

Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della *due process clause* nella Costituzione americana

Andrea Buratti

SOMMARIO: 1. I diritti fondamentali: la specialità americana – 2. *Privileges and immunities*: la tutela interstatale dei diritti dall'epoca coloniale alla Costituzione federale – 3. La strada verso il *Bill of Rights* federale – 4. I confini del *Bill of Rights*: *Barron v. Baltimore* tra interpretazione costituzionale e lotta politica – 5. La genesi del 14° emendamento e il suo “congelamento” nella prima giurisprudenza della Corte Suprema – 6. Il nuovo protagonismo della Corte Suprema nella *Lochner Era*. La *due process clause* e lo sviluppo della *selective incorporation* – 7. Applicazioni e interpretazioni della *due process clause* durante la Corte Warren (1953-1969) – 8. Conflitti e resistenze statali: la minaccia di *nullification* delle sentenze della Corte Suprema fino a *Cooper v. Aaron* – 9. Tradizione storica o nuove domande di riconoscimento? Gli sviluppi più recenti del *substantive due process* – 10. Il *new judicial federalism*: verso un “dialogo” tra corti federali e statali – 11. Diritti fondamentali e *federalizing process*: la specialità americana e il panorama europeo.

1. I diritti fondamentali: la specialità americana

Nello sviluppo storico dei diritti fondamentali, l'esperienza nordamericana presenta caratteristiche peculiari e in buona parte disallineate rispetto alla vicenda europea. Benché la tradizione costituzionale americana affondi le proprie radici nel medesimo retroterra filosofico da cui ha preso forma il costituzionalismo europeo, i percorsi di sviluppo della cultura e della tutela giuridica dei diritti in Nord America si sarebbero progressivamente distanziati dal pensiero e dalle tecniche del costituzionalismo inglese ed europeo continentale¹.

Alle fondamenta del costituzionalismo americano si colloca una rivendicazione di autonomia individuale e autogoverno che trova nella Dichiarazione di Indipendenza un compendio di straordinaria chiarezza. Per quanto influenzata dalle matrici religiose della cultura politica dei coloni²,

¹ A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 222-223.

² P. Miller, *The New England Mind*, Belknap Harvard Univ. Press, Cambridge, 1983.

dall'egualitarismo emerso nel contesto sociale coloniale³, e dalla fortuna della tradizione retorica del repubblicanesimo⁴, la Dichiarazione manifesta anzitutto le radici giusnaturalistiche del costituzionalismo americano, apprese dalle medesime fonti ideali che hanno alimentato il costituzionalismo europeo⁵. Tuttavia, a partire dalla stagione rivoluzionaria questo tronco avrebbe dato vita a ramificazioni divergenti. Mentre nell'Europa continentale la costruzione del patrimonio dei diritti è frutto di grandi tornanti politici – le “generazioni” dei diritti – di cui sono stati protagonisti i soggetti sociali, e che hanno dato forma a carte di valore costituzionale chiamate a legittimare e cristallizzare tali acquisizioni incrementalì⁶, negli Stati Uniti la protezione dei diritti fondamentali è evoluta attraverso il *case-law* delle corti, e pertanto all'esito di processi argomentativi, condizionati dal contesto del giudizio⁷.

Anche rispetto alla vicenda inglese, tuttavia, l'esperienza americana avrebbe assunto una curvatura peculiare: mentre in Inghilterra i diritti trovano protezione nei rimedi offerti dalla tradizione di *common law*, e in un peculiare equilibrio con la legislazione, negli Stati Uniti i diritti fondamentali si differenziano progressivamente dalle tutele di *common law*⁸, rinvenendo la propria fonte in testi fondativi autoctoni, a partire dal *Bill of Rights* e dal 14° emendamento. La scrittura avrebbe pertanto rivestito i diritti fondamentali di forza costituzionale, innescando quella dialettica con il legislatore che ancora oggi contraddistingue il dibattito sui diritti in America.

Questi percorsi divergenti si riflettono, peraltro, sulla concezione dei diritti fondamentali nei due contesti, europeo e nordamericano, investendo lo stesso

³ Su cui v. le osservazioni di A. de Tocqueville, *La Democrazia in America*, (1835-1840), ed. it. Rizzoli, Milano, 1982, libro I, cap. 3, pp. 57 ss.

⁴ Sull'influenza del repubblicanesimo nel pensiero politico americano v., almeno, G.S. Wood, *The Creation of The American Republic, 1776-1787*, North Carolina Univ. Press, Chapel Hill, 1969; B. Bailyn, *The ideological origins of The American Revolution*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1967.

⁵ P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. pp. 52 ss.; E.S. Corwin, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Cornell Univ. Press, Ithaca, 1955. V. pure M.P. Zuckert, *Thomas Jefferson on Nature and Natural Rights*, in R.A. Licht (ed.), *The Framers and Fundamental Rights*, AEI Press, Washington, 1992, pp. 139 ss.

⁶ P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania – P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 5-9.

⁷ G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998, spec. p. 138.

⁸ Sulla progressiva divaricazione tra *common law* inglese e *common law* Americana v. R. Pound, *The Formative Era of American Law*, (1838), Smith, New York, 1950; M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Oxford Univ. Press, New York and Oxford, 1992, pp. 4-7, 31 ss.; C.M. Cook, *The American Codification Movement*, Greenwood Press, Westport and London, 1981.

significato attribuito a questa nozione⁹. In Europa la teoria dei diritti fondamentali emerge nello scenario del secondo dopoguerra come reazione agli eccessi dello statualismo, resi manifesti dagli orrori dei totalitarismi e del conflitto bellico: qui, la cultura dei diritti si ancora ad una nuova prospettiva universalistica, dando corpo a cataloghi costituzionali di diritti fondati su opzioni di valore gerarchizzate, sovente in osmosi con le parallele codificazioni dei diritti in ambito internazionale¹⁰. Diversamente, negli Stati Uniti la cultura giuridica non è coinvolta in questa temperie¹¹, e la costruzione dei diritti fondamentali avviene piuttosto nell'ambito e in funzione del processo di unificazione federale e di omogeneizzazione sociale della Nazione, attraverso una giurisprudenza che ha progressivamente riscoperto, valorizzato e plasmato una tradizione nazionale dei diritti: i diritti fondamentali divengono, nella vicenda americana, uno dei veicoli dell'integrazione federale della Nazione.

Vi è di più: mentre nel contesto europeo la fundamentalità dei diritti mira ad abbracciare e comporre la dimensione antagonistica delle libertà di prima generazione con la funzione di integrazione che i diritti svolgono nelle società complesse, valorizzando il ruolo della legislazione nella garanzia dell'effettività dei diritti, nell'esperienza americana i diritti fondamentali si stagliano con ancora maggiore nettezza al di sopra degli altri diritti e al di fuori di uno sforzo di armonizzazione con gli interessi pubblici, così radicalizzando la matrice oppositiva delle libertà, cifra peculiare del costituzionalismo americano, e differenziando marcatamente la posizione dei diritti fondamentali dai diritti a prestazione.

In questo lavoro mi propongo di ricostruire l'emersione e l'evoluzione della dottrina dei diritti fondamentali negli Stati Uniti, dai primi dibattiti nella stagione costituente (§§ 2-5) fino alle più recenti applicazioni della *due process clause* del 14° emendamento (§§ 6-10), valorizzando, in particolare, il contributo essenziale che la costruzione dei diritti fondamentali ha dato al processo di integrazione federale della Nazione americana, anche nel tentativo di offrire primi spunti di riflessione per una comparazione tra l'esperienza americana e il processo di integrazione dei diritti fondamentali in corso nello scenario europeo (§ 11).

⁹ A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2016.

¹⁰ P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, cit., pp. 4-6, 143 ss.; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 22.

¹¹ M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton Univ. Press, Princeton, 2005. Per una valorizzazione dell'impatto dei diritti umani sul diritto costituzionale americano v. invece M.J. Perry, *Human Rights in the Constitutional Law of the United States*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2013.

2. Privileges and immunities: *la tutela interstatale dei diritti dall'epoca coloniale alla Costituzione federale*

I primi riferimenti ai diritti fondamentali si rinvengono nelle carte coloniali, come prodotto delle dottrine giusnaturalistiche predominanti nella cultura politica nordamericana: a partire dalla *Charter of Fundamental Laws of West New Jersey*, del 1677 si diffonde la formula secondo cui «the common law or fundamenatal rights ... are the foundation of government, which is not to be altered by the Legislative authority». Un'affermazione di matrice lockeana, cui si sarebbero ispirate la Dichiarazione di Indipendenza e la stessa Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, con il suo riferimento agli «inherent rights» quali «basis and foundations of government», e successivamente le altre dichiarazioni dei diritti degli stati: sebbene influenzate dai nuovi stili e dal lessico inaugurato con la Dichiarazione di Indipendenza, le dichiarazioni statali affondavano infatti le proprie radici nell'esperienza coloniale.

Quanto al contenuto delle libertà fondamentali, le rivendicazioni dei coloni americani erano ispirate alla tradizione del *common law* inglese: *freedom of speech* e libertà religiosa, *habeas corpus* e garanzie dell'imputato nel processo penale, a partire dal fondamentale diritto ad una giuria, diritto di proprietà e libertà contrattuale, erano i contenuti essenziali del bagaglio di diritti fondamentali enumerati nelle carte e nelle trattazioni sul tema sin dall'epoca coloniale¹².

Tuttavia, nella prospettiva dei coloni era anzitutto necessario che i diritti garantiti in America fossero equivalenti a quelli riconosciuti ai sudditi di Sua Maestà nella madrepatria dalle carte e dalla giurisprudenza delle corti di *common law*. Un'esigenza che, nelle carte dei diritti concesse in epoca coloniale, si riassumeva nella formula dei *privileges and immunities* garantiti a tutti i coloni «as if they were born in the realm of England»¹³. La formula implicava l'intangibilità dello *status* di suddito – con il bagaglio di diritti e garanzie che questo implicava – sull'intero territorio dell'Impero britannico, e risultava funzionale alla libera circolazione delle persone tra la madrepatria e le colonie e tra le colonie stesse, particolarmente rilevante per tutti coloro che erano impegnati nelle fiorenti attività commerciali tra le due sponde dell'Atlantico.

¹² L.W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, Yale Univ. Press, New Haven and London, 1990, pp. 7-11.

¹³ La prima Carta dei diritti della Virginia, del 1606, affermava che i coloni e i loro discendenti «shall have and enjoy all Liberties, Franchises, and Immunities ... as if they had been abiding and born within this our Realm of England».

Per questa ragione la clausola fu immediatamente riprodotta nell'art. IV degli *Articles of Confederation*¹⁴, come garanzia di pari trattamento, indipendentemente dalla cittadinanza di uno stato¹⁵. Lo stesso avvenne, nel corso degli anni, al momento di autorizzare l'ammissione all'Unione dei nuovi stati ricavati dai territori di frontiera, ai quali gli *Enabling Acts* imponevano la tutela dei *privileges and immunities* dei cittadini degli Stati Uniti¹⁶.

Per i delegati della Convenzione di Filadelfia, la protezione dei diritti individuali trovava garanzie sufficienti all'interno degli ordinamenti statali, pertanto il diritto federale doveva esclusivamente farsi carico di assicurarne una tutela equivalente sull'intero territorio degli Stati Uniti, indipendentemente dalla cittadinanza. Così, la sez. 2 dell'art. IV della Costituzione federale (c.d. «comity clause») assicurava che «the citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states»¹⁷. Una garanzia federale di pari trattamento che, secondo le parole di Alexander Hamilton, «may be esteemed the basis of the Union»¹⁸.

Se si eccettua il limitatissimo numero di diritti espressamente codificati dalla Costituzione stessa in alcune sue disposizioni¹⁹, la garanzia interstatale dei diritti assicurata dalla *comity clause* della Costituzione rappresentava, all'avvio dell'esperienza costituzionale, l'unico veicolo di una tutela omogenea dei diritti dei cittadini della Federazione, in un quadro in cui persino il diritto di voto per l'elezione delle istituzioni rappresentative federali mancava di una base comune. Essa fu dunque lo strumento attraverso cui prese forma un primo tentativo di edificazione di uno *status* di cittadinanza federale²⁰.

Il valore della *comity clause* non si lascia peraltro circoscrivere al suo ruolo di garanzia interstatale dei diritti. La clausola assunse il ruolo di fondamento di una tutela sostanziale di diritti a carattere universale: la sua trasversalità rispetto ai confini statali, la sua essenzialità nelle rivendicazioni dei coloni, prima, e dei

¹⁴ «And the better to secure and perpetuate mutual friendship and intercourse among the people of the different states in this union, the free inhabitants of each of these states, paupers, vagabonds, and fugitives from justice excepted, shall be entitled to all privileges and immunities of free citizens in the several states» (Art. IV, *Articles of Confederation*).

¹⁵ D.S. Bogen, *Privileges and Immunities*, Praeger, Westport and London, 2003, pp. 11-2.

¹⁶ M.J. Hegreness, *An Organic Law Theory of the Fourteenth Amendment: The Northwest Ordinance as the Source of Rights, Privileges and Immunities*, in *Yale Law Journ.*, 2011, pp. 1820 ss. V. anche il mio *La frontiera americana. Un'interpretazione costituzionale*, ombre corte, Verona, 2016, spec. pp. 87 ss.

¹⁷ J.F. Zimmerman, *Unifying the Nation. Article IV of the United States Constitution*, SUNY Press, Albany, 2015; C.R. Green, *Equal Citizenship, Civil Rights, and the Constitution. The Original Sense of the Privileges or Immunities Clause*, Routledge, New York and London, 2015, pp. 43 ss.

¹⁸ A. Hamilton, *Federalist Papers*, n. 80.

¹⁹ Cfr. Part. I, sez. 10, della Costituzione degli Stati Uniti.

²⁰ J.F. Zimmerman, *Unifying the Nation. Article IV of the United States Constitution*, cit., p. 89.

Framers, poi, e il suo costante richiamo nei documenti fondativi della tradizione costituzionale americana, indicano la consapevolezza della cultura politica e giuridica americana che i diritti appartengono all'uomo indipendentemente dalla comunità politica in cui si è radicati, in ragione di una comune identità fondata sulla legge di natura.

L'estensione della *comity clause* da garanzia formale di tutela equivalente dei diritti a garanzia sostanziale di un bagaglio di diritti di cittadinanza federale compare rapidamente nella giurisprudenza. Nel caso *Corfield v. Coryell*, deciso nel 1823 da una corte federale di circuito²¹, i *privileges and immunities* sono quei diritti «which are in their nature, fundamental; which belong, of right, to the citizens of all free Governments». Immediatamente dopo, enumerando questo nucleo di diritti fondamentali, l'*opinion* del giudice Washington indicava, senza pretesa di esclusione, il diritto alla protezione da parte dello stato, la tutela di *life, liberty and property*, la libertà di circolazione e di commercio, l'*habeas corpus* e il diritto di azione in giudizio²². I *privileges and immunities*, scindendo il nesso tra diritti e cittadinanza, consentono alle corti di ricavare dalla generalità delle tutele di *common law* un nucleo di diritti a vocazione universale, e di stagliarli in una posizione di ideale supremazia sul legislatore.

