ogni *clerk* interpreta il proprio ruolo in maniera più o meno estesa. Alcuni cercano di assecondare la volontà dei giudici, altri riescono a persuaderli evidenziando posizioni diverse rispetto alle loro e riuscendo così ad imporre la «*Clerk's Eye View*»⁹². La prassi del *pool memo* e del *mark up process* ha portato sia vantaggi che svantaggi. Non è certo che questo sistema contribuisca in modo concreto alla diminuzione del *workload*, considerato che dopo l'introduzione del *pool* – astrattamente un metodo logistico deflattivo del carico di lavoro – è nata la dispendiosa prassi del *mark up*. Il maggior vantaggio è certamente riscontrabile nella garanzia di un attento esame su ogni ricorso da parte di un soggetto, mentre lo svantaggio primario è quello dell'obbligo di redazione di una memoria

⁹¹ *Ivi*, p. 47.

⁹² Cfr. E. LAZARUS, *Closed Chambers: The Rise, Fall and Future of the Modern Supreme Court*, New York, Penguin Books, 2005. Lazarus è stato un *clerk* del giudice Blackmun nel *term* tra il 1988 ed il 1989, descrivendo nella sua opera il concreto funzionamento dell'*internal process* durante quel periodo. Dopo la sua pubblicazione ha ricevuto moltissime critiche da parte dei *legal commentators*, perché avrebbe violato, attraverso la divulgazione di questi contenuti, l'etica professionale.

formale anche in casi nei quali ciò non sarebbe necessario⁹³.

Diversa è l'organizzazione nell'ambito delle *nonpool chambers*. In questo caso i *clerks* provvedono a dividersi tutte le *petitions* e presentano un *memo* solamente al proprio giudice. La memoria è contenutisticamente identica al *pool memo*, ma è redatta in maniera più concisa ed informale⁹⁴. Tuttavia, in questa tipologia di *internal process*, le procedure possono variare da ufficio ad ufficio. Ad esempio, Perry riporta i casi del giudice Brennan e Stevens⁹⁵, il primo dei quali svolgeva la maggior parte del lavoro di *screening* sui ricorsi via *certiorari*, a differenza del secondo, che richiedeva ai propri assistenti di redigere una memoria nei soli casi che sarebbero presumibilmente stati inseriti nella *discuss list*. Se in quest'ultima fossero poi stati presenti casi non previsti, i suoi *clerks* avrebbero provveduto a stilare una memoria ulteriore prima della successiva *conference*.

La *discuss list* è una lista di casi che il *Chief Justice* ritiene meritevoli di discussione nella fase di *conference*. Tutti i casi non discussi, a parte alcune eccezioni⁹⁶, sono automaticamente ritenuti *certiorari denied*.

Da questi procedimenti si deduce che l'influenza dei *clerks* sul lavoro della Corte è enorme. I giudici sembrano porre nella maggior parte dei casi una fiducia estesa nei confronti dei loro assistenti⁹⁷, non guardando in linea tendenziale le *petitions*, ma muovendosi nella decisione sulla base dei *pool memos*. Di questa evidenza Lazarus non sembra affatto preoccuparsi⁹⁸, affermando che, anche se i *clerks* cercassero di insabbiare la discussione di alcuni casi in modo da ridurre la loro probabilità di concessione del *certiorari*, la medesima questione tornerebbe “a galla” in un momento successivo. Inoltre, la vigilanza di ogni *clerk* sul proprio lavoro e quello degli altri (anche per l'imbarazzo evidente che un loro errore porterebbe a se

⁹³ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 49.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., p. 43.

⁹⁶ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 50. Ci si riferisce ai casi in cui la Corte decida di sospendere la valutazione del *certiorari*.

⁹⁷ S.J. KENNEDY, *Puppeteers or Agents? What Lazarus's Closed Chambers Adds to Our Understanding of Law Clerks at the U.S. Supreme Court*, in *Law and Social Inquiry*, 2000, American Bar Foundation, pp. 197 ss.

⁹⁸ E. LAZARUS, *Closed Chambers*, cit., pp. 267-268.

stessi e al loro giudice) impone l'obiettività che altrimenti, senza controlli da parte dei *justices* della Corte, potrebbe facilmente venire meno. Ciò nondimeno, il medesimo autore critica l'eccessiva "pigrizia" dei giudici nel delegare fin troppo facilmente le responsabilità decisionali di casi spesso molto importanti ai loro *clerks*⁹⁹.

1.6 La conference e gli standards per la concessione del certiorari

La *conference* è definibile come un incontro di carattere informale svolto settimanalmente dai giudici¹⁰⁰. Il venerdì, giorno stabilito per la *conference*, è diviso in due fasi. La mattina è utilizzata per discutere i casi. Il pomeriggio – a partire da fine settembre – la Corte seleziona i ricorsi da decidere¹⁰¹. Questa fase è quasi sempre sommaria, perché quando i giudici si riuniscono hanno già annotato, nella loro copia della *discuss list*, il proprio voto¹⁰².

Durante il *certiorari process* si vota almeno per tre volte, due delle quali in *conference*. Il primo voto determina i casi che verranno discussi oralmente. Se la Corte vota per il *grant*, il caso è programmato per l'*oral argument*. Dopo l'*oral argument* i giudici si riuniscono nuovamente in *conference* per decidere se annullare la decisione della corte inferiore o confermarla. Questo è «*the original vote on the merits*» e non è definitivo. Ciò che determina realmente la conferma, la riforma o l'annullamento della decisione impugnata è il terzo voto, espresso dai giudici nel corso della redazione dell'*opinion* o dell'adesione all'*opinion of the Court*¹⁰³.

Occorre adesso analizzare le numerose tecniche di cui la Corte si è avvalsa e quelle che la dottrina ha cercato indirettamente di dedurre analizzando le decisioni di un certo numero di *terms*.

⁹⁹ *Ivi*, p. 271.

¹⁰⁰ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 50.

¹⁰¹ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., p. 43.

¹⁰² F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 53.

¹⁰³ S. BRENNER-H.J. SPAETH, *Stare Indecisis*, cit., p. 49. Il periodo preso in esame in questo libro va dal 1946 al 1992, escludendo i casi dell'*original docket*.

1.6.1 Segue. Alcune strategie interne della Corte

Non esistono regole scritte per la *certworthiness*¹⁰⁴ del ricorso. L'esistenza di una regola di stampo pratico, probabilmente di applicazione anche contemporanea, è stata affermata dopo il *Judges' Bill* del 1925 e ricavata anche attraverso ammissioni indirette da parte di alcuni giudici della Corte. Si tratta della c.d. *Rule of Four*¹⁰⁵. A svelarla per primo fu il giudice Van Devanter, durante le negoziazioni fra Corte e Congresso nel 1924. Affermò infatti che «in presenza di cinque voti contro la concessione del *writ* e quattro a favore, esso viene accordato, poiché noi procediamo in base alla teoria secondo cui quando quattro membri della Corte, e anche tre in alcune circostanze¹⁰⁶, sono convinti dell'opportunità di rivedere il caso la *petition for certiorari* dovrebbe essere concessa. Questo è il modo uniforme in cui i ricorsi sono valutati»¹⁰⁷.

