

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

10

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella
Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscati
Cesare Pinelli

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jorgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO
La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale
- 13 ANTONIO SEGNI
L'unità del processo

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI
Presentazione
- 39 PETER HÄBERLE
Indirizzo di saluto

RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO
Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola
- 49 DIAN SCHEFOLD
Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania
- 61 GUIDO ALPA
Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile
- 67 MARCO D'ALBERTI
Comparazione giuridica tra storia ed esperienza

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO
Culture costituzionali, storia e comparazione
- 107 ANGELO SCHILLACI
«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola
- 129 ALESSANDRO SOMMA
Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional
- 199 ANDREA LONGO
Osservando la marea
- 213 MASSIMO BRUTTI
Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando
- 231 MARCO BENVENUTI
Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale
- 257 GIOVANNA MONTELLA
Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband
- 267 GIANLUCA BASCHERINI
A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto
- 283 FRANCESCO CERRONE
L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)
- 301 FEDERICO NANIA
Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese

LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI
Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola

- 339 LUISA AVITABILE
Una riflessione su libertà e diritti fondamentali
- 351 ROBERTO NANIA
Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo
- 369 FABRIZIO POLITI
“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali
- 389 SALVATORE PRISCO
Linee di un ritratto intellettuale
- 405 GIORGIO REPETTO
Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali
- 423 ANDERA BURATTI
Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti
- 443 CLAUDIO CONSOLO
Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo
- 455 ENRICO DEL PRATO
Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista
- 467 LAURA MOSCATI
Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento
- 485 ELISA OLIVITO
Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?
- 499 MIGUEL AZPITARTE
Los derechos fundamentales en tiempos de crisis
- 511 MARIA IRENE PAPA
La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
La Commissione di Garanzia

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO

Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI

Paolo Ridola e la forma di governo

- 587 MASSIMO SICLARI

Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola

- 599 GIUSEPPE COLAVITTI

Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dommatica e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola

- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA

Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo

- 621 CESARE PAGOTTO

Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo

- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI

Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)

- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI

La rappresentanza politica nella forma di governo

- 691 RENATO IBRIDO

Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare

- 709 FULCO LANCHESTER

Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale

- 727 ELEONORA RINALDI

Brevi note su libero mandato e forma-partito

- 741 ELENA TASSI SCANDONE

Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari

L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI
L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)
- 771 FRANCESCO SAIITO
Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
El futuro del Estado constitucional
- 843 ANDREAS HARATSCH
Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO
Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI
Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice

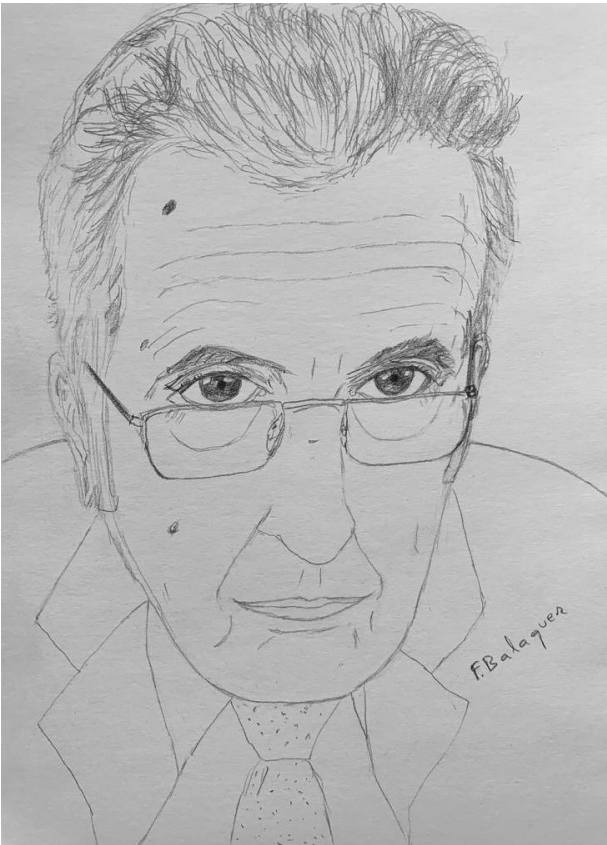
RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