Come si vedrà oltre (*infra*, § 5), all'indomani dell'approvazione del 14° emendamento – nel quale ancora una volta la *privileges and immunities clause* ricevette una collocazione centrale – la Corte Suprema avrebbe soffocato le virtualità interpretative della clausola quale formula riassuntiva del bagaglio dei diritti spettanti all'individuo indipendente da una loro espressa codificazione, recidendo così i legami con la giurisprudenza sviluppatasi nella prima metà dell'Ottocento. Tuttavia, è di grande rilievo che già a partire dall'esperienza della *Early Republic* parte della cultura giuridica americana, in continuità con quella visione giusnaturalistica tanto influente nella costruzione ideale della Nazione e con un certo filone del *common law* inglese, mostrasse una propensione verso concezioni universali dei diritti fondamentali.

3. La strada verso il Bill of Rights federale

Come detto, la Convenzione di Filadelfia rigettò, sulla base di un rapidissimo dibattito e con una schiacciante maggioranza, l'iniziativa di Mason e Gerry di inserire nella Costituzione federale un *Bill of Rights*. Il governo federale veniva costituito per perseguire scopi e finalità specifiche, e non era avvertito, in quel momento storico, come un soggetto politico in contatto con la vita dei

²¹ *Corfield v. Coryell*, 6 Fed. Cas. 546, no. 3230 (1823).

²² D.S. Bogen, *Privileges and Immunities*, cit., pp. 22-3.

cittadini, ma quale sede di composizione di interessi statali. Coerentemente, i *Framers* ritenevano che la migliore garanzia dei diritti individuali consistesse nel contenere e limitare le prerogative del governo federale attraverso un sistema di *checks and balances* che impedisse prevaricazioni dei diritti e garantisse il controllo sui poteri²³.

Ciò nonostante, nel dibattito sulla ratifica della Costituzione federale, l'assenza di una carta dei diritti all'interno della Costituzione divenne il principale argomento degli antifederalisti nella loro campagna contro la ratifica. Gli antifederalisti muovevano da premesse giusnaturaliste e dalla pretesa di continuità con la tradizione dei diritti maturati nell'esperienza di *common law*, ma ritenevano al contempo essenziale che i «diritti fondamentali» dei cittadini fossero codificati e ribaditi di fronte a qualsiasi governo, in un'esaltazione delle dichiarazioni dei diritti susseguitesesi nella storia inglese. «Il grande obiettivo di una dichiarazione dei diritti – attaccava Old Whig in una lettera di poco successiva alla conclusione dei lavori della Convenzione – è quello di definire quale porzione della propria libertà naturale abbia sempre diritto a conservare l'individuo. [...] Senza un simile documento, che mette al sicuro i privilegi individuali, si rischia sempre che il governo degeneri in una tirannia»²⁴. La critica all'assenza di un *Bill of Rights* federale ebbe grande risonanza nell'opinione pubblica, perché in sintonia con la tradizionale sfiducia del popolo americano nei confronti di un governo avvertito come distante, in parziale riproposizione delle critiche a suo tempo mosse al governo inglese. Nelle parole di un Maryland Farmer, «quando i diritti naturali dell'individuo sono opposti agli indubbi interessi e alle infiammate passioni della larga maggioranza di un governo democratico, se tali diritti non sono accertati chiaramente ed espressamente, l'individuo sarà rovinato»²⁵.

Critiche di questo genere non furono avanzate soltanto dagli antifederalisti. Commentando da Parigi il testo adottato dalla Convenzione, Thomas Jefferson evidenziava il difetto della carenza di una dichiarazione dei diritti: le dichiarazioni dei diritti statali non offrivano garanzie sufficienti, perché troppo differenti e disomogenee. «Let me add – proseguiva Jefferson – that a bill of rights is what the people are entitled to against every government on

²³ T.B. McAfee, *Inherent Rights, the Written Constitution, and Popular Sovereignty. The Founder's Understanding*, Greenwood Press, Westport and London, 2000, pp. 83 ss.

²⁴ Old Whig, *Lettera IV*, 27 ottobre 1787, ora nella raccolta *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, a cura di L.M. Bassani e A. Giordano, IBL libri, Torino, 2011, p. 194.

²⁵ Maryland Farmer, *Lettera I*, 15 febbraio 1788, in *Gli Antifederalisti. I nemici della centralizzazione in America (1787-1788)*, cit., p. 379.

earth, general or particular, and what no just government should refuse, or rest on inference»²⁶.

Al contrario, i federalisti difesero la scelta della Convenzione. Nel *Federalist* n. 84, Hamilton scrisse che i diritti individuali trovavano sufficienti garanzie nelle dichiarazioni statali, così come nelle disposizioni costituzionali che avevano previsto alcuni specifici diritti – quali l'*habeas corpus*, il divieto di leggi retroattive e di *bills of attainder*, il diritto alla giuria nel processo penale e il divieto di titoli nobiliari. Per Hamilton, disporre un catalogo comprensivo sarebbe risultato inutile, e perfino dannoso: «I go further, and affirm that bills of rights, in the sense and to the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed Constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers not granted; and, on this very account, would afford a colorable pretext to claim more than were granted»²⁷.

Con il proseguire del dibattito, apparve chiaramente come gli argomenti degli antifederalisti fossero maggiormente in sintonia con la mentalità politica del popolo americano. Pertanto, al momento di deliberare sulla ratifica, diversi stati approvarono la Costituzione apponendo raccomandazioni e condizioni per l'adozione di un *Bill of Rights* attraverso emendamenti costituzionali²⁸.

Il compito di mediare tra le visioni radicalmente antagonistiche espresse nel dibattito sulla ratifica, e di consolidare il lavoro della Convenzione contro il rischio di una seconda Convenzione, spettò a James Madison, eletto alla Camera dei Rappresentanti in uno stato, la Virginia, che aveva espresso pesanti condizioni sulla necessità di una dichiarazione dei diritti. Come tutti i federalisti, Madison nutriva perplessità sull'opportunità di un *Bill of Rights* federale. Nell'ottobre del 1788, proseguendo il suo confronto a distanza con Jefferson, Madison non si dichiarava aprioristicamente contrario al *Bill of Rights*, ma esponeva i propri dubbi sul valore di dichiarazioni generali²⁹. Decisiva fu la replica di Jefferson, dove venne avanzato un ulteriore argomento a favore di una dichiarazione federale dei diritti, ovvero «the legal check which it puts into the hands of the judiciary»³⁰.

Questi concetti risuonano nel famoso discorso di Madison alla Camera dei Rappresentanti, dell'8 giugno 1789, con cui viene introdotta la proposta del *Bill of Rights*. Senza rinnegare le tesi sostenute dai federalisti e da lui stesso negli anni precedenti, Madison propone una serie di argomenti a favore di un *Bill of Rights*

²⁶ T. Jefferson to J. Madison (20 dicembre 1787), in *Thomas Jefferson. Writings*, ed. M.D. Peterson, The Library of America, 2011, New York, p. 914.

²⁷ A. Hamilton, *Federalist Papers*, n. 84.

²⁸ L.W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, cit., pp. 31-2.

²⁹ J. Madison to T. Jefferson (17 ottobre 1788), in *The Papers of James Madison*, vol. 11, ed. R.A. Rutland – C.F. Hobson, Univ. Press of Virginia, Charlottesville, 1977, pp. 295-300.

³⁰ T. Jefferson to J. Madison (15 marzo 1789), in *Thomas Jefferson. Writings*, cit., p. 942.

federale, in buona parte coincidenti con le osservazioni esposte da Jefferson nel loro carteggio. Benché la maggiore garanzia dei diritti individuali consista, in un governo repubblicano, nei metodi di limitazione del governo, le enunciazioni dei diritti sono garanzie «against the abuse of the executive power, sometimes against the legislative, and, in some cases, against the community itself; or, in other words, against the majority in favor of the minority»³¹. Lungi dall'ampliare le competenze della Federazione oltre i limiti stabiliti dalla Costituzione, la previsione costituzionale dei diritti rappresenta un freno nei confronti del governo nell'esercizio delle sue competenze. E legando, sulla scia delle suggestioni di Jefferson, la garanzia dei diritti al ruolo del potere giudiziario, proseguiva: «Independent tribunals of justice will consider themselves ... the guardians of those rights; they will be an impenetrable bulwark against every assumption of power in the legislative or executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for in the constitution by the declaration of rights»³².

Il dibattito sull'adozione di un catalogo federale di diritti con valore costituzionale – dalle polemiche antifederaliste del 1787 alla magistrale sintesi condotta da Madison nell'introdurre gli emendamenti al Congresso, nel 1789 – illustra già le rotte che avrebbero guidato l'evoluzione dei diritti fondamentali in America: tutela dei diritti individuali, integrazione federale e superamento dei particolarismi, ruolo del potere giudiziario.

Madison conferì alla sua proposta di *Bill of Rights* un carattere compilativo delle dichiarazioni dei diritti statali e delle raccomandazioni formulate dagli stati in sede di ratifica. Aggiunse tuttavia una previsione che estendeva agli stati il divieto di misure restrittive della libertà di manifestazione del pensiero e della stampa, della libertà di coscienza, e del diritto ad essere giudicati da una giuria. Nella visione di Madison, questa clausola svolgeva un ruolo fondamentale, in ragione della sua radicata sfiducia nei confronti dei legislativi statali, che già a Filadelfia lo aveva fatto propendere per un potere di veto del Congresso avverso le leggi statali³³. L'estensione del *Bill of Rights* federale agli stati avrebbe ora

³¹ J. Madison, *Cong. Register*, I, pp. 423-37. Non convince, pertanto, l'interpretazione del *Bill of Rights* avanzata da A.R. Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, in *Yale Law Journ.*, 5/1991, pp. 1131 ss., che radicalizza le finalità di tutela collettiva e garanzia della sovranità popolare del *Bill of Rights*, marginalizzandone la funzione di tutela dei diritti individuali. Nel senso del testo, invece, P. Finkelman, *The First Ten Amendments as a Declaration of Rights*, in *Southern Illinois Univ. Law Journ.*, 2/1992, spec. p. 356.

³² J. Madison, *Cong. Register*, cit., pp. 423-37. V. anche S. Leibiger, *James Madison and Amendments to the Constitution, 1787-1789: "Parchment Barriers"*, in *The Journ. of South. Hist.*, 3/1993, pp. 441-468.

³³ Sul punto v. il mio *Fondare l'equilibrio. Il veto sulle leggi nelle due Costituenti settecentesche*, in *Giornale di storia costituzionale*, 1/2012, pp. 31 ss.

consentito un esteso potere di *judicial review* federale nei confronti degli stati, rinnovando, in diversa forma, quel potere di *negative* federale che la Convenzione costituzionale aveva rifiutato.

Gli stati ratificarono gli emendamenti proposti dal Congresso in tema di diritti, mentre respinsero le ulteriori proposte di preambolo alla Costituzione e sui criteri di rappresentanza. Inoltre, fu rigettata la proposta di Madison di includere una tutela contro atti degli stati in violazione dei diritti di libertà di espressione, stampa, coscienza e alla giuria. Quest'ultimo voto, in particolare, rese manifesto l'intento di circoscrivere l'applicazione del *Bill of Rights* al solo governo federale³⁴.

Il passaggio del *Bill of Rights* federale ebbe un ruolo decisivo nella dialettica politica in America: gli antifederalisti, il cui obiettivo principale consisteva nella convocazione di una seconda Convenzione, furono privati del loro principale argomento di ostilità alla Costituzione federale, che conquistò invece quel consenso diffuso che fino ad allora le era mancato. La Costituzione federale era stata riannodata alla tradizione americana dei diritti fondamentali.

4. I confini del Bill of Rights: *Barron v. Baltimore* tra interpretazione costituzionale e lotta politica

La sentenza *Barron v. Baltimore*, decisa dalla Corte Suprema nel 1833, rappresenta un tornante cruciale nella storia dei diritti fondamentali in America, perché segna l'arresto del percorso di ampliamento del federalismo e di consolidamento delle prerogative del giudiziario federale cui la Corte Marshall si era dedicata sin da *Marbury v. Madison*³⁵.

Con una motivazione basata sull'*original intent* e sul tenore letterale della Costituzione, la sentenza afferma che il *Bill of Rights* federale non si applica agli stati: «The Constitution – scrive Marshall – was ordained and established by the people of the United States for themselves, for their own government, and not for the government of the individual states. Each state established a constitution for itself, and, in that constitution, provided such limitations and restrictions on the powers of its particular government as its judgment dictated». Gli emendamenti, proseguiva Marshall, «contain no expression indicating an

³⁴ M.G. Abernathy – B.A. Perry, *Civil Liberties Under the Constitution*, 6th ed., Univ. of South Carolina Press, Columbia, 1993, p. 17.

³⁵ Su *Marbury v. Madison* v. nella dottrina italiana B. Barbisan, *Nascita di un mito*, il Mulino, Bologna, 2008; C. Bologna, *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, BUP, Bologna, 2010, pp. 75-6.

intention to apply them to the State governments. This court cannot so apply them»³⁶.

Si tratta di una conclusione prevedibile alla luce della storia del *Bill of Rights*, il cui raggio di operatività, sin dal momento della sua genesi, era stato circoscritto al solo ordinamento federale. Al contempo, tuttavia, la rigida chiusura dell'*opinion* di Marshall a strumenti di garanzia federale dei diritti segna un brusco cambio di rotta rispetto alla giurisprudenza pregressa della Corte, reprimendo altresì sul nascere un filone di pronunce delle corti statali che – facendo leva sul suo valore declaratorio di diritti innati – avevano ritenuto il *Bill of Rights* federale fonte di obbligazioni per gli stati³⁷.

Questa inversione di metodi interpretativi deve essere contestualizzata nella lotta politica di quegli anni, che coinvolse la Corte Suprema, Marshall stesso, ed i suoi orientamenti di politica costituzionale.

Nei mesi che precedono la decisione *Barron v. Baltimore*, la Corte venne infatti trascinata in uno dei più drammatici scontri della sua storia. Nel 1832 il Presidente Andrew Jackson adottò il famoso veto sulla legge che rifinanziava la Banca federale degli Stati Uniti³⁸. Coerentemente con la sua linea di difesa dei diritti degli stati³⁹ e di opposizione agli interessi della finanza⁴⁰, Jackson individuava nella Banca federale uno strumento di oppressione degli interessi dell'uomo comune e di eccessivo ampliamento dei poteri della federazione. La motivazione del veto poggiava dunque su basi costituzionali, adottando tuttavia una visione del riparto costituzionale delle competenze del tutto antitetico a quello sposato nella giurisprudenza della Corte Suprema a partire da *McCulloch v. Maryland*⁴¹. Per giustificare la sua posizione Jackson avanzò un argomento di formidabile sfida per il ruolo della Corte nel sistema costituzionale: «The Congress, the executive, and the court must each for itself be guided by its own opinion of the Constitution. [...] It is as much the duty of the House of Representatives, of the Senate, and of the President to decide upon the constitutionality of any bill or resolution which may be presented to them for passage or approval as it is of the Supreme judges when it may be brought before them for judicial decision. The opinion of the judges has no more authority over Congress than the opinion of Congress has over the judges, and

³⁶ *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833).

³⁷ A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *Yale Law Journ.*, 6/1992, pp. 1204-1207.

³⁸ G.N. Magliocca, *Veto! The Jacksonian Revolution in Constitutional Law*, in *Nebraska Law Rev.*, 1999, pp. 205-262.

³⁹ A. Buratti, *Andrew Jackson e le trasformazioni della Costituzione americana*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2013, pp. 1051 ss.

⁴⁰ R. Remini, *Andrew Jackson and the Bank War*, Norton & Co., New York, 1967.