La questione della reale forza di questa *Rule* si è discussa per la prima volta nel 1957, in *Rogers v. Missouri Pacific R. Co*¹⁰⁸, da cui sono emerse due differenti posizioni: secondo la maggioranza la *Rule of Four* obbliga tutti i giudici a decidere nel merito, sempre che durante il dibattimento pubblico (*oral argument*) non vengano alla luce elementi sconosciuti che avrebbero potuto portare ad una diversa conclusione i membri della Corte. Secondo i dissenzienti, in particolare Frankfurter, la regola non ha carattere vincolante, ma è piuttosto una norma di correttezza con la quale si permette alla minoranza dei giudici di ottenere informazioni più esatte per una causa

¹⁰⁴ Il termine *certworthiness* indica l'idoneità del ricorso alla concessione del *certiorari*.

¹⁰⁵ Sull'argomento cfr. R. LEIMAN, *The Rule of Four*, in 57 *Colum. L. Rev.* 975 (1957); J.F. FAGAN, *When Does Four of a Kind Beat a Full House? The Rise, Fall and Replacement of the Rule of Four*, in 25 *New Eng. L. Rev.* 1101 (1991); H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit.; P. BIANCHI, *La creazione*, cit., spec. pp. 50 ss., V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., spec. pp. 100 ss.; F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., spec. pp. 68 ss.

Sembra che questa regola fosse una sorta di compromesso fra il Congresso e la Corte per ampliare il potere discrezionale di quest'ultima nella scelta dei casi.

¹⁰⁶ Ci si riferisce alla c.d. *join three*, specie quando a decidere il caso siano sette o otto giudici.

¹⁰⁷ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., pp. 68 ss.

¹⁰⁸ 352 U.S. 500 (1957).

non necessariamente da decidere nel merito¹⁰⁹. Orientamento, quest'ultimo, avallato dalla dottrina, per la quale la *Rule of Four* sarebbe un mero strumento dilatorio, utilizzabile dalla minoranza per sospendere provvisoriamente il rifiuto di rivedere un caso da parte della maggioranza, costringendola ad una rimeditazione dello stesso¹¹⁰. Il giudice Stevens, in *New York v. Uplinger*¹¹¹, afferma una posizione ancora più netta rispetto a quella di Frankfurter. Per Stevens la *Rule of Four* attribuirebbe a quattro giudici il potere di richiedere che il caso sia «*briefed, argued and considered at a postargument conference*», senza obbligare la maggioranza alla decisione nel merito¹¹².

Più di una volta questa regola, essendo frutto di prassi giudiziaria, è stata sottoposta a contestazioni, sia da parte degli esponenti della politica, sia degli stessi *justices*¹¹³. Il problema principale della *Rule of Four* è quello di offrire una grossa elasticità ai poteri della Corte, al punto da dare a quest'ultima la possibilità di trovare consistenti eccezioni alla regola stessa. Negli anni '20, ad esempio, potevano anche bastare due voti per fornire alla *petition* la *worthiness* necessaria al riesame, purché ci fosse stato un serrato dibattito interno¹¹⁴.

Al crescere del carico di lavoro, tuttavia, è cresciuta la rigidità della regola, che è stata applicata in maniera molto meno liberale: ad esempio, spesso si prevede già che i quattro giudici favorevoli al riesame non riuscirebbero a ribaltare gli orientamenti degli altri cinque nella discussione sul merito e si preferisce quindi far “cadere” la questione; in tal caso si parla di una vera e propria *Rule of Five*¹¹⁵.

¹⁰⁹ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 101.

¹¹⁰ R. LEIMAN, *The Rule of Four*, cit., p. 988. L'autore sostiene anche che si sia prospettata la possibilità di revocare il *writ of certiorari* prima dell'udienza orale. Se ciò non fosse, la *Rule of Four* sarebbe in contrasto insanabile con il *certiorari* quale strumento di controllo del *docket*. Infatti, la Corte non può essere vincolata a decidere il caso nel merito.

¹¹¹ 467 U.S. 247 (1984).

¹¹² Cfr. F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 73.

¹¹³ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 52. L'autore prende in considerazione il *dissent* di Frankfurter nella citata sentenza *Rogers v. Missouri Pacific R. Co.* Del 1957 (v. *supra*, nota 92).

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., p. 98.

Il motivo di questo irrigidimento è dovuto al fatto che, con il passare degli anni, i membri della Corte (specie Stevens¹¹⁶) si sono resi conto che un'applicazione continua della regola avrebbe portato soltanto ad un maggior "intasamento" del ruolo, senza alcun contributo per il contenuto e la qualità delle decisioni assunte, a causa dell'eccesso di "scambi di cortesia" fra i *justices* nel concedersi vicendevolmente i riesami dei casi.

La *Rule of Four* è sovente intrecciata con la *Hold Rule*. In base ad essa, una minoranza di tre giudici può imporre di «*hold a case*», ossia sospendere la decisione sulla concessione o meno del *certiorari*, quando possa influire su tale decisione la risoluzione di un altro caso in pendenza¹¹⁷.

Attraverso la *Hold Rule* la Corte cerca di evitare che, nel contesto della proposizione di più casi nella medesima materia, il mero ordine d'esame degli stessi possa configurare una tutela diversa per ogni ricorrente. Vuole insomma garantire quel principio giusfilosofico che impone di trattare i casi simili in maniera simile¹¹⁸. Il fatto di garantire la *Rule of Four* e la *Hold Rule*, non vincola tuttavia la Corte a decidere nel merito: frequente risulta infatti la prassi di «*dismiss the case as improvidently granted*» dopo l'esame nel merito dei *briefs* e l'*oral argument*; tale accadimento si verifica, per Van Devanter¹¹⁹, quando «la Corte riscontra dopo un'udienza che il caso verte su una questione che non consente alcuna ragionevole od appropriata base per la concessione del *writ*»¹²⁰.

Strategia differente è quella del *defensive denial*. Rientra fra i comportamenti che hanno come scopo preciso quello di evitare che si formi un precedente sfavorevole al livello federale, al fine di attendere invece un mutamento nella composizione della Corte o nell'opinione dei suoi giudici¹²¹.

¹¹⁶ J.P. STEVENS, *Some Thoughts on Judicial Restraint*, in 66 *Judicature* (1982), pp. 177 ss.; cfr. P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 52.

¹¹⁷ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., pp. 77 ss.; P. BIANCHI, *La creazione*, cit., pp. 52 ss.

¹¹⁸ Cfr. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Legal Thought*, New York Oxford University Press, 1996.

¹¹⁹ Durante uno dei dibattiti del 1924 di fronte alla commissione giudiziaria del Senato, in occasione della redazione del *Judges' Bill*.

¹²⁰ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 69.

¹²¹ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., pp. 198 ss.

Un'altra forma strategica il cui l'utilizzo non è stato negato dai giudici della Corte suprema è quella dei c.d. *aggressive grants*. Tale tecnica si riferisce alle ipotesi in cui un giudice decida di accordare il *writ of certiorari* in un caso che, nonostante non sia un “buon veicolo”¹²², possa essere idoneo a modellare una determinata dottrina o semplicemente a far vincere nel merito¹²³. Si è evidenziata una minore occultabilità di tale strumento rispetto ai *defensive denials*, dovendo i giudici, nel caso degli *aggressive grants*, argomentare il loro favore in termini non strategici di fronte ai colleghi¹²⁴.

Diverso strumento, ma con le medesime finalità, è quello della c.d. *summary disposition*, che è una trattazione sommaria nel merito. Spesso la Corte suprema decide attraverso un particolare tipo di decisioni, chiamate *per curiam*, nel senso di sentenze adottate senza l'individuazione dell'autore dell'*opinion of the Court* e soprattutto senza alcuna discussione in udienza¹²⁵. Talvolta queste decisioni contengono l'annullamento della sentenza impugnata, non sempre rinviando gli “atti di causa” al giudice inferiore. Ciò ha suscitato intuibili polemiche¹²⁶.