- 933 ANTONIO ANGELOSANTO
L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI
IN ONORE DI PAOLO RIDOLA



Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti

Andrea Buratti

SOMMARIO: 1. Il rilievo della tradizione storica nella giurisprudenza sui diritti fondamentali: una premessa. – 2. Il rilievo della tradizione storica nella prima giurisprudenza della Corte Suprema sulla *due process clause* del 14° emendamento. – 3. Interpretazioni e applicazioni della *due process clause* durante la Corte Warren (1953-1969). – 4. Tradizione storica o nuove domande di riconoscimento? Gli sviluppi più recenti del *substantive due process*.

1. *Il rilievo della tradizione storica nella giurisprudenza sui diritti fondamentali: una premessa*

Nello sviluppo storico dei diritti fondamentali, l'esperienza nord-americana 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 moderno, i percorsi di sviluppo della cultura e della tutela giuridica dei diritti in Nord-America si sarebbero progressivamente allontanati dalle radici comuni del pensiero e delle tecniche del costituzionalismo europeo, distanziandosi tanto dall'esperienza inglese quanto da quella continentale.

Questi percorsi divergenti si riflettono sulla concezione dei diritti fondamentali nei due contesti, europeo e nordamericano, investendo lo stesso significato attribuito a questa nozione¹. 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 della Guerra mondiale: qui, la cultura dei diritti si ancora ad una nuova prospettiva giusnaturalistica e universalistica, dando corpo a cataloghi costituzionali di diritti fondati su opzioni di valore gerarchizzate, sovente in osmosi con le parallele codificazione dei diritti in ambito internazionale². Diversamente, ne-

¹ A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2016.

² P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018, 4-6, 143 ss.

gli Stati Uniti la cultura giuridica non è coinvolta in questa tempe³, 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, e che si è imposta, non senza conflitti, sull'intero ordinamento.

La specialità dell'esperienza americana invita dunque alla prudenza rispetto al suo utilizzo comparativo. E tuttavia, la tensione tra omogeneità della tutela dei diritti fondamentali e garanzie particolari di ambito statale – che ha rappresentato il principale fronte di tensione nell'evoluzione dei diritti fondamentali negli Stati Uniti⁴ – è senza dubbio una costante nei processi di federalizzazione⁵. È dunque inevitabile osservare l'evoluzione storica del processo di unificazione nazionale dei diritti fondamentali negli Stati Uniti 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 europea⁶. Ed infatti, i problemi più rilevanti posti a partire dagli anni '70 del secolo scorso dalla definizione di un patrimonio comune europeo di diritti fondamentali – quali la costruzione di una cittadinanza europea; l'elaborazione delle tradizioni costituzionali comuni; la definizione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali, e in particolare l'interpretazione dell'art. 51 della Carta; la protezione dei principi e dei diritti che costituiscono l'identità costituzionale degli stati membri; la ricostruzione dei rapporti tra Corte di Giustizia e corti costituzionali nazionali e la composizione dei conflitti e del dialogo tra le giurisprudenze – non sono affatto sconosciuti all'esperienza americana.

³ 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.

⁴ M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il caso del «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 1996, spec. 73-161.

⁵ Cfr. E. KATZ e G.A. TARR (eds.), *Federalism and Rights*, Rowman and Littlefield Pub., Boston and London, 1996, XIV.

⁶ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e «integrazione» costituzionale in Europa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 199 ss.

L'osservazione dell'esperienza del *federalizing process* dei diritti fondamentali negli Stati Uniti può dunque offrire 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 non di meno contribuire ad accrescere la consapevolezza della natura e della dimensione dei processi in corso nello spazio giuridico europeo.