⁴¹ A. Buratti, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Carocci, Roma, 2012, pp. 60 ss.

on that point the President is independent of both»⁴². Si tratta della prima formulazione della dottrina del *departmentalism*, ancora oggi vivacemente sostenuta da parte della dottrina e dall'esecutivo⁴³.

Solo pochi mesi più tardi Jackson avrebbe sferrato un altro attacco alle prerogative della Corte Suprema. Al culmine della campagna di repressione dei diritti dei Cherokee in Georgia, sostenuta con convinzione da Jackson, le corti statali condannarono l'influente missionario Samuel Worcester per aver disobbedito alla legislazione statale che vietava la residenza nelle terre indiane senza un apposito permesso. La condanna fu impugnata dinanzi alla Corte Suprema, che ritenne le leggi della Georgia «repugnant to the Constitution, laws and treaties of the United States»⁴⁴. Il Presidente Jackson appoggiò la posizione del Governatore e delle corti della Georgia, che rifiutarono di darvi applicazione, negando la giurisdizione della Corte Suprema in materia e non riconoscendone la supremazia né all'interno degli stati né rispetto agli altri rami del governo federale. «Mr. Marshall took his decision – avrebbe commentato Jackson alla notizia della sentenza delle Corte –, now let him enforce it».

In entrambe le occasioni, Jackson colpiva al cuore la capacità della Corte Suprema di *enforcement* delle sue decisioni, esaltando separazione dei poteri e diritti degli stati, e confinando il primato giurisprudenziale della Corte al solo ambito del potere giudiziario federale.

È solo in questo contesto di lacerante scontro istituzionale che si può spiegare l'adesione, evidente in diversi passi dell'*opinion* redatta da Marshall, ad una lettura dualista del federalismo, e ad un'interpretazione testualista ed originalista della Costituzione, in contrasto con i metodi interpretativi applicati in precedenza. *Barron v. Baltimore* lascia trasparire la consapevolezza dell'eccessiva tensione toccata nel rapporto con il Presidente Jackson e il partito democratico, e la necessità di riannodare il rapporto tra il potere giudiziario e gli altri rami del governo federale, per non isolare la Corte Suprema e compromettere i traguardi raggiunti.

La sentenza precede di soli due anni la morte di Marshall, ed apre la strada alla giurisprudenza della Corte Taney. In sintonia con la visione jacksoniana dei poteri della Corte, la Corte Taney accantonò il *judicial review* nei confronti della

⁴² *Bank of U.S. Veto* (1815), in *Veto Messages of the Presidents of the United States*, Government Printing Office, Washington, 1886, pp. 14 ss.

⁴³ S.G. Calabresi – C.S. Yoo, *The Unitary Executive. Presidential Power from Washington to Bush*, Yale Univ. Press, New Haven and London, 2008. *Contra* M. Tushnet, *A Political Perspective on the Theory of the Unitary Executive*, in *Journ. of Const. Law*, 2010, pp. 313 ss.

⁴⁴ *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832). Sulla vicenda v. D.E. Wilkins, *American Indian Sovereignty and the US Supreme Court*, Univ. of Texas Press, Austin, 1997, p. 22; J. Norgren, *The Cherokee Cases*, Univ. of Oklahoma Press, Norman, 2003, p. 49; A. Buratti, *La frontiera americana*, cit., pp. 60-65.

legislazione federale e ridusse al minimo il *review* della legislazione statale. Nell'America della conquista della frontiera e del *Manifest Destiny*, la principale posta in gioco era rappresentata dalla schiavitù: trapiantata nella frontiera lungo la *Mason-Dixon line*, la *peculiar institution* si riproduceva, aggravandosi, man mano che il Paese si allargava verso Ovest⁴⁵. La Corte Suprema guidata da Taney escluse che il diritto costituzionale federale potesse esplicitare alcun tipo di vincolo sulla libertà degli stati di scegliere in modo sovrano sul tema: applicando il precedente di *Barron v. Baltimore*, la Corte negò che il *Bill of Rights* e la stessa *North-West Ordinance* – altro documento federale di valore sostanzialmente costituzionale ricognitivo dei diritti individuali – potessero applicarsi agli stati membri, inclusi gli stati membri di nuova ammissione all'Unione, i quali, invece, durante la fase di governo territoriale che precedeva la statualità erano stati soggetti a questa legislazione. *Strader v. Graham* (1851)⁴⁶ e *Scott v. Sanford* (1857)⁴⁷ aprirono così le porte alla Guerra Civile: con la rudezza delle sue parole, il caso *Dred Scott* costrinse l'opinione pubblica americana a fare i conti con l'orrore della schiavitù, e rese evidente che, dopo più di settant'anni dall'unione federale, il conflitto tra omogeneità e particolarismo dei diritti era ancora tutto da definire⁴⁸.

5. La genesi del 14° emendamento e il suo “congelamento” nella prima giurisprudenza della Corte Suprema

Il principale portato della Guerra Civile sull'impianto della Costituzione e dei diritti fondamentali fu l'adozione da parte del 39° Congresso, tra il 1864 e il 1870, dei *Reconstruction Amendments*, volti a superare la schiavitù e ad omogeneizzare le condizioni giuridiche dell'eguaglianza e dei diritti di libertà nei diversi stati.

In particolare, la sez. 1 del 14° emendamento prevede che «no state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

⁴⁵ M.A. Morrison, *Slavery and the American West. The Eclipse of Manifest Destiny and the Coming of the Civil War*, Univ. of North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1997; A. Buratti, *La frontiera americana*, cit., pp. 131 ss.

⁴⁶ *Strader v. Graham*, 51 U.S. 82 (1851).

⁴⁷ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁴⁸ D.E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case. Its Significance in American Law and Politics*, Oxford Univ. Press, Oxford and New York, 1978, pp. 140 ss, 370 ss.; M.A. Graeber, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2006, p. 3.

Il significato del 14° emendamento può essere compreso soltanto alla luce della giurisprudenza pregressa della Corte Suprema, e in particolare della sentenza *Barron v. Baltimore*: le tre *clauses* dell'emendamento – *privileges or immunities clause*, *due process clause*, *equal protection clause* – svolgevano la funzione di garantire una base generale di protezione omogenea dell'eguaglianza e dei diritti in tutti gli stati, superando i limiti imposti all'applicazione del *Bill of Rights* federale, e conferendo alla Federazione una nuova base giuridica per controllare la legislazione statale e dirigerla verso *standard* di tutela comuni.

Nelle intenzioni del Congresso, la funzione più rilevante ai fini dell'estensione omogenea della tutela di diritti sostanziali era affidata alla *privileges or immunities clause*, che avrebbe dovuto incorporare, in coerenza con la storia della giurisprudenza americana sin dall'epoca coloniale e poi durante la *Early Republic*⁴⁹, un insieme di diritti fondamentali basilari, estesi a tutti i cittadini degli Stati Uniti⁵⁰, parallelamente codificati dal Congresso nel *Civil Rights Act* del 1866. I lavori preparatori dimostrano invece che la *due process clause* – ricalcando la terminologia del 5° emendamento – venne concepita come una riproposizione nei confronti degli stati delle medesime garanzie processuali previste dal 5° emendamento nei confronti del governo federale⁵¹.

Chiamata a dare i primi orientamenti interpretativi circa il valore del 14° emendamento, la Corte Suprema ne ridimensionò subito le potenzialità. In particolare, la Corte disinnescò l'efficacia della *privileges or immunities clause*. Nell'*opinion* della maggioranza negli *Slaughter-House Cases*, si affermava, in totale contraddizione con lo spirito e la lettera del 14° emendamento, che «the civil rights are left to the State governments for security and protection, and not by this article placed under the special care of the Federal government»⁵². Quanto alla *due process clause*, la Corte rifiutava di conferirle un significato di tutela sostanziale, limitandone la portata ad una garanzia di diritti processuali. La posizione dominante rimaneva pertanto quella scolpita in *Barron v. Baltimore*, «that the first ten articles of the Bill of Rights were not intended to limit the

⁴⁹ J.F. Zimmerman, *Unifying the Nation. Article IV of the United States Constitution*, cit., pp. 74 ss.; M.J. Hegreness, *An Organic Law Theory of the Fourteenth Amendment*, cit.

⁵⁰ C.R. Green, *Equal Citizenship, Civil Rights, and the Constitution. The Original Sense of the Privileges or Immunities Clause*, cit., pp. 43 ss.; A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, cit., p. 1237.

⁵¹ H.H. Meyer, *The History and Meaning of the Fourteenth Amendment*, Vantage Press, New York, 1977, pp. 126-7. Sull'*original intent* degli autori del 14° emendamento v. anche B.H. Wildenthal, *Nationalizing the Bill of Rights: Revisiting the Original Understanding of the Fourteenth Amendment in 1866-67* e G.C. Thomas III, *The Riddle of the Fourteenth Amendment: A Reply to Professor Wildenthal*, entrambi in *Ohio State Law Journ.*, 2007, pp. 1509 ss.

⁵² *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

powers of the state governments in respect to their own people, but to operate on the National Government alone»⁵³.

Le ragioni di questo indirizzo restrittivo possono essere ricondotte alla resistenza della Corte Suprema ad assumere un ruolo di legislatore negativo, certamente poco comune nella giurisprudenza di quegli anni. Una preoccupazione che veniva d'altronde esplicitata negli *Slaughter-House Cases*: «Such a construction ... would constitute this court a perpetual censor upon all legislation of the states, on civil rights of their own citizens, with authority to nullify such as it did not approve as consistent with those rights»⁵⁴.

A fronte di indirizzi tanto restrittivi, solo in alcune *dissenting opinion* dei giudici Field, Bradley e Harlan si avanzavano ricostruzioni estensive del 14° emendamento⁵⁵. Già la *dissenting opinion* di Field negli *Slaughter-House Cases* imputava alla lettura minimalista sposata dalla maggioranza della Corte di aver reso «vano e futile» il 14° emendamento⁵⁶; mentre il *dissent* di Bradley formulava una teoria dei diritti fondamentali spettanti a qualunque cittadino «under a free government»⁵⁷. Una posizione che Bradley avrebbe poi riproposto, stavolta redigendo l'*opinion* di maggioranza, nei *Civil Rights Cases* (1883): in realtà anche qui la Corte assumeva una posizione restrittiva circa la portata del 14° emendamento, escludendone l'applicabilità nei rapporti intersoggettivi, ma riconosceva l'esistenza di un nucleo di «fundamental rights which are the essence of civil freedom», e che segnano il confine tra libertà e schiavitù⁵⁸. È solo nei *dissent* di Field e Harlan in *O'Neil v. Vermont* (1892) che si prefigura la strada per la futura svolta interpretativa della *due process clause*: «Since the adoption of the 14th Amendment – scrive Harlan – no one of the fundamental rights of life, liberty, or property, recognized and guaranteed by the Constitution of the United States, can be denied or abridged by a State in respect to any person within its jurisdiction. These rights are, principally, enumerated in the earlier amendments of the Constitution»⁵⁹. È qui esposta in termini essenziali quella che sarebbe divenuta, pochi anni dopo, la dottrina dell'*incorporation*, il

⁵³ *Ex parte Spies*, 123 U.S. 131 (1887). Formula riprodotta anche in *McElwaine v. Brush*, 142 U.S. 155 (1891).

⁵⁴ *Slaughter-House Cases*, cit.

⁵⁵ M.R. Konvitz, *Fundamental Rights. History of a Constitutional Doctrine*, Transaction Publ./Rutgers Univ., New Brunswick and London, 2001, pp. 42 ss.

⁵⁶ *Slaughter-House Cases*, cit., Field diss.

⁵⁷ *Slaughter-House Cases*, cit., Bradley diss.

⁵⁸ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

⁵⁹ *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323 (1898), Harlan diss. V. pure, del medesimo tenore, la *dissenting opinion* di Harlan in *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581 (1900) e, ancora più esplicitamente, in *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

principale veicolo di protezione dei diritti fondamentali nell'esperienza americana⁶⁰.

6. *Il nuovo protagonismo della Corte Suprema nella Lochner Era. La due process clause e lo sviluppo della selective incorporation*

La cautela della Corte Suprema nell'individuazione di diritti fondamentali, da tutelare in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, sarebbe venuta meno con la *Lochner Era*, allorché la Corte avvertì l'esigenza di contrastare in modo più incisivo la legislazione statale e federale, rinvigorendo le tecniche di *judicial review* che, fino a quel momento, avevano trovato applicazioni sporadiche nella sua giurisprudenza. Come è noto, la Corte intese in particolare perseguire un obiettivo di contenimento della legislazione sociale, che gli stati membri andavano sviluppando in quegli anni in sintonia con la crescente sensibilità per i temi sociali⁶¹. È stato stimato che tra il 1899 e il 1937 la Corte abbia invalidato leggi statali e federali in 197 casi⁶².

Un contributo decisivo al nuovo protagonismo della Corte Suprema venne da una serie di riforme della giurisdizione federale, adottate tra il 1891 e il 1925 e sollecitate dalla stessa Corte, che istituirono le *Circuit Court of Appeals* sollevando la Corte Suprema dalla giurisdizione di appello e conferendole un potere discrezionale di *case selection* attraverso l'emissione di *writ of certiorari*⁶³. Inoltre, vennero ampliati i margini per la revisione delle sentenze delle corti supreme statali su questioni relative all'applicazione del diritto federale.

Parallelamente, la cultura giuridica americana intraprese un percorso di revisione dei prevalenti canoni formalistici nell'interpretazione giuridica, nella direzione di una valorizzazione del realismo giuridico, che enfatizzando i contesti sociali sottostanti alle controversie puntuali invita il giudice ad un apprezzamento, inevitabilmente valutativo e discrezionale, degli interessi in gioco⁶⁴.

⁶⁰ A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene, Napoli, 2016, p. 81.

⁶¹ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921; R. Casella, *La Liberty of Contract nella giurisprudenza della Corte Suprema tra XIX e XX secolo: la tutela del lavoro subordinato e delle attività sindacali*, in S. Volterra (cur.), *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 263 ss.

⁶² M.R. Konvitz, *Fundamental Rights. History of a Constitutional Doctrine*, cit., p. 108.

⁶³ P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 34 ss.

⁶⁴ T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journ.*, 5/1987, p. 954; G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962, spec. pp. 16-22. Con

È in questo contesto di trasformazioni sociali, istituzionali e del metodo giuridico, che la Corte, attingendo alle dottrine sviluppate nelle *dissenting opinion* negli anni precedenti, sviluppa una teoria dei diritti fondamentali e una metodologia per la loro protezione su scala nazionale. Ciò avviene attraverso la valorizzazione della *due process clause* del 14° emendamento, cui ora si riconosce un significato non limitato alle sole garanzie processuali, ma anche sostanziale⁶⁵. Sebbene l'interpretazione sostanziale della *due process clause* si sviluppi anzitutto con l'obiettivo di offrire protezione alle libertà economiche all'interno di una lettura della Costituzione americana di stampo liberista, la Corte Suprema avrebbe immediatamente accompagnato all'applicazione della *due process clause* in ambito economico una sua teorizzazione più comprensiva.

