

Rivista N°: 4/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 26/11/2019

AUTORE: Benedetta Barbisan*

AMICUS CURIAE: UN ISTITUTO, NESSUNA DEFINIZIONE, CENTOMILA USI

Sommario: 1. L'istituto dell'amicus curiae nella storia fra tradizioni antiche ed evoluzioni moderne. - 2. L'amicus curiae nella esperienza degli Stati Uniti: 'friends of the Court' or 'friends of the party'? - 3. L'amicus curiae nell'era della ONGizzazione della società.

1. L'istituto dell'*amicus curiae* nella storia fra tradizioni antiche ed evoluzioni moderne

Su incarico diretto della corte o di iniziativa propria, l'*amicus curiae*, che fornisce informazioni ai giudici per una corretta risoluzione della controversia pendente, è una figura tipica della storia del diritto inglese¹, dove è nata nel Quindicesimo secolo², ricorrente oggi in un numero di ordinamenti di *common law* e, in misura minore, di *civil law*, anche se con declinazione variabile. Nello stesso Regno Unito, questo istituto ha rivestito per decenni un ruolo del tutto residuale, essendo l'accesso a questo istituto riservato, e raramente praticato, solo a pochi soggetti - l'*Attorney-General*³, la *Law Commission*⁴, la *Equality and Human*

* Associato di Diritto Pubblico Comparato nell'Università di Macerata.

¹ Se, nel tempo più risalente, l'*amicus curiae* doveva essere un *barrister*, già con la legge 4 Hen.IV (1403) chiunque avrebbe potuto intervenire nel processo. La tradizione voleva che il ruolo fosse di 'instructing, warning, informing and moving the court' (W.E. BALDWIN, *John Bouvier's Law Dictionary: Baldwin's Century Edition*, New York, Banks Law Publishing Company, 1928, p. 69).

² La prima volta che il termine *amicus curiae* compare nell'ordinamento inglese è in Y.B. 4 Hen. VI. 16 (1426). Così Note, *Amici curiae*, 34 *Harv. L.R.* 773 (1921), p. 774, nt. 15. 'Any man can inform the court in the case so that the court will not render judgment on an insufficient record' (Y.B. 7 Ed. IV, 16 (1486)). Ma ci sono evidenze risalenti al Quattordicesimo secolo secondo cui si sarebbe trattato già di una pratica accettata (Y.B. Hil. 26 Ed.III, 65 (1353)). Si veda anche E.R. BECKWITH e R. SOBERNHEIM, *Amicus Curiae - Minister of Justice*, in 17 *Fordham L. Rev.* 38 (1948).

³ L'*Attorney-General* può costituirsi *amicus* in un processo di cui il governo non sia parte ma alla cui sentenza la Corona abbia un interesse come precedente o quando il ricorso abbia sollevato una questione di politica pubblica su cui il potere esecutivo potrebbe esprimere considerazioni utili. Può altresì essere invitato dalla stessa corte nei casi in cui altrimenti i giudici mancherebbero di ascoltare in aula tutti gli argomenti giuridicamente rilevanti come, per esempio, in rappresentanza di *unborn children*. A questo proposito, si ricordi il caso dei gemelli siamesi dibattuto davanti alla *Court of Appeal* nel settembre 2000, quando due avvocati furono invitati dalla corte stessa per accertarsi se l'operazione chirurgica necessaria a separare i due gemelli potesse implicare la commis-

*Rights Commission*⁵, la *Law Society*⁶ e la *Motor Insurer's Bureau*⁷ - anche a causa del carattere essenzialmente orale del contenzioso che esclude la presentazione di *brief*⁸. Negli anni più recenti, invece, la pratica di questo istituto ha conosciuto un ragguardevole incremento⁹, anche grazie all'adozione dello *Human Rights Act 1998* che 'had accelerated the rate of intervention, with "more people with more rights" seeking adjudication on polycentric issues and legal questions with a decidedly political hue'¹⁰.

sione di un reato. L'*Attorney-General* ha in seguito dichiarato che, dal 2000 al 2002, sono stati assegnati incarichi di questo genere in numero sempre crescente - rispettivamente trentuno, trentadue e trentasei (LORD GOLD-SMITH, *Friend of the court*, in *Counsel*, febbraio 2002, pp. 30-32, n. 4).