Dal punto di vista procedurale, l'utilizzo della *summary disposition* conseguirebbe ad una notevole differenza di posizioni interna alla Corte, con giudici che spesso si trovano in condizione di porre di fronte ai colleghi una secca alternativa (accoglimento nel merito del *certiorari* o *denial*) dal momento che il caso tratterebbe questioni certamente fondate, ma di scarso rilievo costituzionale¹²⁷. Si parla in questi casi della c.d. *Rule of Six*, una prassi chiaramente rigida e non usuale per la concessione del *writ*, nel senso che occorrerebbero in questa sede sei voti per ribaltare la sentenza

¹²² V. *infra*, p. 31.

¹²³ Esempi di *aggressive grants* utilizzati ad esempio dalla Corte Vinson sono offerti da A. SEGAL, *Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denials on the Vinson Court*, 57 J. Pol. (1995), pp. 824 ss.

¹²⁴ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 127.

¹²⁵ Negli ultimi dieci *terms* si sono aggirate in numeri compresi tra le 3 (nel *term* del 2007) e le 14 (nel *term* del 2009).

¹²⁶ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 54.

¹²⁷ *Ibidem*.

impugnata¹²⁸. Questo tipo di pronuncia è considerato dalla *Rule* 18.6, che dà la possibilità alla Corte di ammettere istanze che richiedano semplicemente la sommaria conferma o l'annullamento della sentenza impugnata. Perciò è deducibile che il giudizio della Corte suprema, nel pieno delle garanzie processuali, può esserci solo in presenza di un'importante questione di rilievo costituzionale. Non si fa altro che riprodurre al massimo livello lo stile “negoziale” del processo di *common law*¹²⁹.

1.6.2 Segue. Modelli politico-strategici della Corte identificati dalla dottrina. I criteri inespressi

Un contributo di fondamentale impatto sulla chiarificazione dei meccanismi che muovono i *justices* è certamente quello offerto dalla dottrina statunitense.

Tra i modelli esaminati per spiegare le scelte di *policymaking* della Corte suprema c'è la c.d. *Cue Theory*. Tanenhaus si era proposto di dimostrare l'esistenza di alcuni *cues*, presi in considerazione dai giudici per discernere i casi *frivolous*¹³⁰ da quelli meritevoli di discussione in *conference*¹³¹. I *cues* sarebbero quelli del governo federale come ricorrente; il dissenso fra i giudici, corti diverse o *agencies* sulla decisione impugnata; la presenza di questioni inerenti le libertà civili o economiche¹³². Tale teoria ha suscitato tuttavia forti critiche in dottrina. Pur ammettendo l'esistenza di alcuni *cues* come mezzi validi per la comunicazione, altri studiosi come Provine e Perry non accettano un criterio che presupponga un invariabile collegamento fra *cues* e casi *frivolous* o meno¹³³. Perry, comunque, ritiene questa teoria utile

¹²⁸ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., pp. 99 ss.

¹²⁹ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 54. Per sommarie informazioni sul processo *adversary* di *common law*, cfr. V. VARANO-V.BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, quinta ed., Giappichelli, Torino, 2014, spec. pp. 306 ss.

¹³⁰ V. *infra*, p. 30 ss.

¹³¹ J.TANENHAUS-M.SCHICK-M.MURASKIN-D.ROSEN, *The Supreme Court certiorari jurisdiction: cue theory*, in SCHUBERT (cur.), *Judicial decision-making*, New York, Free Press, 1963, pp. 111-132.

¹³² Cfr. F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., pp. 98 ss.

¹³³ D.M. PROVINE, *Case Selection*, cit., p. 82.

nella misura in cui i *cues* vengano considerati come segnali importanti, che i giudici tengano presenti prima della *conference*¹³⁴.

Ci sono autori come Schubert, che hanno analizzato i voti nel merito di numerose decisioni per spiegare il *certiorari process* attraverso strategie complesse come la teoria dei giochi¹³⁵; oppure altri, come Brenner, che hanno cercato di individuare l'aspetto strategico della selezione dei casi immedesimandosi nel bilanciamento costi-benefici effettuato dai giudici durante la valutazione sull'adozione o meno di una decisione nel merito¹³⁶. Brenner, ad esempio, conclude la sua analisi enfatizzando l'accresciuto tasso strategico nei casi in cui siano presenti quattro voti per la concessione, piuttosto che in quelli che ne vantino un numero superiore. Atteggiamento che trova una giustificazione nel fatto che nel primo caso ogni voto è necessario per la concessione del *certiorari*. I giudici a favore della stessa intenderebbero sicuramente confermare anche nel merito la decisione impugnata, senza troppi calcoli sulle *chances* di vittoria¹³⁷. In studi successivi¹³⁸, inoltre, è stata evidenziata una maggior probabilità di concessione del *writ of certiorari* quando si ritenga scorretta la decisione impugnata nel merito, quando sia probabile annullarla e quando l'orientamento ideologico dell'organo giudicante che aveva emesso la decisione impugnata sia coincidente con quello prevalente della Corte suprema.

1.6.3 Segue. Criteri “negativi” e “positivi” che influenzano la case selection

Per completare il quadro, è possibile delineare ulteriori fattori che possono

¹³⁴ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., pp. 116 ss.

¹³⁵ Cfr. G.A. SCHUBERT JR., *The study of political decision-making as an aspect of political behaviour*, in *Am. Pol. Sc. Rev.*, 52, 1958; *Policy Without Law: An Extension of the Certiorari Game*, in *Stanf. L. Rev.*, 1962, pp. 284-327.

¹³⁶ S. BRENNER, *The New Certiorari Game*, in *The Journ. of Pol.*, 1979.

¹³⁷ *Ivi*, pp. 649 ss.

¹³⁸ S. BRENNER-J.F. KROL, *Strategies in certiorari voting in the United States Supreme Court*, in *Journal of Politics*, 1989, p. 828 e H. SPAETH-S. BRENNER (cur.), *Studies in U.S. Supreme Court Behaviour*, Garland-Publishing, 1990, pp. 7 ss.

influenzare la *case selection*.

I criteri “negativi”, che porterebbero più favorevolmente alla negazione del *certiorari*, sono molteplici. Uno di questi può essere individuato nella *frivolousness*¹³⁹ del ricorso. Un altro criterio che spinge alla negazione del *certiorari* è quello dei ricorsi non *frivolous* ma trattati come tali dai *clerks*¹⁴⁰. La differenza con i primi sta nel fatto che questi potrebbero ottenere il *writ* una volta mutato l'orientamento della Corte. Altro importante criterio per il probabile *denial* è la c.d. *percolation* della questione, alludendosi con tale espressione alla volontà della Corte di non decidere il caso finché non vi sarà stato un suo approfondimento in sede giudiziaria e dottrinale¹⁴¹. Ulteriore criterio “negativo” è quello dell'esistenza dei *bad facts*. La Corte, infatti, revisionerebbe solamente casi privi di difetti tecnici e che risultino essere un “buon veicolo”¹⁴² per la sua azione chiarificatrice. Infine, un'altra ragione per il rifiuto del *certiorari* è quella di probabili *plurality opinions*, l'emanazione cioè di sentenze basate su opinioni frammentate e prive di quel fondamento che permetterebbe alla Corte suprema di elaborare una «*sensible rule*» utile a sopire la questione.