Sin dalla giurisprudenza della *Lochner Era*, peraltro, la *due process clause* si presta ad una duplice applicazione⁶⁶: in una serie di casi, essa offre le basi per una tutela ampia di diritti fondamentali non codificati, inclusi nelle nozioni di *liberty* e di *due process*; in altri casi, invece, la *due process clause* è considerata nel suo insieme, quale veicolo di *incorporation* costituzionale dei diritti protetti dai primi otto emendamenti del *Bill of Rights* federale. Le due tecniche argomentative sono ancora oggi pienamente in uso, e sebbene talora la Corte tenda a sovrapporle, esse si prestano ad un'applicazione indipendente⁶⁷. Al fondo di questa alternativa metodologica si celano concezioni dei diritti fondamentali profondamente antitetiche, che da sempre dividono radicalmente la cultura giuridica americana: l'argomentazione basata sulla «liberty» protetta dal 14° emendamento muove dall'idea che i diritti fondamentali appartengano all'essere umano in ragione della sua natura, e conduce a interpretazioni libere ed evolutive dei diritti, secondo un filone che risale nel tempo alla sentenza *Corfield* (v., *supra*, § 2); la dottrina dell'*incorporation* invece vede i diritti fondamentali quali patrimonio maturato nella storia e nella tradizione nazionale americana, e vincola i giudici ad interpretazioni storicamente contestualizzate e dal limitato impatto sociale, comunque ancorate ai testi costituzionali.

Come detto, la prima tecnica interpretativa fa leva sulla nozione di *liberty* protetta dalla *due process clause* e conseguentemente enuclea i diritti fondamentali

riferimento all'impatto del realismo nell'interpretazione costituzionale, A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2002, pp. 6-7.

⁶⁵ Una mappa dell'applicazione della *due process clause* durante la *Lochner era* in M.J. Phillips, *The Lochner Court, Myth and Reality*, Praeger, Westport and London, 2001, pp. 31 ss.

⁶⁶ J.E. Fleming – L.C. McClain, *Liberty*, in M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2015, pp. 481-482.

⁶⁷ A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, cit., spec. p. 1196.

in ragione della loro riconduzione a premesse ideali ed universali⁶⁸. Questa linea compare già in *Holden v. Hardy* (1898), dove si afferma l'esistenza di «certain immutable principles of justice which inhere in the very idea of free government which no member of the Union may disregard»⁶⁹. Parallelamente, in *Allgeyer v. Louisiana* (1897), la Corte chiariva che la nozione di *liberty* del 14° emendamento «means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint on his person ... but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties»⁷⁰. Si tratta ancora tuttavia di affermazioni di principio, che non implicano vere e proprie tutele di diritti individuali.

In *Lochner v. New York*, la legge dello stato di New York che limitava l'orario di lavoro dei fornai era dichiarata incostituzionale in base alla *due process clause*, in quanto la nozione di *liberty* veniva interpretata, indipendente da ogni altro elemento della clausola, come comprensiva della libertà contrattuale⁷¹. Successivamente, in *Twining v. New Jersey* (1908) – con cui si escludeva l'incorporazione del *right against self-incrimination* – la Corte riconduceva alla nozione di *due process* «those fundamental principles, to be ascertained from time to time by judicial action, which have relation to process of law, and protect the citizen in his private right, and guard him against the arbitrary action of government»⁷². Qui, peraltro, la valorizzazione della applicazione autonoma della *due process clause* era resa esplicita dalla Corte: la violazione di diritti fondamentali era riscontrata «not because those rights are enumerated in the first eight Amendments, but because they are of such a nature that they are included in the conception of due process»⁷³.

L'applicazione della nozione di *liberty* come fonte e tutela di diritti fondamentali è poi sviluppata nei casi *Meyer v. Nebraska* (1923) e *Pierce v. Society of Sisters* (1925). In *Meyer* la Corte individua nella protezione offerta dalla *due process clause* «certain fundamental rights which must be respected». L'individuazione di questi diritti non dipende dalla enumerazione del *Bill of Rights*, ma è aperta a sviluppi e integrazioni. Una serie di diritti non enumerati, dunque, tra i quali viene fatto rientrare il diritto ad insegnare e a ricevere l'insegnamento in una lingua straniera nelle scuole private, conformemente alla pretesa avanzata dal

⁶⁸ M.R. Konvitz, *Fundamental Rights. History of a Constitutional Doctrine*, cit., pp. 65 e 106; L.G. Ratner, *The Function of the Due Process Clause*, in *Univ. of Pennsylvania Law Rev.*, 1968, spec. p. 1096; S.A. Simon, *Universal Rights and the Constitution*, Suny Press, Albany, 2014.

⁶⁹ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 336 (1898).

⁷⁰ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

⁷¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Sul punto A. Ridolfi, *I giudici e le narrazioni dell'America (rileggendo la sentenza «Lochner v. New York»)*, in *Nomos*, 3/2008, p. 85 ss.

⁷² *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908).

⁷³ *Twining v. New Jersey*, cit.

ricorrente⁷⁴. In *Pierce*, una legge statale che imponeva la frequenza delle sole scuole pubbliche è dichiarata incostituzionale perché contrastante con «the fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose»⁷⁵.

Per la Corte Suprema degli anni '20 è dunque evidente l'esistenza di limiti al potere degli stati, così come della Federazione, indipendenti da una specifica codificazione ma corrispondenti a quei «fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions»⁷⁶.

Parallelamente, la Corte sviluppa anche la diversa metodologia di definizione dei diritti fondamentali della *selective incorporation*. Essa fa la sua prima apparizione nella sentenza sul caso *Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. v. Chicago* (1897), in cui la clausola del 5° emendamento che impone una *just compensation* in caso di esproprio viene incorporata nella *due process clause* e dunque estesa agli stati⁷⁷. Più esplicitamente, in *Gitlow v. New York* (1925), la Corte afferma che «the freedom of speech and press ... are among the fundamental personal rights and liberties protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States»⁷⁸. L'*incorporation* della *freedom of speech and press* sarà quindi ulteriormente confermata in *Stromberg v. California* (1931)⁷⁹ e *Near v. Minnesota* (1931)⁸⁰, per poi allargarsi alle altre libertà protette dal primo emendamento, prima con riferimento alle libertà associative⁸¹, poi con riferimento alla libertà religiosa⁸². I diritti protetti dal primo emendamento – afferma la Corte in *De Jonge v. Oregon* – «cannot be denied without violating those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all civil and political institutions»⁸³.

Negli stessi anni, la Corte avrebbe poi ulteriormente chiarito la propria dottrina della *incorporation* e dei diritti fondamentali, escludendo che la *due process clause* avesse incorporato l'intero *Bill of Rights* federale, come sostenuto nella *dissenting opinion* del giudice Hugo Black in *Adamson v. California*: secondo Black, il

⁷⁴ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

⁷⁵ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

⁷⁶ *Herbert v. Louisiana*, 272 U.S. 312 (1926).

⁷⁷ *Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

⁷⁸ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 226 (1925).

⁷⁹ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

⁸⁰ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

⁸¹ *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937): «The right of peaceable assembly is a right cognate to those of free speech and free press and is equally fundamental».

⁸² *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) («The fundamental concept of liberty embodied in that Amendment embraces the liberties guaranteed by the First Amendment») e *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

⁸³ *De Jonge v. Oregon*, cit.

metodo della *selective incorporation* «degrades the constitutional safeguards of the Bill of Rights and simultaneously appropriate for this Court a broad power which we are not authorized by the Constitution to exercise»⁸⁴. Ad avviso della Corte, invece, la *due process clause* opera attraverso una *selective incorporation*, e spetta alla Corte stessa indentificare quei diritti protetti dal *Bill of Rights* federale che possono essere qualificati come fondamentali.

Le due tecniche applicative della *due process clause* avrebbero trovato una sintesi provvisoria ed un consolidamento nella fondamentale sentenza *Palko v. Connecticut* (1937). Recuperando un passaggio già avanzato nella precedente sentenza *Snyder v. Massachusetts* (1934)⁸⁵, l'*opinion* di maggioranza redatta dal giudice Cardozo affermava che i diritti fondamentali protetti dalla *due process clause* corrispondono a «principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental»⁸⁶. Tali diritti, «implicit in the concept of ordered liberty», sono protetti dalla *due process clause*. Con queste formulazioni, la Corte si riallacciava alle *dissenting opinion* della prima stagione del 14° emendamento, nonché alle prime teorie dei diritti fondamentali, espresse ad esempio in *Holden* e più tardi in *Twining*, *Meyer* e *Pierce*, in cui i diritti fondamentali non dipendevano da un'esplicita codificazione ma da «principi di giustizia» di valore universale; ma legava quelle premesse assiologiche alla tradizione nazionale americana, alla coscienza del popolo americano, le cui radici storiche si rinvergono nella codificazione operata dal *Bill of Rights* del 1789. Il riferimento alle «libertà ordinate» contenuto in *Palko* invitava pertanto a non considerare i diritti in una dimensione meramente universale, ma anche alla luce del loro radicamento nella società e nella storia americana⁸⁷. In *Palko*, Cardozo operava dunque uno straordinario sforzo di ricongiunzione delle concezioni giusnaturaliste dei diritti con il principio di sovranità popolare, ed elaborava un *test* capace di abbracciare tanto i diritti enumerati nel *Bill of Rights* quanto diritti non codificati.

L'importanza di *Palko* non è solo legata alla sua proposta di una sintesi argomentativa in tema di *due process clause* e diritti fondamentali. La decisione apre la strada ad un ripensamento delle priorità assiologiche impostate dalla *Lochner Era*, anche in ragione del più generale mutamento di indirizzo della Corte Suprema dopo lo scontro con il presidente Roosevelt e le numerose nomine avvenute tra il '37 e il '41. La Corte abbandona l'idea che la *freedom of contract* rivesta il ruolo di architrave del catalogo dei diritti e di identificazione di un modello economico liberale rigidamente incorporato nella Costituzione; e

⁸⁴ *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947), Black diss.

⁸⁵ *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934).

⁸⁶ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

⁸⁷ A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., p. 27.

mentre ricorre con sempre maggiore frequenza all'*incorporation* dei diritti fondamentali per estendere ed elevare la protezione delle libertà individuali, riconduce invece le libertà economiche al necessario bilanciamento con i fini generali individuati dal legislatore⁸⁸.

A partire da questi anni la Corte inizia altresì a precisare le modalità di protezione dei diritti fondamentali, cui vengono accompagnate garanzie più intense di quelle riservate alla generalità dei diritti: i diritti fondamentali pretendono una *preferred position* nel bilanciamento con altri diritti e interessi pubblici, e pertanto impongono uno scrutinio stretto nel *judicial review* della legislazione⁸⁹. Il medesimo *strict scrutiny* si applica anche a tutela di «discrete and insular minorities» per effetto della sentenza *Carolene*⁹⁰, così come nel *review* di leggi che implicano «suspect classifications», in base alla *equal protection clause*⁹¹. Per superare il vaglio dello *strict scrutiny*, una legge deve dimostrare di perseguire un «compelling interest» attraverso misure «necessary» e «narrowly tailored». Si tratta di formule – ricorrenti nella giurisprudenza a partire da questi anni e poi consolidate durante la giurisprudenza della Corte Warren – che definiscono lo scrutinio stretto in termini assai più intensi del giudizio di ragionevolezza, che la Corte Suprema applica, invece, ogni qualvolta debba ponderare la legittimità di interventi pubblici limitativi di diritti individuali non assurti al rango della fundamentalità⁹². Tuttavia, come si evince da queste formule, benché lo *strict scrutiny* che protegge i diritti fondamentali conduca nella massima parte dei casi a giudizi di illegittimità delle misure restrittive, la Corte non applica a questi diritti la categoria di «diritti assoluti», né esclude a priori la possibilità che un diritto fondamentale possa essere bilanciato con altri diritti o con interessi pubblici⁹³.

⁸⁸ V., tra le altre, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 501 (1934). Sul punto, v. F. Saitto, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2016, pp. 669 ss.

⁸⁹ *Jones v. Opelika*, 36 U.S. 584 (1942).

⁹⁰ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), *footnote 4* (su cui B. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, in *Harv. Law Rev.*, 4/1985, p. 713 ss.).

⁹¹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁹² G. Bognetti, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 43 ss. Per una critica all'effettiva applicazione di questi *standard di judicial review*, v. J.E. Fleming – L.C. McClain, *Ordered Liberty. Rights, Responsibilities, and Virtues*, Harvard Univ. Press, Cambridge and London, 2013, pp. 237 ss., che evidenziano come la Corte non si attenga a un unico metodo, ma applichi *test* estremamente differenziati a seconda della materia.

⁹³ La teoria dei «diritti assoluti» come diritti insuscettibili di ponderazione e bilanciamento è proposta, come è noto, da A. Barak, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2012, che la rinviene nella giurisprudenza di altre corti supreme e costituzionali. V. pure H. Nishihara, *Challenges to the Proportionality Principle in the face of the "Precaution State" and the Future of Judicial Review*, in *Waseda Bull. of Comp. Law*, 2010; B. Schlink, *Proportionality*, in M. Rosenfeld – A. Sajò (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*,

7. *Applicazioni e interpretazioni della due process clause durante la Corte Warren (1953-1969)*

La determinazione mostrata dalla Corte Suprema nell'interpretazione costituzionale e nello sviluppo di nuove dottrine dei diritti fondamentali non aveva però intaccato i costumi e le strutture che costituivano il prevalente panorama nella società americana, derivanti, specie negli stati del Sud, da una legislazione risalente e sovente apertamente in contrasto con i valori della *Reconstruction*. Una svolta decisiva rispetto a questo scenario sarebbe avvenuta nel 1953, grazie alla nomina di Earl Warren a *Chief Justice* della Corte Suprema. Raccogliendo le rivendicazioni provenienti dai movimenti sociali, la Corte Warren contribuì anzitutto all'abbattimento delle discriminazioni razziali, attraverso l'applicazione della *equal protection clause* del 14° emendamento⁹⁴, a partire dalla notissima sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka*⁹⁵.

Parallelamente, la Corte Warren si dedicò all'ampliamento del catalogo dei diritti fondamentali, sviluppando in particolare la dottrina della *incorporation* attraverso una serie di sentenze all'esito delle quali gran parte delle tutele del *Bill of Rights* venne incorporata nella *due process clause*. Con riferimento all'applicazione dell'*incorporation*, peraltro, la giurisprudenza della Corte Warren avrebbe dato vita a due approcci divergenti, che trovano la loro definizione in due fondamentali sentenze, *Griswold v. Connecticut* (1965) e *Duncan v. Louisiana* (1968).

In *Griswold v. Connecticut* la Corte sviluppò un'applicazione espansiva dell'*incorporation*. Una legge del Connecticut che sanzionava penalmente il ricorso a metodi anticoncezionali veniva cassata, in base alla *due process clause*, perché contrastante con il diritto alla *privacy*, inteso in senso ampio, non come mero *right to be let alone*, ma nella prospettiva di una piena tutela dell'autodeterminazione individuale⁹⁶. La Corte rinveniva numerosi precedenti nei quali la sua giurisprudenza aveva ricavato un diritto non espressamente codificato a partire da uno codificato, a cominciare dal diritto di associazione, ricavato dal primo emendamento. Ad avviso della Corte, «specific guarantees in the Bill of Rights

Oxford Univ. Press, Oxford, 2012; V. Ferreres Comella, *Beyond the Principle of Proportionality*, in G. Jacobsohn – M. Schor (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Elgar, London, 2018, p. 229.

⁹⁴ Per una sintesi dei casi e delle tecniche di applicazione della *equal protection clause* v. F.G. Lee, *Equal Protection. Rights and Liberties under the Law*, ABC Clio, Santa Barbara, Denver and Oxford, 2003.