⁴ La *Law Commission* è l'agenzia legislativa indipendente istituita dal *Law Commissions Act 1965* al fine di monitorare la legislazione di Inghilterra e Galles e di raccomandare le necessarie riforme di legge. La finalità della *Law Commission* è di assicurare che la legge sia 'fair, modern, simple, cost effective'.

⁵ La *Equality and Human Rights Commission* (EHRC) - che nel 2007 ha raccolto l'eredità della *Commission for Racial Equality*, introdotta con il *Race Relations Act 1976*, della *Equal Opportunities Commission*, creata con il *Sex Discrimination Act 1975*, e della *Disability Rights Commission*, varata con il *Disability Discrimination Act 1995*, tutte e tre a loro volta ammesse a costituirsi quali *amici curiae* - è un organo indipendente istituito dall'*Equality Act 2006* all'esito del libro bianco *Fairness for All: A New Commission for Equality and Human Rights* con lo scopo generale 'to work towards the development of a society where equality and rights are rooted'. Chiamata a intercettare istanze di uguaglianza prima che si traducano in ricorsi giudiziari, il suo raggio di azione include il contrasto alla discriminazione razziale, alla discriminazione sessuale e le disuguaglianze in ordine all'età, agli handicap, all'orientamento sessuale e alla religione. Seppur tecnicamente operativa negli ordinamenti di Inghilterra e Galles, è una istituzione per i diritti umani riconosciuta a livello nazionale.

⁶ La *Law Society* rappresenta e sostiene i *solicitor* di Inghilterra e Galles, promuovendo l'accesso alla giustizia e facilitando il rapporto con gli assistiti. Fondata sulla *Royal Charter* emessa nel 1845 e poi ripetutamente confermata, il suo regolamento si ispira al *Solicitors Act 1974*, il *Courts and Legal Service Act 1990*, l'*Access to Justice Act 1999* e il *Legal Service Act 2007*.

⁷ La *Motor Insurer's Bureau* è la società privata istituita nel 1946 che risarcisce le vittime di incidenti stradali provocati da automobilisti non assicurati o irrintracciabili.

⁸ Sulla inscalfibile tradizione dell'*oral argument* nelle corti inglesi e la sua discutibile efficacia specie se a confronto con il costume statunitense dei *brief*, si veda R. MARTINEAU, *Appellate Justice in England and the United States*, Getzville NY, W.S. Hein, 1991. L'ipotesi di emulare il modello degli Stati Uniti, anche con riferimento alla limitazione del tempo concesso per gli *oral argument*, è discusso in M. ZANDER, *The Law-Making Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 452-53.

⁹ Nel caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS*, [1985] 3 All ER 402, la House of Lords dovette giudicare sulla liceità di consigli sui metodi contraccettivi da parte dei medici a minorenni sedicenni. La ricorrente aveva impugnato una circolare del *Department of Health and Social Security* che autorizzava i medici in alcune circostanze. Durante il processo, poiché nessuno figurava a rappresentare gli interessi e i diritti delle minorenni sedicenni, il *Children's Legal Centre* chiese di poter presentare una memoria scritta e poi di intervenire con un *oral argument*, ma la House of Lords non lo ammise. Da allora, però, e gradualmente, le corti inglesi hanno accolto con maggior favore e frequenza le richieste degli *amici curiae*. Nondimeno, non è solo nel numero che sono mutati, ma anche nel tenore del loro intervento: 'from invitation by court, to application to the court; from official or statutory body, to lobbying group, commercial organisation or professional body; and from ostensibly neutral submissions, to rather more partisan argument' (S. HANNETT, *Third Party Intervention: In the Public Interest*, in *Public Law*, 2003, p. 128).

¹⁰ M. ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., p. 457. A chi, a proposito dell'accresciuto interventismo del potere giudiziario innescato dallo *Human Rights Act 1998*, ha scritto che 'an expansive intervention regime shifts the courts towards a legislative function, by allowing intervention to operate as one of several tactics in a campaign strategy and by permitting political battles lost elsewhere to be revisited' (S. HANNETT, *Third Party Intervention: In the Public Interest*, cit., p. 129), è seguita la replica per cui '(t)he Human Rights Act has changed the legal landscape, or to be more precise has introduced an explicit and broader dimension of rights adjudication to supplement the time-honoured role of the judiciary under the common law in making decisions as to the scope of fundamental rights. In carrying out this enhanced role, the judiciary have inevitably to adopt a more complex and contextually sensitive approach than hitherto, as suggested by Lord Steyn in *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department*. None of this makes the judicial process more "political" than it has been hitherto: the task of the court remains to address the issue at stake through the legal framework within