I “criteri positivi”, che porterebbero ad una più probabile concessione del *writ*, sono anch'essi numerosi. Il primo grande criterio è l'esistenza di un conflitto fra le corti d'appello di più circuiti¹⁴³. Si tratta dell'unico criterio per il quale non si valuterebbe preventivamente l'esito del merito già in fase di concessione, ma si registrerebbero spesso otto o nove voti per il *grant* del *certiorari*, a fronte di decisioni nel merito talvolta controverse, con *opinions of the Court* di soli cinque giudici contro quattro dissenzienti. Altri fattori a favore della concessione sembrano essere l'ampiezza della decisione¹⁴⁴, la ricorrenza della questione presentata alla Corte, i *dissents from certiorari*

¹³⁹ Casi assurdi (spesso per colpa di avvocati incompetenti), casi la cui risoluzione è legata a fatti specifici, o casi nei quali è invocata un'insufficienza probatoria per il verdetto.

¹⁴⁰ Si tratta di quei casi spesso non inseriti neppure nella *discuss list*, per i quali è nota da parte dei *clerks* l'indisponibilità del proprio giudice o della Corte a rivedere la questione.

¹⁴¹ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 110.

¹⁴² *Ivi*, p. 111.

¹⁴³ Più diffusamente *ivi*, pp. 113 ss.; cfr. PERRY, *Deciding*, 211 ss.

¹⁴⁴ Tirio si riferisce all'impatto della decisione su un maggior numero di casi o soggetti possibile, o sul governo federale.

*denials*¹⁴⁵ o l'area su cui il caso insiste. Sulla base delle comuni aree di interesse coltivate dai singoli giudici, di fatto, si può stimolare nel momento giusto un più facile *grant* del *writ of certiorari*¹⁴⁶.

1.6.4 Segue. Il dissent from denial e l'opinion respecting the denial

La prassi di dissentire in sede di selezione discrezionale è cresciuta solamente negli ultimi trent'anni¹⁴⁷. Il giudice Frankfurter, in *Rogers v. Missouri*¹⁴⁸, teorizzò infatti originariamente questo fenomeno come un diritto-dovere per ogni *justice*, anche perché avrebbe avuto l'utilità di rendere maggiormente edotto il pubblico sul lavoro svolto dalla Corte al suo interno. Numerose sono state le obiezioni a questa istituzionalizzazione. La più importante è che si dovrebbe sempre salvaguardare il principio di segretezza che vige per i procedimenti della Corte in sede collegiale¹⁴⁹.

Il *dissent from certiorari denial* implicherebbe due importanti conseguenze. Da un lato, pare poter fungere da freno per l'arbitrarietà della Corte nella *case selection*. In questioni come i *capital cases*, infatti, più di una volta i giudici hanno pronunciato un *dissent* relativamente a dei presunti “abusi” compiuti dalla Corte nell'esercizio dei propri poteri. Troppo spesso i *justices* infatti evitano la propria responsabilità decisionale, trincerandosi dietro presunte regole processuali che li portano a disporre dei casi senza pronunciarsi nel merito¹⁵⁰. Dall'altro lato, il fenomeno del *dissent* ha contribuito alla configurazione di una nuova prassi, l'*opinion respecting the denial*¹⁵¹, con la quale invece uno o più giudici spiegano i motivi che li

¹⁴⁵ V. subito *infra*.

¹⁴⁶ H.W. PERRY JR., *Deciding*, cit., pp. 253 ss.

¹⁴⁷ *Ivi*, pp. 81 ss. L'autore scrive di come l'utilizzo precedente del *dissent* fosse riservato soltanto a giudici autorevoli o a meccanismi “reazionari” rispetto al mancato accoglimento di proposte, almeno fino agli anni '80.

¹⁴⁸ 352 U.S. 500 (1957).

¹⁴⁹ F. TIRIO, *Il writ of certiorari*, cit., p. 82 ss. Questa critica è formulata dal giudice Stevens in *Singleton v. Commissioner*, 439 U.S. 940 (1978).

¹⁵⁰ *Ivi*, pp. 84-85. In questi termini si pronuncia il giudice Marshall in *Witt v. Vainwright*, 470 U.S. 1039 (1985).

¹⁵¹ Più diffusamente *ivi*, pp. 169 ss.

hanno condotti a votare per la non concessione del *writ of certiorari*. Lo strumento del *dissent from denial* non deve tuttavia, a detta del giudice Stevens¹⁵², indurre il lettore non informato «a concludere che la Corte non sta trattando il suo *docket* discrezionale in maniera responsabile». Tale isolata campagna, comunque, non ha prodotto effetti considerevoli¹⁵³.

Prendendo in considerazione isolatamente i dissensi, la dottrina¹⁵⁴ li distingue in quattro categorie:

1. Affermazioni di carattere generale;
2. Dissensi senza commento;
3. Dissensi su basi neutre;
4. Dissensi sul merito.

Il primo gruppo contiene casi nei quali vengono pronunciati *obiter dicta* come “rampa di lancio” per l'enunciazione di principi generali o proposte future.

Il secondo gruppo comprende i casi nei quali i giudici si limitano a far annotare che avrebbero concesso il *certiorari*, senza ulteriori aggiunte.

Il terzo gruppo individua le ipotesi in cui i *justices* dissentono prendendo in considerazione elementi formali che avrebbero condotto al riesame del caso. Ad esempio, il più frequente fra quelli riportati è la presenza di un conflitto fra le decisioni di corti statali o federali inferiori, o il contrasto fra la decisione impugnata e un precedente della Corte suprema¹⁵⁵. Molto spesso la “maschera” del dissenso su basi neutre indica una precisa opinione del giudice dissenziente. Per cui si potrebbe pensare che sovente la Corte faccia passare i propri dinieghi di *certiorari* come “tecnici”, per occultare il proprio consenso rispetto alla soluzione trovata dalla corte inferiore¹⁵⁶.

Il dissenso nel merito è uno dei più frequenti. Quest'ultima categoria porta alla luce una spaccatura della Corte su argomenti specifici: attraverso di esso si vuole evidenziare che «il caso è importante, la decisione

¹⁵² In *Chevron U.S.A. v. Sheffield*, 471 U.S. 1140 (1985).

¹⁵³ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 61.

¹⁵⁴ P. LINZER, *The Meaning*, cit., pp. 1262 ss.

¹⁵⁵ Cfr. P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 61.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

impugnata è sbagliata e che la maggioranza della Corte si irrigidisce su posizioni preconcrete»¹⁵⁷.

È possibile distinguere i dissensi sul merito in tre ulteriori categorie¹⁵⁸:

- a. dissensi relativi a singoli fatti;
- b. dissensi “irredentisti”;
- c. dissensi in prospettiva futura.

Quelli relativi a singoli fatti sono dissensi espressi da giudici che ritengono le decisioni impugnate erranee dal punto di vista giuridico o fattuale. La Corte oggi si astiene dal decidere le questioni quando non si giunga, attraverso il riesame, alla risoluzione di un problema di interesse generale. La *summary disposition* è il provvedimento speculare rispetto a questo tipo di rigetto¹⁵⁹.

I dissensi definiti “irredentisti” sono quelli espressi da giudici che rivendicano una posizione opposta a quella della maggioranza, che aspira a ribaltare l'orientamento della Corte su un tema, nella consapevolezza di non poterlo ottenere al momento della decisione. Ha lo scopo di tenere alta l'attenzione sulle questioni oggetto di diniego.