⁹⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁹⁶ Sulla elaborazione del diritto alla *privacy* nella dottrina e nella giurisprudenza degli Stati Uniti v. ora A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 48-56.

have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help and give them life and substance». Il diritto alla *privacy*, ancorché non espressamente codificato nel *Bill of Rights*, doveva essere individuato nelle «penumbras» del 1°, del 3°, del 4° e del 5° emendamento, in cui trovava spazio una protezione dalle interferenze nella sfera privata e familiare⁹⁷.

Con la dottrina delle *penumbras* dei diritti fondamentali, la Corte si dotava dunque di un potentissimo strumento argomentativo che avrebbe consentito il ricorso ad interpretazioni evolutive e promozionali dei diritti fondamentali. Il passaggio a costruzioni più comprensive dei diritti fondamentali era d'altronde coerente con la visione della Corte Warren, ed era stato anticipato in un passaggio della sentenza *Bolling v. Sharpe*, risalente al 1954, in cui la Corte spiegava come il concetto di *liberty* contenuto nella *due process clause*, sebbene non definito con precisione dalla giurisprudenza pregressa, «is not confined to mere freedom from bodily restraint. Liberty under law extends to the full range of conduct which the individual is free to pursue»⁹⁸.

L'orientamento espresso in *Griswold* rispettava dunque formalmente lo schema dell'*incorporation* elaborato a partire da *Palkeo*, ma di quel precedente valorizzava assai più il riferimento ai «principles of justice» che non il vincolo allo «scheme of ordered liberty». Il richiamo ai diritti enumerati nel *Bill of Rights*, in altre parole, si prestava ad operare come un mero schermo per giustificare operazioni di ricostruzione libera dei diritti fondamentali. È vero che negli anni della Corte Warren non si sono registrati casi di applicazione autonoma della *due process clause* indipendenti da un processo di *incorporation*, come era invece avvenuto in modo intermittente nei primi decenni di applicazione della *due process clause*; ma questo va spiegato proprio alla luce di uno sviluppo del tutto inimmaginabile della dottrina dell'*incorporation*. Come si vedrà più avanti (*infra*, § 9), nel momento in cui la Corte avrebbe schiacciato l'*incorporation* su di un *test* «storico», i metodi di applicazione libera della *due process clause* sarebbero riapparsi.

La reazione al metodo applicato in *Griswold* sarebbe giunta pochi anni dopo, con la sentenza *Duncan v. Louisiana* (1968). Nell'affermare l'incorporazione del diritto alla giuria nei processi penali protetto dal 6° emendamento, la Corte decide di scartare il ricorso a quelle formulazioni, ricorrenti nella giurisprudenza degli anni '20 e '30, che avevano dischiuso prassi interpretative dei teorie dei diritti fondamentali libere ed evolutive, limitando l'*incorporation* a quei diritti «fundamental to the American scheme of justice»⁹⁹. L'intento di circoscrivere le

⁹⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁹⁸ *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

⁹⁹ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

potenzialità di un'interpretazione costituzionale basata su canoni di giustizia universale, certamente presenti nell'*opinion* redatta da Cardozo per la maggioranza della Corte in *Palko*, è espressamente dichiarata nella sentenza *Duncan*: le garanzie nel processo penale non possono essere definite in astratto, prendendo a riferimento «a fair and enlightened system of justice», ma devono essere valutate all'interno dello specifico sistema giuridico e nel contesto delle tradizioni giuridiche anglo-americane.

Non vi è dubbio che la torsione “storicista” imposta da *Duncan* alla dottrina dell'*incorporation* originasse dall'intento di impedire interpretazioni libere dei diritti fondamentali, come quelle operate in *Griswold*, che proiettavano la Corte al di fuori dei tradizionali canoni argomentativi. L'esigenza di contenere l'eccesso di latitudine interpretativa è reso esplicito nella *concurring opinion* di Black, secondo cui il ricorso ad una *selective incorporation* vincolata al *Bill of Rights* federale «keeps judges from roaming at will in their own notions of what policies outside the Bill of Rights are desirable and what are not»¹⁰⁰.

Questa linea venne confermata appena un anno dopo in *Benton v. Maryland* (1969), che con il suo esplicito *overruling* di *Palko v. Connecticut* chiude cronologicamente e simbolicamente la stagione della Corte Warren. Qui la Corte confermava che i diritti nel processo penale dovessero essere analizzati alla luce dell'«American scheme of justice», e non in base ai principi «annacquati» esplicitati in *Palko*. In perfetta continuità con *Duncan*, la Corte in *Benton* chiariva l'intento di abbandonare dottrine dei diritti fondamentali troppo comprensive: «Palko represented an approach to basic constitutional rights which this Court's recent decisions have rejected». Quindi, manifestando il ricorso ad un'interpretazione storica dei diritti fondamentali, la Corte incorporava nella *due process clause* il divieto di *double jeopardy* del 5° emendamento in quanto rappresentativo di un «fundamental ideal of our constitutional heritage»¹⁰¹. La teoria dei diritti fondamentali enunciata in *Palko*, che teneva in perfetto equilibrio i «principles of justice» e la «ordered liberty», è ora decisamente schiacciata sul radicamento nella tradizione nazionale.

8. *Conflitti e resistenze statali: la minaccia di nullification delle sentenze della Corte Suprema fino a Cooper v. Aaron*

¹⁰⁰ *Duncan v. Louisiana*, cit., Black conc. D'altronde, già in *Griswold* Black aveva dissentito, sottolineando l'eccesso di potere discrezionale derivante da schemi liberi di interpretazione della *due process clause*: «I don't know a gadget which the Court can use to determine what traditions are rooted in the conscience of the people» (*Griswold v. Connecticut*, cit., Black diss.).

¹⁰¹ *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

La *Civil Rights Revolution* condotta dalla Corte Warren – ed in particolare la giurisprudenza inaugurata da *Brown v. Board of Education of Topeka* sul divieto di discriminazioni razziali – determinò una veemente reazione dagli strati sociali più conservatori, ancora dominanti, negli stati del Sud.

Alle reazioni politiche e dell'opinione pubblica, che attaccarono e cercarono di screditare il *Chief Justice* Warren, si accompagnò la resistenza giudiziaria delle corti statali, che fece riemergere motivi risalenti e mai risolti del rapporto tra livelli giurisdizionali nel federalismo statunitense. Nella maggior parte degli stati del Sud, legislativi, esecutivi e giudiziari condivisero una strategia di resistenza contro il divieto di segregazione imposto dalla Corte, anche sfruttando un passo poco chiaro della sentenza circa le «diverse velocità» con cui si sarebbe dovuto procedere alla rimozione delle barriere razziali, che sembrava ammettere una discrezionalità nell'implementazione del principio. In alcuni ambienti ritrovò vita la dottrina della *nullification* – elaborata anzitutto nelle *Resolutions* di Virginia e Kentucky contro gli *Alien and Sedition Acts* del 1798, e riproposta in versione più completa da John Caldwell Calhoun nella battaglia contro le tariffe commerciali imposte dal Congresso federale¹⁰² –, stavolta applicata nei confronti delle decisioni del giudiziario.

Come già nella *Nullification Crisis*, anche in questo frangente la reazione al rifiuto statale di dare esecuzione a leggi e sentenze del governo federale fu fronteggiata con la via militare. Se nel 1832 fu sufficiente la minaccia dell'invio della flotta in South Carolina, nel 1957 Eisenhower dovette inviare l'esercito a Little Rock, Arkansas, per consentire l'ingresso nella scuola degli studenti neri.

La Corte Suprema completò la prova di forza del governo federale con la sentenza *Cooper v. Aaron* (1958) che, nel risolvere la controversia, ebbe modo di precisare i termini dell'efficacia della sua giurisprudenza nei confronti dei governi statali: «Article VI of the Constitution makes the Constitution the “supreme Law of the Land”. In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as “the fundamental and paramount law of the nation”, declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, that “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”. This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system. It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution

¹⁰² M. Surdi, *John C. Calhoun: Costituzione e guerra civile*, introduzione a J.C. Calhoun, *Disquisizione sul governo e Discorso sul governo e la Costituzione degli Stati Uniti*, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma 1986, nonché, ora, G. Martinico, *Il federalismo dei vinti. Appunti sul pensiero di John Calhoun*, in *St. Parl. Pol. Cost.*, 1-2/2017, spec. pp. 105 ss.

makes it of binding effect on the States “any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”»¹⁰³.

Giungeva così a compimento un percorso travagliato, che a partire dall'adozione del *Judiciary Act* del 1789 – la cui *sect. 25* autorizzava la Corte Suprema a revisionare le sentenze delle corti statali – aveva impegnato la Corte nella ricerca del fondamento della sua *supremacy* e della via per assicurare l'*enforcement* della sua giurisprudenza negli stati. Siamo, dunque, al centro di uno degli snodi più significativi nello sviluppo storico dei diritti fondamentali in America: le vicende che si sono svolte da *Brown v. Board of Education* fino a *Cooper v. Aaron* dimostrano infatti la connessione tra integrazione di una tutela omogenea dei diritti su base nazionale e ampliamento del ruolo politico e delle prerogative costituzionali della Corte Suprema.

La pretesa di *judicial supremacy*, tuttavia, non irrompe nella storia americana come una fuga in avanti della Corte: questa giurisprudenza ha potuto imporre l'abbattimento di particolarismi radicati solo appoggiandosi al parallelo sviluppo di un'opinione pubblica e di un indirizzo politico solidali con gli obiettivi emancipativi sposati dalla Corte Suprema¹⁰⁴. I movimenti sociali svolsero un ruolo fondamentale, proiettando su scala nazionale le decisioni della Corte Suprema, espandendo la consapevolezza dell'opinione pubblica grazie a pratiche di resistenza individuale, e imponendo alle forze politiche interventi risoluti a sostegno dei diritti civili. A partire dalla presidenza di Lyndon Johnson, le politiche di Presidente e Congresso conversero sull'obiettivo di protezione dei diritti e dell'uguaglianza: la diffusa resistenza degli stati del Sud ad una piena implementazione della giurisprudenza in tema di *equal protection* condusse all'adozione del *Civil Rights Act* del 1964, che rappresentò un insostituibile strumento politico di *enforcement* della giurisprudenza della Corte Suprema negli stati – una vera e propria *Second Reconstruction*, secondo le parole di Bruce Ackerman¹⁰⁵ –, vietando le discriminazioni su base razziale negli ambiti maggiormente sensibili, sostenendo la *desegregation* con *affirmative actions* e condizioni per il conferimento dei fondi federali, e autorizzando poteri di controllo per il Governo federale.

Per quanto supportata dai movimenti sociali e dalla maggioranza delle forze politiche, la Corte Suprema assunse un ruolo determinante nella conduzione della *Civil Rights Revolution*. La sua pretesa di *judicial supremacy* ebbe l'effetto di rinvigorire gli orientamenti polemici con il protagonismo delle Corti,

¹⁰³ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

¹⁰⁴ B. Ackerman, *We The People*, 3, *The Civil Rights Revolution*, Belknap, Harvard Univ. Press, Cambridge and London, 2014, pp. 5-6.

¹⁰⁵ B. Ackerman, *We The People*, 3, *The Civil Rights Revolution*, cit., p. 49.

presenti da sempre nel dibattito americano e particolarmente vivaci nei momenti di più evidente conflitto, come all'indomani di *Marbury v. Madison* o durante la *Lochner Era*¹⁰⁶. Tuttavia, mentre l'attivismo della *Lochner Era* faceva leva su di una lettura conservatrice della Costituzione da contrapporre ad un legislatore innovatore, l'attivismo della *Warren Court* si sposò con una visione evolutiva e creatrice dell'interpretazione giuridica e del *judicial review*, ponendo problemi di ordine costituzionale di vastissima portata¹⁰⁷.

Il culmine dello scontro fu raggiunto poco dopo il termine della presidenza di Earl Warren, con l'adozione della sentenza *Roe v. Wade* (1973). A partire da questo momento, il dibattito sulla «countermajoritarian difficulty»¹⁰⁸ esondò dalla letteratura scientifica e penetrò nell'opinione pubblica, per divenire, infine, elemento di confronto all'interno della stessa giurisprudenza della Corte Suprema. Nelle opinioni dei giudici, il rispetto dei margini discrezionali della politica diviene un motivo frequente di opposizione al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali: «Recognizing a new liberty right is a momentous step. It takes that right, to a considerable extent, outside the arena of public debate and legislative action»¹⁰⁹. In altri casi, la Corte è portata a meditare sulla propria condizione nel sistema costituzionale e sociale, sottolineando l'esigenza di un allineamento costante tra la sua giurisprudenza e l'opinione pubblica: «The Court cannot buy support for its decisions by spending money and, except to a minor degree, it cannot independently coerce obedience to its decrees. The Court's power lies, rather, in its legitimacy [...]. The Court must take care to speak and act in ways that allow people to accept its decisions on the terms the Court claims for them, as grounded truly in principle [...]. Thus, the Court's legitimacy depends on making legally principled decisions under circumstances in which their principled character is sufficiently plausible to be accepted by the Nation»¹¹⁰.

La giurisprudenza sui diritti fondamentali, che durante la Warren Court si era sviluppata attraverso metodi innovativi e interpretazioni evolutive della Costituzione, favorendo trasformazioni sociali di grande impatto, è ora sottoposta ad autocritica, e ricerca un dialogo con la storia e la società americana per evitare l'isolamento della Corte¹¹¹.

¹⁰⁶ B. Friedman, *The History of Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York Univ. Law Rev.*, 1998.

¹⁰⁷ Così C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1/2008, pp. 3 ss.

¹⁰⁸ A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, (1962), 2nd ed., Yale Univ. Press, New Haven and London, 1986.

¹⁰⁹ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

¹¹⁰ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹¹¹ I pericoli di un *judicial imperialism* (secondo la formula coniata da R. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Macmillan, New York, 1990) e l'esigenza di un ritorno

9. *Tradizione storica o nuove domande di riconoscimento? Gli sviluppi più recenti del substantive due process*

A partire dal 1969, con la nomina del *Chief Justice* Burger, la Corte – a cui si verranno associando giudici di estrazione più conservatrice – è impegnata in uno sforzo di moderazione dell'attivismo che aveva contraddistinto la Corte Warren. Uno sforzo che passa soprattutto attraverso un approccio più cauto all'uso delle tecniche interpretative del 14° emendamento.

Si completa in questi anni il processo di incorporazione selettiva dei diritti codificati nel *Bill of Rights* federale, che risulta pertanto pressoché integralmente recepito nella *due process clause* del 14° emendamento. Conseguentemente, la dialettica tipica dei decenni precedenti si trasferisce sul metodo di enucleazione di diritti fondamentali nuovi ed ulteriori rispetto ai diritti codificati. Un dibattito che prende comunque le mosse dalle alternative prospettate dalla giurisprudenza degli anni precedenti: da un lato, prosegue lo sforzo, intrapreso a partire da *Duncan v. Louisiana* e *Benton v. Maryland*, di ancorare il *substantive due process* a metodi più rigorosi, basati sul rispetto della tradizione storica nazionale; dall'altro – in reazione a questa torsione storicista, funzionale ad approdi di maggiore conservazione nella definizione dei diritti fondamentali – riemergono interpretazioni libere ed evolutive dei diritti fondamentali, che fanno leva su nuove tecniche interpretative della *due process clause*.