Sono due le figure richiamate dalla definizione di *amicus curiae* per come si sia manifestato nella storia: una è quella che interviene nel processo per un interesse generale di collaborazione con i giudici nel perseguimento di un fine superiore di giustizia - e, in queste circostanze, è la corte stessa a conferirgli un incarico peritale. La seconda è del tutto estranea alle ragioni della controversia e interviene, sempre con un intento di collaborazione, ma *spontaneamente*, allo scopo di offrire informazioni sconosciute alla corte - come, per esempio, la morte dell'imputato *in absentia* - o di disseppellire precedenti che il giudice non conosca, in una funzione di cosiddetto *oral Shepardizing*¹¹ o, ancora, di segnalare errori manifesti¹². In un caso piuttosto estremo, è documentato che Sir George Treby, membro del Parlamento, informò la corte di aver partecipato al voto di approvazione della *Statute of Frauds and Perjuries*, il cui significato era oggetto di contestazione, e di poter procurare le delucidazioni necessarie a una sua più corretta interpretazione in linea con le intenzioni originali del legislatore¹³.

Nel primo caso, dunque, l'*amicus* incaricato dal giudice *rassomiglia* - ma non è dato sapere se si tratti di una risonanza voluta o solo incidentale¹⁴ - al *consiliarius* romano che, sin dall'età arcaica e per tutta la Repubblica e l'Impero, veniva coinvolto dal magistrato nel processo al fine di esprimere le proprie valutazioni, sempre nel rispetto dei principi del diritto, per agevolare il giudizio sulla lite¹⁵. Il secondo tipo, invece, che, diversamente dal primo, non risponde a un'idea astratta della giustizia ma a esigenze di giustizia individuali, è quello che prese piede nell'Inghilterra medievale¹⁶, progenitore dell'istituto in forza presso molte delle giurisdizioni anglosassoni contemporanee.

which they operate, informed by a full contextual understanding which may only be possible if third party intervention has occurred' (M. ARSHI and C. O'CINNEIDE, *Third party interventions: the public interest re-affirmed*, in *Public Law*, 2004, p. 76).

¹¹ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *72 Yale Law Journal* 694 (1962), p. 695.

¹² A questo proposito, gli *Yearbooks* riportano molti interventi di questo genere, non solo per dar voce a minori, ma per evidenziare errori manifesti o menzionare leggi in vigore sul punto in questione. Si veda *The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (1656) (errore manifesto); *Falmouth v. Strode*, 11 Mod. 137, 88 Eng. Rep. 949 (Q.B. 1707) (notizia della morte di una delle parti); *Beard v. Travers*, 1 Vesey Sen. 313, 27 Eng. Rep. 1052 (Ch. 1749) (intervento a nome di alcuni bambini coinvolti nel processo); *The Prince's Case*, 8 Coke 1, 29a, 77 Eng. Rep. 481, 516 (1606) (richiamando l'attenzione della corte a una legge in vigore).

¹³ *Horton & Ruesby*, Comb. 33,90 Eng. Rep. 326 (K-B. 1686).

¹⁴ Si veda G. CRISCIUOLI, *Amicus Curiae*, in *Enc. giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.

¹⁵ Ma sulle difficoltà a risalire a tracce documentate sull'*amicus curiae*, si veda S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, cit., 363: 'The central difficulty in pointing to the Roman law as the source of the *amicus curiae* is that that term does not appear in Roman scripts or writings in reference to jurists who had performed that function since the third or fourth century. There are constant references to offices of the amici, *consilarii*, *iurisconsulti* or *iurisprudentes*, *ius publice respondendi* and *ministrator* but not to an *amicus curiae*. This does not necessarily indicate that the institution did not exist in Roman times, as explicit evidence of even renowned Roman institutions is often unavailable in Roman scripts'.

¹⁶ Allora, poiché i procedimenti giudiziari erano condotti nella pubblica piazza, chiunque assistesse poteva intervenire per condividere con la corte fatti e notizie rilevanti. Si veda M. K. LOWMAN, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?*, in *41 Am. U. L. Rev.* 1243 (1992).