Infine, i dissensi in prospettiva futura non sono altro che opinioni esprimenti soluzioni diverse rispetto a quelle scelte nel caso rigettato, spingendosi quindi a proporre una “giurisprudenza alternativa”¹⁶⁰.

Complessivamente si può evincere un quadro abbastanza variegato. La Corte cerca di evitare di entrare nel merito delle decisioni meno importanti, ma anche di quelle, pur importanti, sulle quali le posizioni dei giudici appaiono ancora troppo rigide per un concreto mutamento¹⁶¹. Se insomma gli schieramenti sono chiari prima ancora dell'udienza si eviterà di arrivare a questa fase, nonostante accada spesso. Ma la Corte può comunque revocare in ogni momento la concessione del *certiorari* perché «*improvidently*

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 62.

¹⁵⁸ Cfr. P. LINZER, *The Meaning*, spec. pp. 1264 ss.

¹⁵⁹ *V. supra*, p. 28.

¹⁶⁰ P. BIANCHI, *La creazione*, cit., p. 62.

¹⁶¹ *Ibidem*.

granted»¹⁶², senza addurre ulteriori motivazioni.

1.7 Rinvio. Le *doctrines of justiciability*

La discrezionalità della Corte non termina in *conference*. Nella fase successiva alla concessione del *certiorari* i giudici hanno il potere di esercitare il *restraint* mediante l'ausilio di strumenti ulteriori. Le c.d. *doctrines of justiciability* sono tecniche giurisprudenziali utilizzate dalla Corte suprema per stabilire – dopo la *conference* – quale sia il caso più adatto in relazione al principio da affermare incidentalmente.

La concezione di *justiciability* è presa in considerazione già dal *chief justice* Marshall nel 1803¹⁶³ per escludere dalla categoria dei casi “giustiziabili” quelli che non presentino un conflitto in cui si lamenti la violazione di un diritto soggettivo¹⁶⁴.

Tali *doctrines* (*standing, mootness, ripeness, political question*) verranno più propriamente analizzate *infra*¹⁶⁵. Per il momento basti sapere che esse prendono corpo in un modello processuale che si contrappone alle ordinarie forme processuali usate dalle corti federali, risultando improntato sul tipo di *adjudication* che la Corte suprema vuole realizzare grazie al proprio ruolo di *policymaker*. Secondo la concezione tradizionale di processo di fronte alle corti federali, infatti, si segue il c.d. *private rights model*. In questo tipo di processo il giudizio di legittimità costituzionale assume connotazioni di estrema concretezza¹⁶⁶. La struttura del modello privatistico ha determinate caratteristiche: è bipolare; ha natura retrospettiva, perché verte intorno ad eventi già verificatisi; deve presentare il legame, tipico del modello di *common law*, tra *rights* e *remedies*; la decisione produce i suoi effetti solo fra le parti ed è del tutto soggetto all'iniziativa individuale¹⁶⁷.

¹⁶² V. *supra*, p. 27.

¹⁶³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, pp. 163-166 (1803).

¹⁶⁴ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 134.

¹⁶⁵ V. *infra*, cap. II, pp. 48 ss.

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 135.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

Al *private rights model* si contrappone la «*public law litigation*», messa in luce dalla dottrina americana¹⁶⁸. Questa tipologia processuale ha caratteristiche del tutto speculari rispetto al primo modello esaminato, poiché: i confini della controversia sono delimitati non solo dalle parti, ma dalle parti e dal giudice; dal punto di vista soggettivo non ci sono soltanto le due parti, ma spesso anche altri soggetti; l'accertamento approntato dal giudice non tende soltanto alla risoluzione del caso, quanto alla chiarificazione (e creazione) del diritto; i rimedi hanno contenuti diversi, adattandosi alle esigenze del caso; i giudici non esauriscono il proprio ruolo attraverso la decisione, ma partecipano all'esecuzione di questa; il giudice non rimane passivo, ma partecipa attivamente alla definizione della forma del processo¹⁶⁹. Altri autori utilizzano anche espressioni diverse per identificare il medesimo modello, tutte ugualmente rispecchianti l'accentuata funzione pubblicistica della Corte suprema, come «*special function model*»¹⁷⁰, «*public action model*»¹⁷¹ o «*public values model*»¹⁷². Negli Stati Uniti, infatti, la questione si pone in maniera più accentuata, perché la Corte suprema si muove sul doppio binario di giudice delle leggi e giudice del caso.

1.8 La Corte suprema e gli *hard cases*. Concreto esercizio della discrezionalità

«*Great cases like hard cases make bad law*»¹⁷³. Si è discusso finora della possibilità per la Corte di utilizzare opportunamente la “non-decisione” e di come questo possa influire moltissimo sulla sua funzione di indirizzo

¹⁶⁸ Cfr. C. TOBIAS, *Public Law Litigation and the Federal Rules of Civil Procedure*, in 74 *Cornell Law Review*, 1989, pp. 270 ss.

¹⁶⁹ A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, pp. 1281 ss.

¹⁷⁰ H.P. MONAGHAN, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, in 82 *Yale Law Journal*, 1972, pp. 1368-1371.

¹⁷¹ L.L. JAFFE, *Standing to Secure Judicial Review: Public Actions*, in 74 *Harv. L. Rev.*, 1961, pp. 1265-1267.

¹⁷² O.M. FISS, *Foreword: The Forms of Justice*, in 93 *Harv. L. Rev.*, 1979, pp. 1 ss.

¹⁷³ Una *legal maxim* riportata dal giudice Holmes in *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

politico¹⁷⁴. Una definizione breve ma calzante della discrezionalità e dell'uso pragmatico della stessa è offerta da Sunstein, che ritiene la Corte suprema una “utilizzatrice” del *judicial minimalism*¹⁷⁵.

È evidente come, quando un organo affetto da *deficit* di legittimazione democratica abbia il potere di avere l'ultima parola attraverso una *judicial review* non contemplata dalla Costituzione¹⁷⁶, si pongono e si porranno presumibilmente anche in futuro problemi sulla delimitazione dei poteri dell'organo stesso e sul modo di esercitarli.

Occorre dunque procedere con ordine, osservando concretamente il tipo di contegno esercitato dalla Corte in alcuni degli ambiti più politicamente controversi sul piano federale e suscettibili di interesse generale.

1.8.1 Segue. Le affirmative actions e i casi di discriminazione in ambito scolastico e lavorativo

Per focalizzare l'attenzione sul *self-restraint* in maniera più approfondita, il tema delle *affirmative actions* è una lente particolarmente utile attraverso cui studiare il silenzio della Corte, soprattutto quando diventa produttivo di effetti¹⁷⁷.

L'*affirmative action* offre un ottimo punto di osservazione, specie nei casi in cui i giudici decidono di rendere espliciti i motivi del *certiorari denial* attraverso una *opinion respecting the denial*, come è successo in *Hopwood v. Texas*¹⁷⁸.

Procedendo con ordine, i punti di partenza della giurisprudenza¹⁷⁹ sono due casi degli anni settanta, *DeFunis v. Odegaard*¹⁸⁰ e *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁸¹. Prima del 1974 molti altri ricorsi erano

¹⁷⁴ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., pp. 255 ss.

¹⁷⁵ C.R. SUNSTEIN, *One Case At a Time. Judicial Minimalism On The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, (Ms.), 1999, pp. 3 ss.