Il primo indirizzo è senz'altro il più evidente nella giurisprudenza di questi anni, e si lega ad un esplicito obiettivo di *self-restraint* della Corte, dopo le accese polemiche suscitate dall'attivismo della Corte Warren. Si ricorderà come, nelle sue primissime formulazioni, la dottrina della Corte Suprema in tema di *substantive due process* – con la sua insistenza sui «principle of justice» incardinati nella «conscience of our people» – sembrava richiamare opzioni morali universali e fare affidamento a una legge naturale e razionale. La sintesi tra opzioni universalizzanti ed esigenze di maggiore rispetto della tradizione nazionale che era stata prospettata in *Palko* fu superata in *Duncan*, che implicò una svolta verso la valorizzazione della tradizione nazionale quale fonte dei diritti incorporati: le *ordered liberty* a cui la Corte volge la propria attenzione

ad una maggiore deferenza nei confronti delle decisioni popolari, sono oggi al centro di un vastissimo dibattito. V. almeno M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1999; J. Waldron, *The Core Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journ.*, 2006, pp. 1347 ss.; R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2007; R. Hirshl, *Toward Juristocracy*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 2007; J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2009.

quando procede alla ricognizione dei diritti fondamentali sono ora le libertà «deeply rooted in Nation's history and tradition». È lungo questo tracciato che si sviluppa la giurisprudenza sul *substantive due process* delle Corti Burger, Rehnquist e Roberts. Una sintesi di questo percorso è rappresentata da *Moore v. City of East Cleveland* (1977), in cui la Corte prospetta un delicato compromesso tra diversi metodi interpretativi della Costituzione. Richiamando la *dissenting opinion* del giudice Harlan II in *Poe v. Ullman* (1961)¹¹², il *substantive due process* è ricondotto alla sua funzione di equilibrio tra libertà individuale e esigenze della collettività. Rigettando interpretazioni della *due process clause* vincolate al testo e alla mera riproduzione di diritti codificati, la Corte mantiene dunque in vita una lettura della *due process clause* aperta a soluzioni innovative e incrementali dei diritti¹¹³. E tuttavia, essa ricerca altresì canoni più rigorosi cui attenersi, rinvenendoli nel radicamento nella storia e nella tradizione: «Appropriate limits on substantive due process come not from drawing arbitrary lines, but rather from careful respect for the teachings of history [and] solid recognition of the basic values that underlie our society»¹¹⁴.

La nozione di tradizione – presente già in *Palko*, ma valorizzata a partire da *Duncan* per la sua funzione di contenimento di interpretazioni della *due process clause* libere ed inclini a recepire valori universali – è dunque al centro della *querelle* che attanaglia la Corte Suprema in questa fase. Nella sintesi prospettata in *Moore v. City of East Cleveland*, la tradizione è ancora, per citare di nuovo Harlan II nella sua opinione dissenziente in *Poe*, una «living thing»¹¹⁵: la storia guida l'interpretazione sia per le tradizioni a cui occorre portare rispetto sia per le tradizioni che devono invece essere superate. Così concepita, la tradizione storica ingloba al suo interno anzitutto le tutele di *common law*, e non è esente da un confronto con la coscienza sociale.

Nella giurisprudenza degli anni seguenti, tuttavia, il richiamo alla tradizione come pietra angolare della interpretazione della *due process clause* condurrà ad esiti di maggiore rigidità e conservazione, e finirà per schiacciarsi sulla riproduzione di tutele e istituti presenti e condivisi nel diritto nazionale. In *Bowers v. Hardwick* (1986), una legge della Georgia che criminalizzava pratiche sessuali tra persone consenzienti dello stesso sesso è ritenuta legittima, perché coerente con la storia della legislazione americana¹¹⁶. In *Michael H. v. Gerald D.* (1989), i diritti del padre naturale non vengono inclusi nella protezione del 14° emendamento, perché la tradizione di *common law* protegge, al contrario,

¹¹² *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961), Harlan II diss.

¹¹³ K.T. Bartlett, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, in *Duke Law Journ.*, 2012, spec. pp. 556 ss.

¹¹⁴ *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

¹¹⁵ *Poe v. Ullman*, cit., Harlan II diss.

¹¹⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

l'integrità della famiglia¹¹⁷. In *Washington v. Glucksberg* (1997), la pretesa di un diritto all'eutanasia di un malato terminale è rigettata sulla base di una ricostruzione delle costanti tradizioni legislative e di *common law*, sulla premessa che il radicamento nella tradizione di un diritto fondamentale deve essere dimostrato «objectively»¹¹⁸.

Il punto d'arrivo di questo filone interpretativo è rappresentato da *McDonald v. City of Chicago* (2000), con cui la Corte sancisce l'*incorporation* del 2° emendamento (*right to bear arms*) nella *due process clause*. Anche in ragione del rilievo del tema per l'opinione pubblica, era inevitabile che il caso avrebbe reso manifesti i termini della dialettica, ormai molto marcata, tra le diverse correnti della giurisprudenza circa l'interpretazione del *substantive due process* e in particolare attorno al concetto di tradizione. L'*opinion* di maggioranza fonda la propria decisione su una dettagliata ricostruzione di storia legislativa, che prende le mosse dalla stagione rivoluzionaria e risale fino alla *Reconstruction*, per concludere che il *right to self-defense* attraverso il possesso di armi da fuoco costituisce un pilastro della tradizione americana¹¹⁹. Supportando il metodo usato dalla Corte, la *concurring opinion* di Scalia riconosce in un approccio storico ed originalista alla identificazione della tradizione nazionale il metodo migliore per contenere la tendenza ad un «aristocratic judicial Constitution-writing», perché fondato su evidenze storiche piuttosto che su valori soggettivi¹²⁰.

L'eccessiva rigidità di questo metodo storico di identificazione dei diritti fondamentali – e la sua funzione di preservazione di valori conservatori dietro la maschera di una obiettività analitica – è invece al centro della *dissenting opinion* di Stevens. Svelando la finzione di una neutralità assiologica del metodo storico-tradizionale, Stevens evidenzia come la regolazione statale del possesso di armi da fuoco rappresenti una tradizione storica altrettanto radicata nel diritto americano, per poi concludere: «History is not an objective science, and ... its use can therefore point in any direction the judges favor»¹²¹.

¹¹⁷ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

¹¹⁸ *Washington v. Glucksberg*, cit. M.W. McConnell, *The Right to Die and the Jurisprudence of Tradition*, in *Utah Law Rev.*, 1997, pp. 665 ss. (che vedeva in *Glucksberg* la fine di un'era di attivismo inaugurata da *Roe*).

¹¹⁹ *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2000).

¹²⁰ *McDonald v. City of Chicago*, cit. (Scalia conc.).

¹²¹ *McDonald v. City of Chicago*, cit. (Stevens diss.). Ancora, contestando un metodo rigorosamente storico di analisi, Stevens commentava: «That approach is unfaithful to the expansive principle Americans laid down when they ratified the Fourteenth Amendment and to the level of generality they chose when they crafted its language; it promises an objectivity it cannot deliver and masks the value judgments that pervade any analysis of what customs, defined in what manner, are sufficiently “rooted”; it countenances the most revolting injustices in the name of continuity, for we must never forget that not only slavery but also the subjugation of women and other rank forms of discrimination are part of our history; and it

Al di là delle formule utilizzate per sintetizzare la tecnica argomentativa – che sovente si riproducono indipendentemente dal loro reale impatto – la giurisprudenza in tema di *substantive due process* qui sommariamente richiamata si è progressivamente avvitata attorno alla nozione di «tradizione» e ad una sua identificazione con la riproduzione di istituti giuridici e prassi del passato¹²². Se nelle prime sentenze in cui la nozione veniva richiamata essa consentiva comunque l'identificazione di principi astratti coincidenti con aspirazioni e rivendicazioni generali, con il passare degli anni il radicamento nella tradizione richiesto dalla Corte ha imposto un metodo argomentativo che pretende l'identificazione di un diritto fondamentale con un «concrete historical practice»¹²³. A tale scopo, la Corte ha talora condotto indagini storiche e comparative sul diritto degli stati membri, alla ricerca di tradizioni radicate, ed ha dato particolare valore al contesto ed all'intento originario dei *Founding Fathers*. È infatti evidente la coerenza della torsione storicista nell'interpretazione del 14° emendamento con gli orientamenti originalisti sposati da alcuni giudici della Corte Suprema, sebbene la tesi prospettata da Scalia in *Michael H. v. Gerald D.*¹²⁴ – secondo cui un diritto fondamentale può essere incorporato esclusivamente se coincidente con prassi storiche affermate a livello di *common law* e *statute law* al momento della approvazione del 14° emendamento – non sia stata riproposta in ulteriori casi.

Nato per contenere gli eccessi di protagonismo e la discrezionalità interpretativa verificatisi durante la Corte Warren, l'appiattimento dei diritti fondamentali sulla tradizione storica nazionale implica dunque un'opzione ideologica conservatrice e conformista, che disarmava la Corte rispetto alla comprensione dei mutamenti sociali ed impedisce la protezione di interessi isolati e minoritari, o comunque critici rispetto agli assetti sociali dominanti riversati nelle tradizioni sociali¹²⁵. Ciò ha inevitabilmente incoraggiato la sopravvivenza e il recupero di approcci più liberi alla definizione dei diritti fondamentali.

Escludendo l'ipotesi di valorizzare la clausola “residuale” del 9° emendamento («The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not

effaces this Court's distinctive role in saying what the law is, leaving the development and safekeeping of liberty to majoritarian political processes. It is judicial abdication in the guise of judicial modesty».

¹²² R. Turner, *On Substantive Due Process and Discretionary Traditionalism*, in *SMU Law Rev.*, 4/2013, p. 845; più adesivo all'orientamento della Corte C.R. Sunstein, *Due Process Traditionalism*, in *Mich. Law Rev.*, 2007, pp. 1543 ss.

¹²³ J.E. Fleming – L.C. McClain, *Liberty*, cit., p. 490.

¹²⁴ *Michael H. v. Gerald D.*, cit.

¹²⁵ F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, (1999), Dedalo, Bari, 2004, p. 180.

be construed to deny or disparage others retained by the people»¹²⁶, la Corte Suprema ha fatto piuttosto leva sulla nozione di «liberty» protetta dal 14° emendamento in combinazione con la *equal protection clause*. Questa peculiare tecnica argomentativa consente alla Corte di enucleare diritti fondamentali protetti non già in ragione della loro appartenenza alla tradizione nazionale, ma al contrario, proprio a causa della loro emersione a partire da processi di trasformazione sociale e da rivendicazioni di nuove identità minoritarie, anche attraverso una maggiore apertura al supporto che può essere offerto, per la comprensione e per le tecniche di protezione, dal diritto comparato ed internazionale, nonché dal dialogo innescato con le corti statali, impegnate nella protezione dei diritti riconosciuti dalle costituzioni statali.

Questa tendenza si manifesta chiaramente in *Lawrence v. Texas* (2003), che ribalta le conclusioni raggiunte in *Bowers v. Hardwick* circa la criminalizzazione delle pratiche sessuali tra persone consenzienti dello stesso sesso. Rifiutando la lezione del passato come criterio determinante nella protezione dei diritti fondamentali, la Corte vede qui la tradizione come un punto di partenza per una comprensione evolutiva dei valori costituzionali: «History and tradition are the starting point but not in all cases the ending point of the substantive due process inquiry». La tradizione storica è qui riallacciata alla sua funzione di ponte tra passato e futuro, secondo una concezione familiare alle prassi interpretative di *common law*¹²⁷. A questa visione più equilibrata ed aperta della tradizione si aggiunge altresì la consapevolezza che «times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom»¹²⁸.

Il rifiuto della tradizione storica come unico elemento di identificazione dei diritti fondamentali è ancora più evidente nel caso *Obergefell v. Hodges* (2015), con cui la Corte Suprema estende la protezione di diritto fondamentale al diritto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso, dando seguito al già esplicito messaggio di *United States v. Windsor* (2013) – in cui tuttavia la legislazione coinvolta era solo di livello federale e la motivazione non poggiava esplicitamente sul 14° emendamento. In *Obergefell*, la dialettica tra opinione di maggioranza e opinioni dissenzienti si concentra sul significato da attribuire alla tradizione storica e sul suo rilievo nell'interpretazione dei diritti fondamentali. Ripartendo da quanto affermato in *Lawrence*, l'opinione di maggioranza chiarisce

¹²⁶ Sull'uso del 9° emendamento come clausola generale aperta a diritti naturali, cfr. J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1980, p. 34; R. Dworkin, *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1996.

¹²⁷ D.A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 3/1996, spec. pp. 891 ss.

¹²⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

che «history and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries [...]. That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present». La tradizione storica è dunque un Giano bifronte: essa plasma una tradizione nazionale con la quale i diritti individuali devono armonizzarsi, ma al contempo cela e dà protezione ad anacronistiche ingiustizie. Per questo, «when new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal structure, a claim to liberty must be addressed». Compito della giurisprudenza è dunque quello di accordare l'interpretazione dei diritti fondamentali alle domande sociali: «If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied». I diritti, infatti, non soltanto quelli tramandati dal passato, «they rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era»¹²⁹.

Liberata dalla zavorra che la schiacciava sulla tradizione storica, questa giurisprudenza guarda piuttosto ai principi di valore universale, pure tanto rilevanti nell'interpretazione del *substantive due process*. Da qui, l'uso dell'inedita nozione di «equal dignity», frutto della convergenza tra la protezione di istanze identitarie da tempo incluse nella nozione di *liberty* della *due process clause*, e nuove domande di riconoscimento e di pari trattamento avanzate da gruppi e identità minoritarie, che cercano protezione sotto la *equal protection clause*¹³⁰. Questa tecnica di giudizio è stata fino ad ora applicata all'interno di un ambito apparentemente circoscritto, quale la vita familiare e l'autodeterminazione nella sfera intima e sessuale: le decisioni *Lawrence v. Texas* e *Obergefell v. Hodges* si riallacciano così a precedenti quali *Skinner v. Oklahoma* (1942)¹³¹ e soprattutto a *Loving v. Virginia* (1967)¹³². Tuttavia, le potenzialità insite in questo metodo sono molteplici: benché analizzate astrattamente *due process clause* ed *equal protection clause* possano apparire due termini indipendenti, volti l'uno a proteggere libertà negative radicate nella tradizione storica nazionale, e l'altro a promuovere mutamenti legislativi e nuove condizioni di eguaglianza, in realtà, nella prassi applicativa, le due clausole del 14° emendamento sono agenti che cooperano

¹²⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015). Sul ruolo della tradizione in questa sentenza v. G. Romeo, *Esercizi pratici di common law constitutional interpretation. Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Diritti Comparati*, 2015.

¹³⁰ L. Tribe, *The "Fundamental Right" that Dare not Speaks in its name*, in *Harv. Law Rev.*, 2004, spec. p. 1898 («It is a single, unfolding tale, of equal liberty and increasingly universal dignity»); C.M. Ewing, *With dignity and justice for all: The jurisprudence of equal dignity and the partial convergence of liberty and equality in American constitutional law*, in *Intern. Journ. of Const. Law*, 3/2016, pp. 753 ss.

¹³¹ *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

¹³² *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

nella diffusione di una libertà eguale¹³³. Oltre ad aprire il catalogo dei diritti fondamentali a nuove domande di riconoscimento, l'effetto della sovrapposizione tra le due tutele è anche quello di rendere lo scrutinio della Corte ancora più stringente, perché alla protezione rafforzata accordata ai diritti fondamentali nel bilanciamento con interessi pubblici confliggenti si aggiunge qui lo scrutinio stretto sulla ragionevolezza delle classificazioni operate dal legislatore.