Un terreno emblematico per misurare la comparabilità di queste linee evolutive concerne il significato e il ruolo della tradizione storica nello sviluppo dei diritti fondamentali e nello sviluppo della loro integrazione su scala sovranazionale. Un tema – di importanza cruciale nell'evoluzione storica dei diritti in America – al quale Paolo Ridola ha dedicato un'attenzione particolare nei suoi studi sull'integrazione europea nella lente dei diritti fondamentali, a partire dal rilievo assunto nella giurisprudenza europea dalle tradizioni costituzionali comuni⁷.

Nel discorso e nella giurisprudenza sui diritti fondamentali, il riferimento alla tradizione storica assume un rilievo crescente. Nell'opera di definizione di un bagaglio comune di strumenti argomentativi cui si sono disposte, negli ultimi decenni, le Corti supreme e costituzionali, è possibile isolare un *topos* argomentativo ampiamente diffuso nella giurisprudenza delle Corti, consistente nel richiamo alla «tradizione». Il richiamo alla tradizione storica, rinvenibile in una molteplice serie di decisioni e filoni giurisprudenziali, sembra essere prevalentemente utilizzato dalle Corti per colmare il vuoto esistente tra il caso oggetto del giudizio e un testo normativo. La tradizione è, in numerosi filoni giurisprudenziali, lo strumento di mediazione tra riferimento al parametro normativo e libertà interpretativa dei giudici; essa consente ai giudici di riallacciare parametri normativi distanti nel tempo, non immediatamente rilevanti in termini di efficacia, per integrarli nel parametro del proprio giudizio. È questa la fi-

⁷ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa*, cit.

nalità perseguita dalla Corte di giustizia delle Comunità europee quando, a partire dalle sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) e *Nold* (1973) ha definito le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri⁸, dotandole del valore di principi del diritto europeo, così plasmando un parametro costituzionale di protezione dei diritti fondamentali nonostante l'assenza di un catalogo normativo, solo successivamente introdotto con la revisione dell'art. 6 TUE operata dal Trattato di Lisbona.

In questi filoni giurisprudenziale, la nozione di tradizione, fedelmente al proprio etimo, ha svolto la funzione di cinghia di trasmissione tra testi normativi e pratica giurisprudenziale, aprendo la via allo sviluppo di tecniche di protezione dei diritti fondamentali capaci di rispondere alle istanze della contemporaneità. Questo approccio giurisprudenziale presenta, peraltro, spunti essenziali per la comprensione dell'uso della comparazione nella giurisprudenza delle Corti nel costituzionalismo globale: lungi dallo schiacciare il dibattito sull'argomento comparativo al solo recepimento di istituti e precedenti stranieri, il richiamo alla tradizione valorizza piuttosto la dimensione storica dei problemi giuridici, e i processi di reciproco apprendimento tra i diritti nazionali.

2. *Il rilievo della tradizione storica nella prima giurisprudenza della Corte Suprema sulla due process clause del 14° emendamento*

La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sui diritti fondamentali prese corpo durante 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 sociali⁹. È stato stimato che tra

⁸ G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Jovene, Napoli, 2011.

⁹ 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.

il 1899 e il 1937 la Corte abbia invalidato leggi statali e federali in 197 casi¹⁰.

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*¹¹. 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 gioco¹².

È in questo contesto di trasformazioni sociali, istituzionali e del metodo giuridico, che la Corte 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 sostanziale. 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.

¹⁰ M.R. KONVITZ, *Fundamental Rights. History of a Constitutional Doctrine*, cit., 108.

¹¹ P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino, 2000, 34 ss.

¹² T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journ.*, 5/1987, 954; G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962, spec. 16-22. Con riferimento all'impatto del realismo nell'interpretazione costituzionale, A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2002, 6-7. Sul punto, ora, N. CEZZI, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America*, Jovene, Napoli, 2019, spec. 232 ss.

Sin dalla giurisprudenza della *Lochner Era*, peraltro, la *due process clause* si presta ad una duplice applicazione¹³: 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 indipendente¹⁴. 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; 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.

Come detto, la prima tecnica interpretativa fa leva sulla nozione di *liberty* protetta dalla *due process clause* e conseguentemente enuclea i diritti fondamentali in ragione della loro riconduzione a premesse ideali ed universali¹⁵. 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»¹⁶. 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

¹³ 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, 481-482.