¹⁷⁶ Cfr. A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*.

¹⁷⁷ C.R. SUNSTEIN, *Foreword: Leaving Things Undecided*, in *110 Harv. L. Rev.*, 1996, p. 4 ss.

¹⁷⁸ 78 F.3d 932 (5th Cir.), *certiorari denied*, 116 S. Ct. 2581 (1996).

¹⁷⁹ Cfr. V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., pp. 118 ss.

¹⁸⁰ 416 U.S. 312 (1974).

¹⁸¹ 438 U.S. 265 (1978).

stati presentati sul problema della legittimità dell'*affirmative action*, che la Corte aveva risolto con dei semplici *denials* senza motivazione. Il caso *DeFunis* riguarda la presunta violazione del XIV emendamento ai danni di uno studente bianco, non ammesso alla Washington Law School perché in tale università favorivano le persone appartenenti ad alcune minoranze etniche. Durante il dibattito, però, il rappresentante dell'università dichiarò dinanzi alla Corte che DeFunis avrebbe potuto terminare l'anno accademico iniziato, indipendentemente dall'esito della causa. La Corte quindi decise di non decidere, per il fatto stesso che una sua sentenza non avrebbe inciso sulla situazione soggettiva di DeFunis. In breve, ritenne politicamente non opportuno prendere posizione sul problema dell'*affirmative action*¹⁸².

La Corte però non rimase a lungo inerte sulla questione, infatti nel 1978 si pronunciò sulla legittimità costituzionale dell'*affirmative action* in relazione al caso *Bakke*. Si trattava di una situazione del tutto simile a quella di *DeFunis*, con la particolarità che riguardava una Medical School anziché una Law School. La decisione assume una struttura piuttosto complessa¹⁸³ ma, seppur contenga una pronuncia, la Corte riesce ugualmente ad esercitare un *restraint* tale da lasciare la porta aperta a futuri interventi legislativi in materia. Infatti da un lato si ritiene costituzionalmente invalida la procedura di ammissione alla Medical School della University of California at Davis in quanto troppo rigida, ma dall'altro lato si riserva comunque una quota dei posti a disposizione agli appartenenti alle minoranze etniche, ammettendo che la razza possa essere presa in considerazione come elemento preferenziale nel valutare le domande di ammissione¹⁸⁴.

Negli anni l'approccio della Corte suprema all'*affirmative action* muta, fino ad arrivare all'*opinion respecting the denial* di *Hopwood v. Texas*, dove

¹⁸² V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 119.

¹⁸³ La sentenza è composta da opinioni concorrenti e dissenzienti sovrapposte fra loro. Nell'*opinion of the Court* gran parte dei giudici concorda sul dispositivo della decisione, ma solo cinque di essi concordano, anche se in modo non lineare, sul *reasoning*. Cfr. T. EASTLAND, *Ending Affirmative Actions. The Case for Colorblind Justice*, New York, Basic Books, 1996, pp. 66-68.

¹⁸⁴ V. BARSOTTI, *L'arte di tacere*, cit., p. 121.

diventa evidente l'esercizio delle virtù passive.

In questo caso si era proposto un ricorso avverso una decisione della corte d'appello federale del quinto circuito, che aveva ritenuto costituzionalmente invalido il programma per l'ammissione alla Law School dell'università del Texas nella parte in cui agevolava l'ammissione di appartenenti ad alcune minoranze etniche. Per il giudice d'appello, le procedure agevolative verso certe razze risultano valide solo quando mostrino di essere predisposte per rimediare a pregresse situazioni di palese discriminazione¹⁸⁵. La Corte avrebbe potuto riconsiderare il tema dell'*affirmative action* confermando l'impostazione del giudice in grado d'appello o riformando la decisione impugnata con una nuova lettura, tuttavia ha “deciso di non decidere”¹⁸⁶ e ha negato il *certiorari*.

Il tema dell'*affirmative action* è rimasto controverso anche negli anni successivi. Un esempio fondamentale è riscontrabile nel caso *Grutter v. Bollinger*¹⁸⁷ del 2003, una pietra miliare in materia di discriminazione. Le caratteristiche del caso in esame sono identiche ai precedenti, trattasi infatti di un ricorso per la presunta violazione della *equal protection clause* ai danni di Barbara Grutter, una studentessa penalizzata in sede di ammissione alla Law School dell'Università del Michigan. L'università, in propria difesa, considerava fondamentale l'ammissione di un numero considerevole di studenti appartenenti a minoranze etniche quali quella ispanica e afro-americana, per più ragioni: assicurare che questi non si sentissero isolati per motivi attinenti alla loro razza; creare pari opportunità in relazione ai benefici offerti dall'università; mettere in condizione gli studenti di pensare criticamente, così da eliminare la stereotipia.

L'*opinion of the Court*, redatta dalla giudice O'Connor, ha ritenuto tollerabile la politica della scuola nell'ammissione di una «*critical mass*» di studenti appartenenti a minoranze etniche¹⁸⁸. La giudice, nell'*opinion*, ha

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 122.

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 123.

¹⁸⁷ 539 U.S. 306 (2003).

¹⁸⁸ Il giudice O'Connor scrive che la Costituzione degli Stati Uniti «does not prohibit the law school's narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling

effettuato una sorta di “giudizio prognostico”, affermando che in futuro, magari a venticinque anni dalla decisione, non sarebbe stata più necessaria una *racial affirmative action* per tutelare e promuovere la diversità all'interno delle scuole. La Law School si era infatti dichiarata alla continua ricerca di una formula neutrale per l'ammissione degli studenti¹⁸⁹. In sostanza, per la maggioranza della Corte, fin quando il programma di ammissione sarà «*narrowly tailored*» per il raggiungimento di tale fine, i giudici lo considereranno costituzionale¹⁹⁰. Anche in questo caso si cerca di mantenere un approccio minimalista al tema, mantenendo un atteggiamento decisorio oscillante e non ponendo fine ai ricorsi in materia.

Dopo la sentenza del 2003 è stata modificata la costituzione dello stato del Michigan nel novembre 2006 attraverso la *Michigan Civil Rights Initiative*¹⁹¹ (o *proposal 2*), con la quale si è vietato il trattamento “differenziato” in base alla razza nei processi di ammissione alle *law schools*. Altri stati, come la California, cercavano nello stesso periodo di modificare in tal senso le loro costituzioni. Il problema della costituzionalità dell'*affirmative action*, dunque, non era percepito univocamente. Infatti, nel 2012¹⁹², la corte federale d'appello del sesto circuito ha dichiarato incostituzionale la *Michigan Civil Rights Initiative*. I giudici hanno affermato che la *proposal 2* impostasse il *political process* del Michigan in modo da far gravare degli oneri “speciali” sui diritti delle minoranze¹⁹³. Dopo la sentenza della corte d'appello federale il procuratore generale del Michigan Bill Schuette aveva annunciato la sua volontà di impugnarla di fronte alla Corte suprema, che ha accolto il 15 ottobre 2013 la sua *petition*

interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body».

¹⁸⁹ Cfr. C. BANKSTON, *Grutter v. Bollinger: Weak Foundation?*, in *67 Ohio State Law Journal*, 2006, pp. 1 ss.

¹⁹⁰ Interessanti per la questione sono anche i contributi di N. DEVINS, *Explaining Grutter v. Bollinger*, in *152 University of Pennsylvania Law Review*, 2003, pp. 347-383 e di L.H. POLLAK, *Race, Law & History: The Supreme Court from Dred Scott to Grutter v. Bollinger*, *Dædalus* 134, 2005, pp. 29-41.