Non deve peraltro stupire che il filone giurisprudenziale da ultimo richiamato – nel discostarsi dal vincolo rappresentato dalla tradizione storica nell'interpretazione del *substantive due process* e nell'enfatizzare, piuttosto, gli elementi universali insiti nel concetto di dignità – faccia altresì leva sul diritto comparato e internazionale: i richiami a principi generali, quali la dignità umana, e al diritto internazionale e straniero contenuti nelle recenti sentenze sulla pena di morte per persone affette da ritardi mentali¹³⁴ o minorenni¹³⁵ e sui diritti delle persone omosessuali¹³⁶, sono essenziali per una Corte che mira all'abbattimento di una tradizione nazionale per tutelare nuovi diritti a vocazione universale¹³⁷.

10. *Il New Judicial Federalism: verso un "dialogo" tra corti federali e statali*

Si è visto come il ruolo determinante nella costruzione di un patrimonio di diritti fondamentali da tutelare nell'intero territorio nazionale sia spettato alla Corte Suprema, che ha così contribuito non soltanto a promuovere essenziali

¹³³ Come aveva prefigurato C.R. Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 1988, pp. 1161 ss. («The Due Process Clause often looks backward [...]; the Equal Protection Clause looks forward, serving to invalidate practices that were widespread at the time of its ratification and that were expected to endure»). V. pure R.J. Siegel, *Equality Divided*, in *Harv. Law Rev.*, 1/2013, pp. 93-94. Nella dottrina italiana v. A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 210-240.

¹³⁴ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

¹³⁵ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

¹³⁶ *Lawrence v. Texas*, cit.

¹³⁷ V. Jackson, *Constitutional Law in a Transnational Era*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2013; M. Rosenfeld, *Comparative Constitutional Analysis in United States Adjudication and Scholarship*, in M. Rosenfeld – A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2012, pp. 44 ss.; A. Sperti, *United States of America: First Cautious Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence*, in T. Groppi – M.C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2013, pp. 403 ss. Per una critica all'uso dell'argomento comparativo in queste sentenze v. S.G. Calabresi, *Lawrence, the Fourteenth Amendment, and the Supreme Court's Reliance on Foreign Constitutional Law: An Originalist Reappraisal*, in *Ohio State Law Journ.*, 2004, pp. 1097 ss.

mutamenti sociali¹³⁸, ma anche a rafforzare l'unità nazionale. Per affermare il proprio ruolo, la Corte ha dovuto necessariamente superare le resistenze manifestate da alcune corti statali e imporre l'effetto vincolante della propria giurisprudenza negli stati. Chiusa questa stagione di accesi contrasti, la stessa Corte Suprema avrebbe promosso un mutamento di approccio, favorendo l'applicazione e lo sviluppo del diritto costituzionale statale da parte delle corti statali nelle controversie aventi ad oggetto diritti tutelati a livello statale.

Il movimento del *New Judicial Federalism* ha preso il via negli anni '70, in coincidenza con il maggiore *self-restraint* della Corte Burger in materia di diritti¹³⁹. Il giudice William Brennan, uno dei protagonisti del *judicial activism* della Corte Warren, sollecitò espressamente le corti statali a intraprendere la via di un maggior confronto con le costituzioni statali nelle controversie aventi ad oggetto diritti individuali, proprio per favorire un processo di ulteriore espansione dei diritti, facendo ora leva sui giudici statali piuttosto che sulla Corte Suprema¹⁴⁰. I fautori di questo indirizzo¹⁴¹ sostenevano peraltro che il ruolo delle corti statali e del diritto costituzionale statale andasse valorizzato per favorire un riequilibrio del federalismo giudiziario, in sintonia con il quadro originario, e per promuovere sperimentazione e differenziazione nella tutela dei diritti, riservando al diritto federale e alla giurisprudenza della Corte Suprema una funzione sussidiaria, coincidente con la tutela di un livello di protezione minimo ed inderogabile¹⁴². Le Corti Burger e Rehnquist hanno incoraggiato questo processo, in parte per alleggerire il carico di lavoro della Corte Suprema, in parte per favorire un ridimensionamento dell'interferenza federale su affari locali¹⁴³. Conseguentemente, a partire dalla fine degli anni '70 diverse corti supreme statali hanno incrementato la loro propensione ad esercitare il *judicial review* delle leggi statali, imitando le tecniche argomentative elaborate dalla Corte Suprema, ma poggiando la propria giurisprudenza su fonti quali le Costituzioni e i *Bill of*

¹³⁸ M. Walzer, *The Constitution and Social Change: A Comment*, in S. Slonim (ed.), *The Constitutional Bases of Political and Social Change in the United States*, Praeger, New York, 1990, p. 353.

¹³⁹ M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il caso del «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1996, spec. pp. 265 ss.

¹⁴⁰ W.J. Brennan Jr., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Rev.*, 1977, pp. 489 ss.

¹⁴¹ Tra i quali H.A. Linde, *Are State Constitutions Common Law?*, in *Arizona Law Rev.*, 1992, pp. 215 ss., e R.F. Williams, *In the Supreme Court's Shadow: Legitimacy of State Rejection of Supreme Court Reasoning and Result*, in *Supreme Court Law Rev.*, 1984, pp. 353 ss.

¹⁴² R.T. Shepard, *Second Wind for the State Bill of Rights*, in D.J. Bodenhamer – J.W. Ely Jr. (eds.), *The Bill of Rights in Modern America*, 2nd ed., Indiana Univ. Press, Bloomington, 2008, pp. 246 ss.

¹⁴³ S.P. Fino, *The Role of State Supreme Courts in the New Judicial Federalism*, Greenwood Press, New York, Westport and London, 1987, p. 2.

Rights statali¹⁴⁴. Il nuovo corso fu inaugurato dalla sentenza *People v. Anderson* della Corte Suprema della California (1972), che dichiarò l'incostituzionalità della pena di morte prevista dalla legislazione statale perché contrastante con il divieto di *cruel and unusual punishments* contenuto nella Costituzione dello stato¹⁴⁵.

Le prassi di *constitutional adjudication* a livello statale si svolgono nello spazio – limitato ma significativo – dischiuso dall'imperfetto allineamento tra cataloghi dei diritti di livello statale e federale. Certamente esiste una notevole omogeneità di stili e contenuti tra le dichiarazioni dei diritti statali e il *Bill of Rights* federale, che dipende dallo stesso processo di adozione del *Bill of Rights* federale e dalla sua assunzione a paradigma per le dichiarazioni dei diritti adottate successivamente¹⁴⁶. Ciò nonostante, avendo riguardo al diritto costituzionale vigente, possono essere individuati ambiti di parziale difformità: in generale, nelle dichiarazioni dei diritti statali è possibile individuare garanzie più intense per alcuni diritti di prima generazione e prescrizioni più stringenti a tutela del diritto di voto, così come il riconoscimento di diritti del tutto assenti dalla codificazione federale, quali i diritti nel campo dell'educazione, della sanità e del lavoro¹⁴⁷. La Corte Suprema ha ritenuto del tutto legittimo che le costituzioni statali offrano garanzie più ampie di quelle previste a livello federale, purché ciò non implichi una violazione del diritto federale¹⁴⁸.

Inoltre, le costituzioni statali sono soggette a rapidi mutamenti in ragione della frequenza degli emendamenti costituzionali a livello statale¹⁴⁹. Pertanto, non è raro che temi più urgenti e dibattuti nell'opinione pubblica, divenuti centrali nell'agenda dei partiti politici – quali diritti sociali, diritti di genere, questioni ambientali –, trovino accoglimento nelle dichiarazioni dei diritti degli stati, così caratterizzandole in modo peculiare rispetto al *Bill of Rights* federale.

Lo sviluppo di una prassi di *constitutional adjudication* da parte delle corti statali rappresenta dunque una fondamentale risorsa di dinamica costituzionale, in grado di alimentare non solo il dibattito su temi rilevanti in senso all'opinione

¹⁴⁴ L. Langer, *Judicial Review in State Supreme Courts. A Comparative Study*, Suny Press, Albany, 2002, spec. pp. 9-10. Sui limitati casi di tutela dei diritti da parte delle corti statali prima della stagione del *New Judicial Federalism*, v. P. Finkelman – S.E. Gottlieb (eds.), *Toward a Usable Past. Liberty Under State Constitutions*, Univ. of Georgia Press, Athens and London, 1991.

¹⁴⁵ *People v. Anderson*, 70 3d 633 (Cal. 1972).

¹⁴⁶ G.A. Tarr, *Understanding State Constitutions*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1998, p. 82.

¹⁴⁷ G.A. Tarr, *Understanding State Constitutions*, cit., p. 13.

¹⁴⁸ *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

¹⁴⁹ V. ora J. Dinan, *State Constitutional Politics. Governing by Amendment in the American States*, Univ. of Chicago Press, Chicago and London, 2018.

pubblica, ma anche la futura giurisprudenza della Corte Suprema¹⁵⁰. Ed infatti, poiché a livello federale il catalogo dei diritti non è di fatto suscettibile di aggiornamento tramite emendamenti costituzionali, e la sua evoluzione è dunque rimessa alla giurisprudenza creativa della Corte Suprema, le costituzioni statali, con la loro più vivace dinamica, e le corti statali chiamate ad interpretarle, possono offrire alla Corte Suprema risorse argomentative cruciali nella identificazione di nuovi diritti meritevoli di tutela¹⁵¹. È quanto si è verificato di recente nella vicenda del riconoscimento del diritto al *same-sex marriage*, riconosciuto dalla Corte Suprema con le decisioni *United States v. Windsor*¹⁵² e *Obergefell v. Hodges*¹⁵³, ma preceduto da un vivace dialogo tra corti e legislatori a livello statale¹⁵⁴.

Il dibattito sul riconoscimento giuridico dei *same-sex marriages* ha infatti preso le mosse dalla sentenza della *Supreme Court* delle Hawaii *Baehr v. Levin* (1993)¹⁵⁵, che dichiarò incostituzionale, in quanto discriminatorio in base al genere, la proibizione prevista dalla legislazione statale, suscitando un'aspra reazione sia all'interno dello stato che negli altri stati e a livello federale, dove il Congresso approvò il *Defense of Marriage Act* (DOMA), del 1996. Nel 1999, la *Supreme Court* del Vermont fu chiamata a pronunciarsi su una questione identica. In *Baker v. State*¹⁵⁶, la Corte dello stato affermò la protezione costituzionale dei diritti delle *same-sex couples*, ma rimise al legislatore la responsabilità di disciplinare le forme giuridiche più opportune per garantire questo diritto, anche eventualmente attraverso forme di unioni civili con effetti equivalenti al matrimonio. Nel 2003 fu poi la *Supreme Judicial Court* del Massachusetts a pronunciarsi nel senso dell'incostituzionalità della legislazione statale che vietava i *same-sex marriages*. In *Goodridge v. Department of Public Health*¹⁵⁷, la Corte impose una legislazione che equiparasse i diritti delle coppie omosessuali a quelli delle coppie eterosessuali, ritenendo insoddisfacente la soluzione delle unioni civili. Il Congresso dello stato si adeguò alla pronuncia della Corte, e l'anno seguente il Massachusetts divenne il primo stato americano ad ammettere i matrimoni tra

¹⁵⁰ Una rassegna di temi e casi sulla protezione dei diritti fondamentali nelle corti statali in J. Friesen, *State Constitutional Law: Litigating Individual Rights, Claims and Defenses*, 4th ed., LexisNexis, Charlottesville, 2006.

¹⁵¹ R.T. Shepard, *Second Wind for the State Bill of Rights*, cit., pp. 251-2.

¹⁵² *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).

¹⁵³ *Obergefell v. Hodges*, cit.

¹⁵⁴ N. Devins, *Same-sex Marriage and the New Judicial Federalism: Why State Courts Should not Consider Out-of-State Backlash*, in J.A. Gardner – J. Rossi (eds.), *New Frontiers of State Constitutional Law*, Oxford Univ. Press, New York, 2011, pp. 81 ss.

¹⁵⁵ *Baehr v. Levin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

¹⁵⁶ *Baker v. State*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999).

¹⁵⁷ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E. 2d 941 (Mass. 2003).

persone dello stesso sesso. Pronunce conformi si ebbero in New Jersey¹⁵⁸, Connecticut¹⁵⁹, California¹⁶⁰ ed Iowa¹⁶¹.

Questa giurisprudenza statale – raffinata nelle argomentazioni e ricchissima di citazioni di precedenti e di riferimenti a sentenze di altri stati e di opinioni dottrinali – è richiamata e fatta propria dalla Corte Suprema federale al momento di definire la protezione del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso¹⁶². Nel caso del riconoscimento del diritto al *same-sex marriage*, le corti supreme statali hanno dunque anticipato e preparato il terreno all'intervento della Corte Suprema, determinando una convergenza tra le giurisprudenze statali e federale. Dialoghi, mutui apprendimenti e interdipendenze sono molto frequenti nella giurisprudenza federale e statale, anche in ragione delle frequentissime sovrapposizioni che si determinano a causa del riparto di competenze giurisdizionali, che spesso consente azioni parallele e l'applicazione e interpretazione del diritto statale da parte delle corti federali, e viceversa¹⁶³.

In diverse circostanze, tuttavia, i casi di doppio *standard* di tutela si prestano a ingenerare divergenze interpretative a partire da testi normativi sovrapponibili, conflitti tra le corti federali e statali e perfino resistenze all'implementazione dei precedenti vincolanti della Corte Suprema¹⁶⁴. Ciò nonostante, nel sistema americano, i conflitti giurisprudenziali e i casi di *noncompliance* delle corti statali rispetto a precedenti vincolanti della Corte Suprema si risolvono agilmente quando vertono sul diritto federale e quando il diritto federale si sovrappone con il diritto statale. La *supremacy clause*, il potere di *review* della Corte Suprema rispetto alle decisioni delle corti statali che riguardano il diritto federale, e il valore vincolante dei precedenti della Corte Suprema nell'interpretazione del diritto federale modellano un sistema fortemente gerarchizzato, che marginalizza le resistenze statali.

Ad avvalorare la conclusione di un ordinamento giudiziario fortemente gerarchizzato si pone anche la considerazione dei rapporti tra Corte Suprema federale e corti supreme statali quando si verta su fattispecie regolate esclusivamente dal diritto statale. È ben vero che nei casi risolti senza alcun riferimento al diritto federale («independent and adequate state grounds») la

¹⁵⁸ *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415; 908 A.2d 196 (N.J. 2006).

¹⁵⁹ *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407 (Conn. 2007).

¹⁶⁰ *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (Cal. 2008).

¹⁶¹ *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009).

¹⁶² *Obergefell v. Hodges*, cit.

¹⁶³ G. A. Tarr – M.C.A. Porter, *State Supreme Courts in State and Nation*, Yale Univ. Press, New Haven and London, 1988, p. 13.

¹⁶⁴ J.T. Levy, "States of the Same Nature": Bounded Variation in Subfederal Constitutionalism, in J.A. Gardner – J. Rossi (eds.), *New Frontiers of State Constitutional Law*, cit., p. 37.