¹⁴ A.R. AMAR, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *Yale Law Journ.*, 5/1991, spec. 1196.

¹⁵ M.R. KONVITZ, *Fundamental Rights. History of a Constitutional Doctrine*, Transaction Publ./Rutgers Univ., New Brunswick and London, 2001, 65 e 106; L.G. RATNER, *The Function of the Due Process Clause*, in *Univ. of Pennsylvania Law Rev.*, 1968, spec. 1096; S.A. SIMON, *Universal Rights and the Constitution*, Suny Press, Albany, 2014.

¹⁶ *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 336 (1898).

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»¹⁷. 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 contrattuale¹⁸. Successivamente, in *Twining v. New Jersey* (1908) la Corte riconduce 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»¹⁹. Qui, peraltro, la valorizzazione della applicazione autonoma della *due process clause* è resa esplicita dalla Corte: la violazione di diritti fondamentali è 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»²⁰.

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 ricorrente²¹. In *Pierce*, una legge statale che imponeva la frequenza delle sole scuole pubbliche venne dichiarata

¹⁷ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

¹⁸ *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, 85 ss.

¹⁹ *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908).

²⁰ *Twining v. New Jersey*, cit.

²¹ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

incostituzionale perché contrastante con «the fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose»²².

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»²³.

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 stati²⁴. 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»²⁵. L'*incorporation* della *freedom of speech and press* sarà quindi ulteriormente confermata in *Stromberg v. California* (1931)²⁶ e *Near v. Minnesota* (1931)²⁷, per poi allargarsi alle altre libertà protette dal primo emendamento, prima con riferimento alle libertà associative²⁸, poi con riferimento alla libertà religiosa²⁹. 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»³⁰.

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*

²² *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

²³ *Herbert v. Louisiana*, 272 U.S. 312 (1926).

²⁴ *Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

²⁵ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 226 (1925).

²⁶ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

²⁷ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

²⁸ *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937).

²⁹ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) e *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

³⁰ *De Jonge v. Oregon*, cit.

Rights federale, come sostenuto nella *dissenting opinion* del giudice Hugo Black in *Adamson v. California*: secondo Black, il 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»³¹. Ad avviso della Corte, invece, la *due process clause* opera attraverso una *selective incorporation*, e spetta alla Corte stessa identificare 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 ed un consolidamento provvisorio nella fondamentale sentenza *Palko v. Connecticut* (1937). Recuperando un passaggio già avanzato nella precedente sentenza *Snyder v. Massachusetts* (1934)³², 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»³³. 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 rinvenivano 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 americana³⁴. 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

³¹ *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947), Black diss.

³² *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934).

³³ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

³⁴ A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., 27.

tanto i diritti enumerati nel *Bill of Rights* quanto diritti non codificati.

3. *Interpretazioni e applicazioni 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° emendamento³⁵, a partire dalla notissima sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka*³⁶.

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 contrastanti, che trovano la loro sintesi 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 in-

³⁵ 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.

³⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

dividuale³⁷. 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 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, nel cui cono d'ombra trovava spazio una protezione dalle interferenze nella sfera privata e familiare³⁸.

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. L'orientamento espresso in *Griswold* rispettava formalmente lo schema dell'*incorporation* elaborato a partire da *Palko*, 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, nel momento in cui la Corte avrebbe schiacciato il *substantive due process* 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

³⁷ 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, 48-56.

³⁸ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

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»³⁹. L'intento di circoscrivere le 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»⁴⁰.

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 rappresenta-

³⁹ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

⁴⁰ *Duncan v. Louisiana*, cit., Black conc.

tivo di un «fundamental ideal of our constitutional heritage»⁴¹. 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.

4. *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 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 delle 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 protezione 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. Una sintesi di questo percorso è rappresentato 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)⁴², il *substantive due process* è ri-

⁴¹ *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

⁴² *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961), Harlan II diss.

condotto 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 diritti⁴³. 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»⁴⁴.