¹⁹¹ Michigan 06-2.

¹⁹² Nos. 08-1387/1389/1534; 09-1111 (2012).

¹⁹³ La sentenza della corte federale d'appello afferma, tramite i giudici R. Guy Cole e Martha Craig Daughtrey, che la «*proposal 2 reorders the political process in Michigan to place special burdens on minority interests*».

for certiorari per il caso *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*¹⁹⁴, decidendolo il 22 aprile dell'anno successivo. Il caso costituisce l'ultima pronuncia importante della Corte in materia.

La decisione della Corte suprema è stata quella di effettuare il *reversal* della decisione della corte d'appello del sesto circuito e la conseguente affermazione della legittimità dell'emendamento costituzionale del Michigan, con una *plurality opinion* redatta dal *justice* Kennedy che non ha pertanto ottenuto i voti della maggioranza dei giudici¹⁹⁵. Ancora una volta la Corte esercita il suo ruolo di *policymaker*, lasciando la discrezionalità politica in tema di *affirmative action* al legislatore statale. Nella *concurring opinion* il giudice Roberts argomenta che il divieto statale di *affirmative action* è un esercizio di *policymaking* da parte dell'autorità politica, mentre nel *dissent* il giudice Sotomayor afferma con chiarezza i propri dubbi circa la costituzionalità della legge, anche perché in passato aveva sempre accreditato la costituzionalità dell'*affirmative action*, definendosi una «*perfect affirmative action baby*»¹⁹⁶. Sostiene infatti che il Michigan abbia cambiato le regole base del *political process* in un modo che svantaggia unicamente le minoranze razziali¹⁹⁷. Di conseguenza, a causa della debolezza del precedente, il problema dell'*affirmative action* rimane aperto alla discrezionalità degli stati, ma con incertezze notevoli sui possibili futuri interventi della Corte in materia.

¹⁹⁴ 572 U. S. ____ (2014).

¹⁹⁵ «[...] there is no authority in the Constitution of the United States or in this Court's precedents for the Judiciary to set aside Michigan laws that commit this policy determination to the voters». 572 U. S. ____ (2014), *opinion* del giudice Kennedy, p. 18.

¹⁹⁶ Cfr. B. MEARS, *Sotomayor says she was a "perfect affirmative action baby"*, CNN, articolo dell'11/6/2009. Reperibile all'indirizzo <http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/06/11/sotomayor.affirmative.action/index.html>.

¹⁹⁷ «[...] (a) majority of the Michigan electorate changed the basic rules of the political process in that State in a manner that uniquely disadvantaged racial minorities». 572 U.S. ____ (2014), p. 2 della *dissenting opinion* della giudice Sotomayor.

1.8.2 Segue. Il caso Bush v. Gore

Un *hard case* in cui la Corte ha invece potuto “portare all'incasso”¹⁹⁸ il prestigio accumulato negli anni attraverso la sua ingerenza nel *political process* è stato quello deciso al termine delle elezioni presidenziali del 2000¹⁹⁹.

Il caso emerge a seguito di un contrasto fra i contendenti alla carica presidenziale con riguardo ai voti della Florida, ultimo stato conteso da cui dipendevano gli esiti elettorali. In questa sede si faranno solo alcuni cenni ai fatti storici oggetto della controversia, peraltro piuttosto intricata.

La decisione della Corte ha inteso fare chiarezza su una situazione di stallo creatasi a partire dall'8 novembre 2000. I conteggi dei voti erano terminati ma si era verificato un problema nello stato della Florida, nel quale Bush risultava vincitore con un margine inferiore allo 0,5%. La legge della Florida²⁰⁰, al verificarsi di questa evenienza, poneva un obbligo di riconteggio dei voti effettuato mediante una macchina automatica. Terminato il riconteggio, il margine di vittoria di Bush era sceso a soli 327 voti. Analisi successive hanno dimostrato che in ben 18 contee – che rappresentano circa un quarto del totale della Florida – il riconteggio automatico non era stato effettuato²⁰¹. La legge elettorale della Florida²⁰², tuttavia, consentiva altresì ad un candidato di poter richiedere un riconteggio manuale in singole contee. Gore, grazie a questa possibilità, aveva richiesto di contare manualmente i voti in quattro di esse, tradizionalmente di orientamento democratico: Volusia, Palm Beach, Broward e Miami-Dade. Una volta cominciato il riconteggio, si sarebbe dovuto certificare il risultato di ogni contea al Segretario di Stato della Florida. Dopo disguidi e ritardi

¹⁹⁸ U. MATTEI, *Il modello di common law*, quarta ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 96.

¹⁹⁹ 531 U.S. 98 (2000).

²⁰⁰ Fla. Stat. § 102.141(4).

²⁰¹ Cfr. J. TOOBIN, *Too Close to Call*, Random House, 2002, p. 96. L'autore afferma che nessuno di coloro che promuovevano la campagna di Gore avesse protestato per questa mancanza.

²⁰² Fla. Stat. § 102.166.

nel procedimento²⁰³, George W. Bush era stato dichiarato vincitore delle elezioni. A seguito di numerose decisioni delle corti in materia di elezioni presidenziali e di un ricorso di Gore, la corte suprema della Florida aveva ordinato il riconteggio manuale dei voti in tutto lo stato²⁰⁴. Tuttavia esso è stato bloccato da uno *stay of execution* della Corte suprema, con il quale si è affermato che il riconteggio avrebbe soltanto creato un danno irreparabile al candidato Bush, facendo “calare una nuvola” sull'immagine del Paese e sulla legittimità di quell'elezione²⁰⁵.

La decisione finale della Corte, presa *per curiam* pochissimi giorni dopo, ha stabilito che c'era stata una violazione della *equal protection clause* nell'utilizzo di diversi *standards* di conteggio nelle contee della Florida ed ha così rovesciato la sentenza della corte suprema statale, ma senza effettuare il *dismiss* del caso. Di conseguenza, dunque, Gore avrebbe potuto presentare una *petition* alla corte suprema della Florida e contestare la definitività dell'elezione in relazione ad ulteriori aspetti, ma ha preferito adeguarsi alle circostanze createsi a seguito della decisione della Corte suprema federale.

Al di là della forza con cui i giudici sono intervenuti per porre fine alla controversia elettorale, in questo caso la Corte ha assunto un atteggiamento decisamente *activist*, non soltanto scegliendo di decidere, ma ponendosi altresì in una posizione di possibile conflitto di interessi e attirando numerosissime critiche della dottrina, soprattutto per la presunta posizione di *partisanship* con il Partito repubblicano, visto che la Corte era al tempo

²⁰³ Cfr. A. JACKOBSON-M. ROSENFELD, *The Longest Night: Polemics and Perspectives on Election 2000*, University of California Press, 2002.

²⁰⁴ *Gore v. Harris*, 772 S2d 1243 (8 Dicembre 2000).