Corte Suprema ha escluso un proprio potere di riforma delle sentenze delle corti statali¹⁶⁵; tuttavia, in materia di diritti fondamentali l'elasticità delle clausole costituzionali di tutela consente un'espansione illimitata del diritto federale, generando una *substantial federal question* che radica la giurisdizione d'appello della Corte Suprema¹⁶⁶. Anche in questi ambiti, pertanto, gli orientamenti delle corti statali possono pretendere, al più, una valenza provvisoria.

Ciò nonostante, per quanto infrequenti, casi di *noncompliance* dei precedenti della Corte Suprema si continuano a registrare, specie su temi di forte impatto culturale nella società locale¹⁶⁷. Come detto per i casi di dialogo e mutuo apprendimento che si determinano nei rapporti tra corti statali e federali, anche le resistenze statali all'implementazione dei precedenti della Corte Suprema svolgono una funzione vitale: benché destinata ad essere riformata, questa giurisprudenza statale diffonde risorse di opposizione dialettica che permettono alla Corte Suprema una valutazione dell'impatto della propria giurisprudenza, contribuendo altresì ad arricchire il dibattito in seno all'opinione pubblica.

Il *New Judicial Federalism* rappresenta dunque un'importante risorsa per lo sviluppo del costituzionalismo americano, immettendo nel sistema giudiziario un «transjurisdictional dialogue» che la gerarchizzazione dei rapporti tra corti aveva, per una certa fase, represso¹⁶⁸. Lungi dal mettere in pericolo l'unità della giurisprudenza e l'omogeneità dei diritti, il *New Judicial Federalism* rappresenta una risorsa per la diffusione dei diritti nelle giurisdizioni statali, e promuovere una cultura giuridica orientata alla sensibilità nei confronti dei diritti individuali che, nella tradizione del diritto degli stati, era mancata¹⁶⁹.

11. Diritti fondamentali e federalizing process: la specialità americana e il panorama europeo

¹⁶⁵ *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1985). Sul punto M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, cit., pp. 246-7, 367.

¹⁶⁶ D.A. Schlueter, *Judicial Federalism and Supreme Court Review of State Court Decisions: A Sensible Balance Emerges*, in *Notre Dame Law Rev.*, 1984, pp. 1080, 1082.

¹⁶⁷ G.A. Tarr – M.C.A. Porter, *State Supreme Courts in State and Nation*, cit., p. 12.

¹⁶⁸ Di «transjurisdictional dialogue» parlano J.A. Gardner – J. Rossi, *Dual Enforcement of Constitutional Norms*, in J.A. Gardner – J. Rossi (eds.), *New Frontiers of State Constitutional Law*, cit., p. 3. V. anche G.A. Tarr, *Understanding State Constitutions*, cit., p. 165: «The relationship between the federal and state judiciaries involved a sharing of responsibility and a process of mutual learning». In particolare sul rapporto orizzontale tra giurisprudenze delle corti statali v. G.A. Tarr – M.C.A. Porter, *State Supreme Courts in State and Nation*, cit., pp. 27 ss.

¹⁶⁹ P.W. Kahn, *Interpretation and Authority in State Constitutionalism*, in *Harv. Law Rev.*, 1993, pp. 1162-1163; L. Friedman, *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Const. Law Quart.*, 1/2000, pp. 93 ss.

La protezione giuridica dei diritti fondamentali negli Stati Uniti si è sviluppata annodandosi a due processi di lunga durata della storia costituzionale americana: in primo luogo, essa va collocata nella più ampia costruzione della Nazione, di quel lento e travagliato superamento delle disomogeneità giuridiche e sociali tra gli stati membri, rispetto al quale l'unificazione dei diritti fondamentali rappresenta il passaggio più problematico e rappresentativo; allo stesso tempo, questa evoluzione è inscindibilmente connessa con il consolidamento dei poteri della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense. Benché lo sviluppo delle tutele giuridiche dei diritti abbia preso corpo all'interno di una dialettica cooperativa tra movimenti sociali, istituzioni rappresentative e istanze giudiziarie¹⁷⁰, l'affermazione della supremazia della Corte Suprema sull'intero ordinamento ha consentito la diffusione omogenea dei diritti fondamentali e la soppressione delle resistenze e dei particolarismi locali.

La tensione tra omogeneità della tutela dei diritti fondamentali e garanzie particolari di ambito statale – che ha rappresentato il principale fronte di conflitto nell'evoluzione dei diritti fondamentali negli Stati Uniti – è senza dubbio una costante nei processi di federalizzazione¹⁷¹. Benché le peculiarità dello sviluppo dei diritti fondamentali nell'esperienza americana invitino alla prudenza nella comparazione con la storia dei diritti fondamentali in Europa, è dunque inevitabile volgersi ad osservare l'evoluzione americana con una particolare attenzione al processo di integrazione europea, nel quale l'edificazione di un patrimonio comune di diritti fondamentali ha assunto un ruolo centrale per la formazione della stessa identità della comunità politica europea¹⁷². Ed infatti, molti dei problemi più rilevanti posti a partire dagli anni '70 del secolo scorso dalla definizione di un patrimonio comune europeo di diritti fondamentali – la costruzione di una cittadinanza europea quale base minima di diritti comuni ai cittadini degli stati membri; l'elaborazione delle tradizioni costituzionali comuni e la loro codificazione nella Carta dei diritti fondamentali; la definizione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali; la preservazione dei principi e dei diritti che costituiscono l'identità costituzionale degli stati membri; la sovrapposizione tra tutele comuni sovranazionali e tutele più intense offerte dal diritto degli stati membri; la ricostruzione dei rapporti tra Corte di Giustizia e corti costituzionali nazionali e

¹⁷⁰ B. Ackerman, *We The People*, 3, *The Civil Rights Revolution*, cit., pp. 49 ss.; M. Tushnet, *Social movements and the Constitution*, in M. Tushnet – M.A. Graeber – S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, cit., spec. pp. 249 ss.

¹⁷¹ Cfr. E. Katz e G.A. Tarr (eds.), *Federalism and Rights*, Rowman and Littlefield Pub., Boston and London, 1996, p. XIV.

¹⁷² P. Ridola, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa*, cit., pp. 199 ss.

la composizione dei conflitti tra le giurisprudenze – possono essere riscontrati, in tempi e forme specifiche, anche nell’esperienza americana¹⁷³.

È il caso del percorso di definizione e sviluppo giurisprudenziale della cittadinanza europea, quale nucleo originario e minimo comune denominatore dei diritti dei cittadini dei diversi stati membri, che dalle garanzie basilari di libera circolazione e non discriminazione è andata espandendosi inglobando ulteriori diritti fondamentali¹⁷⁴. Un processo che richiama alla memoria l’emersione, anch’essa precoce, della tutela rappresentata dai *privileges and immunities*, quale garanzia di pari trattamento tra cittadini degli Stati Uniti indipendentemente dalla residenza, che si è poi progressivamente arricchita di contenuti sostanziali a vocazione universale (cfr., *supra*, § 2). Il ruolo della cittadinanza europea quale veicolo dei diritti fondamentali si è certamente indebolito negli ultimi anni, in parallelo allo sviluppo di strumenti più incisivi di tutela dei diritti¹⁷⁵; ma ciò è occorso anche con riferimento ai *privileges and immunities* nel diritto statunitense, che pure sono andati progressivamente perdendo peso con l’elaborazione di altre basi costituzionali, fino ad eclissarsi (cfr., *supra*, § 5).

Ancora: negli Stati Uniti l’originaria limitazione del campo di applicazione del *Bill of Rights* federale – esposta in termini stentorei dalla sentenza *Barron v. Baltimore* – ha dato forma alle preoccupazioni nei confronti di un catalogo federale di diritti percepito come invasivo delle prerogative degli stati membri, in una fase ancora precoce dell’integrazione federale (cfr., *supra*, § 3 e 4). La medesima cautela alla codificazione di una base giuridica comune ad applicazione generale si osserva in questa prima fase della vigenza della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, il cui ambito di applicazione è ancora confinato all’interno del perimetro indicato dall’art. 51 della Carta, interpretato in termini restrittivi, conformemente alle preoccupazioni espresse dagli stati membri al momento della sua adozione¹⁷⁶.

Anche la dottrina dei «controlimiti», elaborata dalle corti costituzionali europee quale eccezione al primato del diritto europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, offre notevoli spunti per una comparazione con le

¹⁷³ Cfr. gli studi raccolti nell’opera di M. Cappelletti – M. Seccombe – J. Weiler (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Experience*, vol. 1: *Methods, Tools and Institutions*, de Gruyter, Berlin-New York, 1986, e in particolare D.J. Elazar – I. Greilsammer, *Federal Democracy: The U.S.A. and Europe Compared. A Political Science Perspective*, *ivi*, pp. 71 ss. Più di recente v. F. Fabbrini, *Fundamental Rights and Federalism in the European Union and the United States: Challenges, Transformations and Normative Questions*, in *Centro Studi sul Federalismo Research Papers*, 2016.

¹⁷⁴ D. Kochenov (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2017.

¹⁷⁵ M. van den Brink, *EU citizenship and (fundamental) rights: Empirical, normative, and conceptual problems*, in *Eur. Law Journ.*, 2019, pp. 21–36.

¹⁷⁶ M. Safjan, *Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Fields of conflict?* in *Eur. Univ. Inst. Working Papers*, 22/2012.

pretese di resistenza e *nullification* giudiziaria più volte affermate dalle corti statali rispetto all'accettazione della giurisprudenza della Corte Suprema, fino al caso *Cooper v. Aaron* (su cui v., *supra*, § 8).

Comparabile è poi l'uso argomentativo della «tradizione» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Suprema. Negli Stati Uniti, la giurisprudenza della Corte Suprema sulla *due process clause* del 14° emendamento si è andata polarizzando su due visioni alternative della nozione di «tradizione»: le diverse opinioni sul significato della tradizione dei diritti in America e sul suo valore vincolante rispetto all'interpretazione costituzionale hanno attualizzato la più risalente tensione tra gli approcci universalistici ai diritti fondamentali – connessi alle origini giusnaturalistiche della cultura americana, ma radicati altresì nella tradizione di *common law* – e gli approcci storicisti, che valorizzando la peculiarità dell'esperienza nazionale hanno sostenuto un'interpretazione dei diritti fondamentali ancorata alle prassi. È proprio in questa dialettica che ha preso forma e si è consolidato il patrimonio dei diritti fondamentali negli Stati Uniti (cfr., *supra*, § 9). Qualcosa di simile è accaduto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, il cui sforzo di enucleazione dei diritti fondamentali da proteggere quale patrimonio comune del diritto europeo si è costruito attraverso un processo di identificazione delle tradizioni comuni agli stati membri, in uno sforzo di argomentazione storica e comparativa¹⁷⁷. La nozione di «tradizione» ha dunque rappresentato in entrambi i contesti un luogo argomentativo di conservazione, identificazione e sviluppo del patrimonio dei diritti fondamentali, consentendo la costruzione di un'argomentazione storico-comparativa che ha unificato e diffuso la tutela dei diritti fondamentali su spazi continentali, in assenza di parametri normativi dal significato univoco. Il parallelismo tra le due vicende va spiegato alla luce del significato più profondo che la nozione di «tradizione» riveste per la cultura dei diritti fondamentali, quale ponte di comunicazione tra esperienze storiche identificative e percorsi di progettazione di futuri stadi evolutivi¹⁷⁸.

È di interesse anche la coincidenza tra la dottrina del *New Judicial Federalism* – affermata negli Stati Uniti proprio all'esito della *Civil Rights Revolution*, e dunque in un momento in cui le tutele apparivano diffuse e consolidate su base nazionale – e la proposta della ricostruzione dei rapporti tra Carta di Nizza e cataloghi nazionali dei diritti in termini di tutela sussidiaria offerta dal diritto europeo, secondo una certa lettura dell'art. 53 della Carta di

¹⁷⁷ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 115 e ss.

¹⁷⁸ P. Ridola, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. p. 237.

Nizza¹⁷⁹. A ben vedere, tuttavia, l'apertura della Corte Suprema all'autonomia delle corti statali è sempre correlata alla persistenza di un potere tutorio della Corte Suprema, che conserva strumenti pressoché illimitati per riespandere la propria giurisdizione ed imporre la supremazia delle proprie decisioni su questioni attinenti i diritti fondamentali (cfr., *supra*, § 10); al contrario, il rapporto tra Corte di Giustizia e corti nazionali in Europa è ancora connotato da tensioni ed equilibri che non consentono né la definizione di confini certi per le rispettive giurisdizioni, né l'emersione di una supremazia della giurisprudenza europea, al di fuori dei casi di applicazione del diritto europeo.

Nonostante le significative affinità tra alcuni dei tratti salienti del processo di integrazione dei diritti in America e in Europa, qui sinteticamente evocate, le distanze tra le due esperienze rimangono preponderanti. È ancora tutta da immaginare, in particolare, la base giuridica che possa legittimare una competenza generale dell'Unione in materia di diritti fondamentali, equiparabile al ruolo svolto dal 14° emendamento della Costituzione americana (cfr., *supra*, §§ 6 e 7); mentre le resistenze statali espresse dall'applicazione dei controllimiti non hanno ancora suscitato una precisa reazione da parte della Corte di Giustizia, come invece è accaduto negli Stati Uniti. Ciò può essere spiegato proprio a partire dalla prospettiva storica prescelta in questo scritto: nell'esperienza americana integrazione federale e sviluppo dei diritti si sono sorretti a vicenda, annodandosi nel loro sviluppo; in Europa, al contrario, l'affermazione dei diritti fondamentali è avvenuta all'interno dell'esperienza costituzionale degli stati nazionali, e sebbene questa storia esibisca tratti comuni all'intero continente, in sintonia con i valori di fondo da cui prende le mosse il progetto dell'integrazione europea, la costruzione di una tutela omogenea dei diritti si espone a rischi di artificialità e scollamento dalle prassi consolidate.

L'osservazione dell'esperienza del *federalizing process* dei diritti fondamentali negli Stati Uniti offre dunque un contributo ad una più ampia contestualizzazione dei problemi connessi con la tutela dei diritti nello spazio europeo: benché le risposte approntate dalla legislazione federale, dagli emendamenti costituzionali e dalla giurisprudenza della Corte Suprema abbiano dato vita ad una tradizione peculiare dei diritti fondamentali negli Stati Uniti, e ad un particolare assetto dei rapporti tra corti federali e statali che è impossibile riprodurre o assumere come paradigma per altre esperienze, l'esperienza americana può contribuire ad accrescere la consapevolezza della natura e della dimensione dei processi di integrazione in corso nello spazio giuridico europeo.

¹⁷⁹ K. Von Papp, *A Federal Question Doctrine for EU Fundamental Rights Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2018, pp. 511 ss.

Abstract: The article analyzes the emergence and the development of the fundamental rights doctrine in the United States, starting with the debates of the revolutionary era up to the recent applications of the due process clause of the 14th amendment in the U.S. Supreme Court's case law.

The article aims at stressing the essential contribution of the fundamental rights doctrine to the federalizing process of American Nation, encompassing issues such as the supremacy of Supreme Court's case law over the whole Nation, and the possible cooperation among States' Constitutional law and the Federal Constitution in the framework of the New Judicial Federalism. Finally, the article provides for hints for a comparison between the American experience and the integration of fundamental rights underway in the European landscape.

Keywords: fundamental rights – federalism – 14th amendment – due process clause – incorporation – U.S. Supreme Court.

Andrea Buratti: Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato nell'Università di Roma "Tor Vergata".