In generale, comunque, l'*amicus curiae* che si è imposto alle origini nel Regno Unito per poi trapiantarsi in altri contesti giuridici, ma non nel resto d'Europa¹⁷, sarebbe una figura priva di interessi personali in ordine alla controversia in cui spontaneamente decide di intervenire, ma ispirata all'avvaloramento della giustizia in quel caso particolare - una nozione di giustizia che si riferisce alle parti coinvolte nel processo e alla loro lite e non a una sua concezione teorica. Si andò affermando oltremarina proprio in questa forma - ai tempi della nascita ed evoluzione della *common law* a partire dalla seconda metà del Quindicesimo secolo - per supplire alla mancanza di un diritto all'assistenza legale¹⁸ dell'imputato di un reato contro la Corona e consentire anche a soggetti estranei al mondo forense di produrre notizie in giudizio in suo favore al fine di scongiurare eventuali errori giudiziari e il conseguente disonore della corte¹⁹.

Non è rimasta traccia, ai nostri giorni, delle origini dell'*amicus curiae*, così come delle ragioni e occasioni della sua introduzione nel sistema giuridico inglese²⁰. Né ci è dato conoscere in che misura il *consiliarius* romano e l'assenza di patrocinio legale nei procedimenti penali abbiano potuto combinarsi a dare forma a questo istituto nella sua fisionomia moderna. Entrambi questi precedenti, tuttavia, che forse l'*amicus curiae* ha finito in qualche modo per inglobare, sono stati più recentemente assorbiti rispettivamente dalla istituzione dei *law clerk* in aiuto dei giudici per gli approfondimenti giuridici e dalle garanzie costituzionali ai diritti dell'imputato. Ciò malgrado, la ragion d'essere dell'*amicus* non viene meno in quanto '(t)he court's attention should be drawn to obvious error or facts that the parties have failed to present due to ineptitude or self-interest. In so doing, the amicus curiae may prove a true friend of the Court'²¹.

Non c'è dubbio, allora, che, a dispetto delle molte pagine in ombra nella storia di questo istituto e di più di una ambiguità mai dissipata, una cruciale caratteristica dell'*amicus curiae* di stirpe inglese sia essere al servizio della corte e non delle parti - *friend of the court* e

¹⁷ Con la possibile eccezione della Francia, dove è previsto dal *Code de procédure civile*, e dell'Africa francofona, dove se ne è avuta qualche traccia: si veda E. ANGELL, *The Amicus Curiae - American Development of English Institutions*, 16 *International Constitutional Law Quarterly* 1017 (1967), p. 1017, nt. 3.

¹⁸ Sul nesso fra assenza di diritto alla difesa e l'istituto dell'*amicus curiae* si veda F. M. COVEY, Jr., *Amicus Curiae: Friend of the Court*, in 9 *DePaul L. Rev.* 30 (1959), pp. 34-35. Prova ne sarebbe che la sola menzione della pratica dell'*amicus* compare nella sezione dedicata alla 'Criminal Law' degli *Institutes* di Coke.

¹⁹ 'It is for the honor of a court of justice to avoid error [...]. Barbarism will be introduced, if it be not admitted to inform the court of such gross and apparent errors in offices': così *The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (Ex. 1656).

²⁰ Un tentativo di ricostruire le più plausibili e accreditate ipotesi sulla genesi dell'*amicus curiae* proprio nell'ordinamento inglese di *common law* è quello di S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, in 2 *Singapore Journal of Legal Studies* 352 (2010), pp. 357-60. La prima ipotesi suppone che lo stesso diritto intrinseco alla corte di chiedere assistenza abbia generato e costruito la prassi dell'*amicus*. La seconda, definita *the bystander (o intervening Good-Samaritan) theory*, si riferisce ai tempi in cui, in difetto di patrocinio legale, un imputato poteva essere accompagnato dai suoi conoscenti, come testimoniato da Coke nei suoi *Institutes*. Ma che un amico intervenisse spontaneamente a difesa dell'imputato non deve essere capitato tanto di frequente al punto da avviare la pratica degli *amici curiae* (così J. BELLHOUSE e A. LAVERS, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?*, cit.). La terza riguarda la difesa dell'onore della corte mediante la correzione dei possibili errori. La quarta è chiamata *oral 'shepardizing'*, vale a dire la rassegna dei precedenti che la corte ignora o ha trascurato di considerare. Infine, la quinta e ultima propone la teoria secondo cui l'introduzione dell'*amicus curiae* serviva per ovviare ai limiti del sistema accusatorio