²⁰⁵ A tal proposito scrive Scalia: «The issue is not, as the dissent puts it, whether "counting every legally cast vote can constitute irreparable harm." One of the principal issues in the appeal we have accepted is precisely whether the votes that have been ordered to be counted are, under a reasonable interpretation of Florida law, "legally cast votes." The counting of votes that are of questionable legality does in my view threaten irreparable harm to petitioner Bush, and to the country, by casting a cloud upon what he claims to be the legitimacy of his election. Count first, and rule upon legality afterwards, is not a recipe for producing election results that have the public acceptance democratic stability requires».

composta da una maggioranza conservatrice²⁰⁶. Una delle critiche dottrinali sul merito della decisione ha poi fatto notare che è stata molto insolita la scelta di giudici come Rehnquist, Scalia e Thomas di aderire alla *per curiam opinion* che ha affermato la violazione del processo di riconteggio della Florida, visto che, sui precedenti 46 voti espressi da questi giudici nei temi di *equal protection clause* diversi dalle *affirmative actions*, solo il quattro per cento era stato riservato a sostegno della presunta violazione della suddetta clausola costituzionale²⁰⁷.

1.8.3 Segue. La discriminazione sull'orientamento sessuale

Il *judicial self-restraint* è di fondamentale utilizzo per la Corte in tutte quelle materie nelle quali sia necessario il riconoscimento di un diritto soggettivo. Di fatto, la sede più consona per l'ottenimento di questi è sicuramente il *political process*. Accade però, in alcune circostanze, che l'attesa del consenso di una maggioranza crei pericolosi ritardi e situazioni di stallo tali da richiedere l'intervento giurisdizionale. Questo è il caso della sentenza *Obergefell v. Hodges*²⁰⁸, che conferisce al diritto di matrimonio fra persone dello stesso sesso il rango di *fundamental right*.

L'approccio "incrementale" rispetto al riconoscimento di questo diritto non giunge inaspettato. Due anni prima la Corte si era già occupata di definire a livello federale i termini *marriage* e *spouse* come applicabili a qualunque matrimonio, indipendentemente dal sesso di coloro che l'avrebbero contratto. Il mancato riconoscimento del matrimonio fra coppie di egual sesso approvato dagli Stati avrebbe comportato la violazione della *due process clause* del V Emendamento²⁰⁹. I giudici, nonostante facessero trasparire il *favor* costituzionale verso questo diritto, avevano preservato la

²⁰⁶ A. DERSHOWITZ, *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*, Oxford University Press, 2001, pp. 174 ss.

²⁰⁷ Cfr. G.R. STONE, *Equal Protection? The Supreme Court's Decision in Bush v. Gore*, University of Chicago, 2001. Liberamente consultabile su <http://fathom.lib.uchicago.edu/1/777777122240/>.

²⁰⁸ 576 U.S. ____ (2015).

²⁰⁹ *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013).

libertà degli Stati in relazione alla disciplina delle licenze matrimoniali. In sostanza, ogni Stato avrebbe potuto liberamente scegliere se riconoscere o meno il diritto al *same-sex marriage*, ma il governo federale non avrebbe più potuto subordinare il riconoscimento dei diritti connessi alla convivenza o al coniugio alla eterosessualità dei *partners*²¹⁰.

Il caso *Obergefell* trae origine da alcuni ricorsi intentati da parte di alcune coppie omosessuali, avverso i provvedimenti con cui i pubblici ufficiali di Michigan, Ohio, Kentucky e Tennessee rifiutavano di formalizzare alcuni atti inerenti alla conclusione del matrimonio. Nella fattispecie del ricorso promosso da Obergefell in Ohio, il funzionario pubblico si era rifiutato di riconoscergli lo *status* di “coniuge superstite” in seguito alla prematura morte del marito. I quattro stati menzionati definivano il matrimonio nelle loro costituzioni come l'unione tra un uomo ed una donna. I ricorrenti avevano invocato la violazione sia del V che del XIV Emendamento, sostenendo l'evidente posizione discriminata di tali soggetti rispetto alle coppie eterosessuali.

La Corte, in questo caso, non soltanto non si è sottratta alla decisione, ma lo ha fatto attraverso una maggioranza *liberal* di cinque contro quattro, guidata dal giudice Kennedy. La sentenza è di matrice prettamente progressista, anche se il ragionamento che è alla base dell'*opinion* non vuole utilizzare un approccio interpretativo troppo “modernistico”.

La base del ragionamento è quella della disamina del *right to marry* al fine di ricondurlo al concetto di *liberty* tutelato dal XIV Emendamento e dalla giurisprudenza in materia di *due process*. Tribe sintetizza il “nucleo” delle affermazioni di Kennedy nella «*doctrine of equal dignity*»²¹¹. Nell'*opinion of the Court* sono richiamati ben quattro principi costituzionali in correlazione al diritto di matrimonio: la libertà di assumere scelte nella sfera personale; la protezione da parte dell'ordinamento dell'unione di due

²¹⁰ Cfr. G. ROMEO, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, 1 Agosto 2015, consultabile su <http://www.diritticomparati.it/2015/08/esercizi-di-common-law-constitutional-interpretation-obergefell-v-hodges-e-il-diritto-fondamentale-a.html>.

²¹¹ L.H. TRIBE, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in *129 Harv. L. Rev.*, 2015, p. 20.

persone che assumono un impegno reciproco e che non ha istituti simili; la funzionalità alla crescita dei figli; la caratteristica del matrimonio, visto come «*keystone of our social order*»²¹², in altri termini il centro essenziale su cui la comunità politica e sociale si organizza.

Alla Corte occorre richiamare la sua funzione anti-maggioritaria per motivare la propria scelta sulla base della comune accettazione di principi tradizionali già presenti nella cultura americana²¹³. Le *dissenting opinions* non contestano la posizione giuridica espressa dalla maggioranza, quanto il mancato *self-restraint* su questioni da lasciare al legislatore e a causa della riconducibilità della disciplina nell'ambito della competenza legislativa statale e non federale.

Ciò che Kennedy cerca di chiarire è che la Corte non intende affermare un “nuovo” diritto al matrimonio fra persone dello stesso sesso. Al contrario, il Collegio non inventa, bensì estende la protezione di un *fundamental right* già radicato nella cultura statunitense. L'intera argomentazione sembra essere costruita in equilibrio fra la tradizione e l'uso di tale motivo per giustificare l'emersione della nuova posizione giuridica. Quando la Corte decide di esercitare il suo ruolo *countermajoritarian*, stavolta sceglie di essere meno pragmatica e si aggancia saldamente all'ossequio della volontà dei *framers* per riconoscere piena validità all'emancipazione e all'anti-discriminazione.

Ad una decisione di fortissimo impatto come quella di *Obergefell* – un vero e proprio *hard case* come *Lochner v. New York*²¹⁴ – ha corrisposto, a differenza di quest'ultimo, un grado di *compliance* elevatissimo. Il rischio di una decisione presa attraverso l'imposizione del proprio ruolo anti-maggioritario, accogliendo la *petition for certiorari* e decidendo nonostante la delicatezza della materia, ha portato ad un adeguamento elevatissimo di tutti gli stati alla sentenza. Solamente undici contee si rifiutano ancora di

²¹² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015), p. 16.

²¹³ Per un commento completo sulla decisione cfr. K. YOSHINO, *A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges*, in *129 Harv. L. Rev.*, 2015, pp. 147 ss.

²¹⁴ 198 U.S. 45 (1905).

convalidare le *marriage licenses* di persone dello stesso sesso²¹⁵.

²¹⁵ Cfr. M. KOENING, *Local Government Responses to Obergefell v. Hodges*, in *Ballotpedia*, 1 Luglio 2015, articolo online consultato giorno 9/5/16 su https://ballotpedia.org/Local_government_responses_to_Obergefell_v._Hodges. Ultimo *update* dell'articolo: 29 Ottobre 2015.