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»⁴⁵: 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 sociale⁴⁶. 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 americana⁴⁷. 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, l'integrità della fa-

⁴³ K.T. BARTLETT, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, in *Duke Law Journ.*, 2012, spec. 556 ss.

⁴⁴ *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

⁴⁵ *Poe v. Ullman*, cit., Harlan II diss.

⁴⁶ D.A. STRAUSS, *Common Law Constitutional Interpretation*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 3/1996, spec. 891 ss.

⁴⁷ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

miglia⁴⁸. 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»⁴⁹.

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 americana⁵⁰. 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 soggettivi⁵¹.

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. Smascherando la finzione di una neutralità assiologica del metodo storico-tradizionale, Stevens evidenzia come la regolazione statale del possesso di armi da fuoco rappresenta 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»⁵².

⁴⁸ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

⁴⁹ *Washington v. Glucksberg*, cit. M.W. McCONNELL, *The Right to Die and the Jurisprudence of Tradition*, in *Utah Law Rev.*, 1997, 665 ss.

⁵⁰ *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2000).

⁵¹ *McDonald v. City of Chicago*, cit. (Scalia conc.).

⁵² *McDonald v. City of Chicago*, cit. (Stevens diss.).

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 passato⁵³. 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»⁵⁴. 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*.

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 sociali⁵⁵. 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 be construed to deny or disparage others retained by the people»)⁵⁶, la Corte Suprema ha fatto piuttosto leva sulla nozione

⁵³ R. TURNER, *On Substantive Due Process and Discretionary Traditionalism*, in *SMU Law Rev.*, 4/2013, 845; più adesivo all'orientamento della Corte C.R. SUNSTEIN, *Due Process Traditionalism*, in *Mich. Law Rev.*, 2007, 1543 ss.

⁵⁴ J.E. FLEMING, L.C. McCLAIN, *Liberty*, cit., 490.

⁵⁵ F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, (1999), Dedalo, Bari, 2004, 180.

⁵⁶ Sull'uso del 9° emendamento come clausola generale aperta a diritti naturali, cfr. J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1980, 34; R. DWORKIN, *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1996.

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 tanto in ragione alla loro appartenenza alla tradizione nazionale, ma 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». Ed anzi, vi è 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»⁵⁷.

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 che «history

⁵⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

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»⁵⁸.

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*⁵⁹. Questa tecnica di giudizio è stata fino ad ora sviluppata 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)⁶⁰ e soprattutto a *Loving v. Virginia* (1967)⁶¹. Tuttavia, le potenzialità insite in questo metodo sono mol-

⁵⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015).

⁵⁹ L. TRIBE, *The "Fundamental Right" that Dare not Speaks in its name*, in *Harv. Law Rev.*, 2004, spec. 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, 753 ss.

⁶⁰ *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

⁶¹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

teplici: 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 nella diffusione di una libertà eguale⁶².

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 mentali⁶³ o minorenni⁶⁴ e sui diritti delle persone omosessuali⁶⁵, sono essenziali per una Corte che mira all'abbattimento di una tradizione nazionale per tutelare nuovi diritti a vocazione universale⁶⁶.

⁶² 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, 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, 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, 210-240.

⁶³ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

⁶⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

⁶⁵ *Lawrence v. Texas*, cit.

⁶⁶ P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 293 ss.; 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, 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. GROPP, M.C. PONTHEAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2013, 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, 1097 ss.

Abstracts

L'articolo analizza il significato e le funzioni del richiamo alla tradizione storica nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sui diritti fondamentali protetti dalla *due process clause* del 14° emendamento, dalla sua prima emersione, nel caso *Palko v. Connecticut* (1937), fino alle applicazioni più recenti nei casi sui *same-sex marriages*.

The article analyzes the meaning and functions of the historical tradition in the U.S. Supreme Court's case law related to the protection of fundamental rights based on the 14th amendment, starting with its first emergence, in the case *Palko v. Connecticut* (1937), up to the recent applications in the cases on same-sex marriages.