²¹ F. M. CONVEY, Jr., *Amicus Curiae: Friend of the Court*, cit., p. 37.

non *to the court*. D'altra parte, quando ancora oggi un *Advocate of the Court*²² - ossia un consulente come quello ammesso nel drammatico caso delle gemelline siamesi Gracie e Rosie Attard²³ - venga convocato per affiancare una corte inglese, egli dovrebbe agire in modo del tutto imparziale, giacché sarebbe incaricato di assistere la corte e non le parti²⁴.

Così come nei secoli non è cambiata da parte della corte la prassi di ammettere l'*amicus curiae*, pur non configurandosi l'ammissione come un diritto dell'*amicus* a comparire, nel tempo non è mutata neppure la sua ragion d'essere come istituto atto a preservare l'onore della corte nella amministrazione ordinaria della giustizia, come pure ad agevolare l'evoluzione razionale della legge 'as a safeguard against judicial arbitrariness and for the preservation of free government'²⁵. Quel che i giudici inglesi non hanno invece saputo elaborare è una definizione dell'istituto e del suo spazio di intervento, con il che è rimasta alta la discrezionalità delle corti ad ammettere le memorie così come la flessibilità dell'istituto stesso ad adattarsi alle circostanze e agli attori più svariati²⁶.

Ma è indubitabilmente negli Stati Uniti che l'*amicus curiae* conosce la sua più felice affermazione con tutt'altro sviluppo. Dal punto di vista numerico, gli interventi degli *amici curiae* si sono prodigiosamente moltiplicati nei decenni fra la fine degli anni Quaranta e gli anni Sessanta del secolo scorso: a voler guardare qualche statistica, nell'anno 1948-49, alla Corte Suprema federale vennero depositate settantacinque memorie di *amici curiae* per cinquantasette questioni pendenti. Le decisioni della Corte, le opinioni concorrenti e dissidenti furono quell'anno settantasei in tutto: in undici casi, comparvero ventiquattro *amici curiae*, talvolta anche più di due per sentenza. Nell'anno giudiziario 1963-64, in cinquantanove pronunce su centoquarantuno si costituirono settantacinque *amici curiae* provenienti dai vari livelli di governo (federale, statale, di contea, municipale e da agenzie amministrative) e da organizzazioni non governative (ONG). Infine, nell'anno 1964-65, le sentenze furono quaran-

²² Le *2001 Guidelines* escludono che le corti possano nominare un *Advocate of the Court* 'where a point of law was being argued affecting a government department which is not represented (the court could ask the Attorney to make arrangements for the department to be represented); where the Attorney-General believed that the public interest required him to intervene as a party (the court could give the Attorney the right to intervene); where the court believed that a litigant in person should get free (pro bono) representation to argue a point of law (the court could give the defendant an adjournment to permit him to seek such representation); where in a criminal trial the defendant was unrepresented, the prosecutor's duty as "a minister of justice" was to assist the court with all questions of law (it would be surplusage to appoint an Advocate to the court to perform the same role)' (LORD GOLDSMITH, *Friend of the court*, cit., p. 31).

²³ *Re A (conjoined twins)* [2001] 2 WLR 480. Le bambine erano nate unite all'altezza dell'addome. Una arteria di Gracie irrigava il sistema circolatorio di Rosie, già molto fragile e compromessa. Un intervento chirurgico per separarle avrebbe permesso a Gracie di sopravvivere con una probabilità oltre il 90 per cento, ma avrebbe condotto Rosie alla morte. D'altra parte, senza intervenire chirurgicamente Gracie non avrebbe retto se non per qualche mese, conducendo entrambe alla morte entro i sei mesi d'età.

²⁴ M. ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., p. 454.

²⁵ E. R. BECKWITH e R. SOBERNHEIM, *Amicus Curiae - Minister of Justice*, cit., p. 38.

²⁶ S. KRISOLV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, in 72 *Yale L.J.* 694 (1963), p. 695. Fra i casi *in extremis*, si ricorda *Ex parte Lloyd*, riportato in *Ex parte Elysee*, Monte 69,70 n.a. (Ch. 1830), in cui un avvocato aveva accettato in tempi diversi di patrocinare entrambe le parti. In giudizio, egli si trovò nel bel mezzo di questa incompatibilità senza sapere come risolverla. Il *Lord Chancellor* non aveva alcun potere di suggerire all'avvocato come cavarsi d'impaccio ma, qualificandosi come *amicus curiae*, poté consigliarlo su come procedere (*ivi*).

tasette e gli *amici curiae* cento²⁷. Ancora più indicativo è che l'85 per cento delle cause discusse davanti alla Corte Suprema fino alla fine del Ventesimo secolo abbia ricevuto una memoria da almeno un *amicus curiae* e fra il 1946 e il 2001 le memorie depositate sono state oltre quindicimila a fronte di poco meno di quattromila casi²⁸. Ormai, il 98 per cento dei casi della Corte Suprema è accompagnato da *amici curiae*²⁹: nel 1996 era ancora il 90; nel 1981 il 71; nel 1996 solo il 35³⁰.

Ma è sotto il profilo degli scopi e dell'utilità degli *amici curiae* che la prassi statunitense si è distanziata di più dai precedenti inglesi, tracciando la via per una declinazione del tutto inedita dell'istituto: infatti, se, storicamente, l'*amicus curiae* assisteva la corte fornendo informazioni utili a evitare errori nel giudizio, indifferente alle parti e alle loro rivendicazioni, è andata via via consolidandosi negli Stati Uniti l'idea per cui egli agisca *per influenzare l'esito della decisione*. E che questa torsione sia avvenuta in specie nel Secondo dopoguerra fa il paio con l'attività di *lobbying* al Congresso che prese l'abbrivio nel mezzo delle difficoltà della ripresa economica post-bellica e della politica internazionale, quando un budget federale astronomico attrasse nella capitale migliaia di lobbisti in rappresentanza di potenti organizzazioni e di altrettanto ingenti mezzi. 'The Supreme Court has not been immune. The lobbying device available for use before their Court is the brief amicus'³¹.

Il passaggio dal modello tradizionale dell'attore neutrale al servizio della giustizia all'accezione moderna di militante partigiano di un interesse coinvolto nella controversia caratterizza peculiarmente quanto accaduto all'*amicus curiae* negli Stati Uniti. In altri ordinamenti, in particolare in quelli del Commonwealth³², l'istituto ha invece conservato la purezza del modello antico. Nel tempo, l'*amicus curiae* ha messo radici in Sudafrica, Sri Lanka e Indonesia; in Francia e Quebec, in Louisiana e nell'Africa francofona; e, ancora, in Spagna, Texas, America latina e nelle Filippine³³, lambendo altresì le coste del Giappone e della Turchia, senza tralasciare la Cina³⁴. Per non parlare delle corti internazionali (in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte inter-americana dei diritti dell'uomo,

²⁷ E. ANGELL, *The Amicus Curiae American Development of English Institutions*, cit., pp. 1027-28.

²⁸ P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 48.

²⁹ A. ORR LARSEN e N. DEVINS, *The Amicus Machine*, in 102 *Va. L. Rev.* 1901 (2016).

³⁰ A. WOHL, *Friends with Agenda. Amicus Curiae Briefs May Be More Popular than Persuasive*, in 82 *A.B.A.J.* 46 (1996).

³¹ F. V. HARPER e E. D. ETHERINGTON, *Lobbyists before the Court*, in 101 *U.Pa.L.R.* 1172 (1953), p. 1172.

³² Per i Paesi africani del Commonwealth, è il Sudafrica l'esempio a cui guardare. Così O. JONAS, *The Participation of the Amici Curiae Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa: A Tale of Two Jurisdictions*, in 59 *J. Far. L.* 329 (2005) per espandere la pratica dell'*amicus curiae* come 'vindicator of rights for the politically powerless and marginalized' e J. C. MUBANGIZI e C. MBAZIRA, *Constructing the Amici Curiae Procedure in Human Rights Litigation. What Can Uganda Learn From South Africa*, in 16 *Law Democracy & Dev.* 199 (2012). Già prima dell'entrata in vigore della costituzione post-apartheid, il modello sudafricano di *amicus curiae* era definito 'versatile' e che 'fulfills a wide range of diverse and important functions' (C. MURRAY, *Litigating in the Public Interest: Intervention and the Amici Curiae*, in *South African J. Human Rights* 240 (1994)).

³³ A.D.E. LEWIS e D.J. IBBERTSON (a cura di), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 7.

³⁴ *Ibid.*, p. 14.

l'Organizzazione internazionale del commercio e la Corte penale internazionale³⁵), in cui ha preso piede senza difficoltà³⁶. L'universalità della sua diffusione e sopravvivenza, in una forma o l'altra, è proprio la prova più plastica della sua elevata adattabilità. 'It has meant, since leaving Roman hands, different things to different people but the title has, rather remarkably, endured'³⁷. Eppure, la stessa flessibilità che ne ha decretato così sconfinata fortuna è anche motivo della nebulosità della nozione giuridica, definita 'unhelpful', 'imprecise' e 'deceptively simple'³⁸. Non a caso, proprio a seguito della mutazione *politica* del suo ruolo rispetto al canone classico neutrale, nel Regno Unito l'*amicus curiae* è stato ribattezzato *Advocate of the Court*, come concordato in un memorandum congiunto firmato il 19 dicembre 2001 dall'Attorney-General Lord Goldsmith e dal Chief Justice of England and Wales Lord Woolf in considerazione del fatto che 'the line between the role of an amicus and the intervener has not always been drawn too clearly'³⁹.

³⁵ L'unica Corte che ha introdotto una disposizione piuttosto restrittiva in tema di *amicus curiae* è la Corte internazionale di giustizia (ICJ). L'Articolo 34 del suo statuto limita l'accesso come *amici* solo alle organizzazioni internazionali pubbliche e agli Stati. Nel 2004, la ICJ ha adottato la *Practice Direction XII*, che regola la partecipazione anche di ONG internazionali. Analogo approccio restrittivo riguarda anche il Tribunale internazionale per il diritto del mare (ITLOS) che, tuttavia, consente l'accesso anche a organizzazioni internazionali ibride, come la International Union for the Conservation of Nature. Si veda A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, in 26 *EJIL* 851 (2015), p. 862.

³⁶ Si veda D. B. HOLLIS, *Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty*, in 25 *B.C. Int'l. & Comp. L.* 235 (2002), Dinah Shelton, *The Participation of Non-governmental Organisations in International Judicial Proceedings*, in 88 *Am. J. Int'l L.* 611 (1994), E. LEVINE, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, in 29 *Berkeley Journal of International Law* 200 (2011) e A. DOLIDZE, *The Arctic Sunrise and NGOs in International Judicial Proceedings*, in *ASIL Insights*, 3 gennaio 2014, tratto da www.asil.org/insights/volume/18/issue/1/arctic-sunrise-and-ngos-international-judicial-proceedings.

³⁷ S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, cit., p. 360.

³⁸ J. BELLHOUSE & A. LAVERS, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?* in 23 *C.J.Q.* 187 (2004). E, anche estendendo lo sguardo ad altri ordinamenti di *common law*, è difficile addivenire a un'eccezione unanime ed esaustiva: in Australia, l'*amicus curiae* è un *legal practitioner* qualificato ad assistere la corte (*In the marriage of PW and CA Rogers and Fernandez* [1988] 12 *Fam. L.R.* 467 (Family Court of Australia)); in Canada, è un passante che informa il giudice di una questione di diritto (*Grice v. R* [1957] 11 *D.L.R.* (2d) 699 (Ont. S.C.)) o un avvocato neutrale che assiste la corte su sua stessa richiesta (*R. v. Lee* [1998] 125 *C.C.C.* (3d) 363 (N.W.T. S.C.)); in Inghilterra, il ruolo dell'*amicus curiae* è di aiutare la corte a presentare la legge in modo imparziale (*Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.* [1968] 2 *Q.B.* 229 at 266 (C.A.)); a Hong Kong, si dice difficile accettare l'intervento di un *amicus curiae* senza che sia stato invitato a comparire (*Hong Kong v. David Ma Wai-kwan* [1997] 2 *Hong Kong Cases* 315 at 359 (C.A.)) e così anche in Malaysia (*Re Application by Hamid bin Hassan; Hamid bin Hassan v. Returning Officer, Karak* [1979] 2 *M.L.J.* 183 e *Tai Choi Yu v. Ian Chin Hon Chong* [2002] 5 *M.L.J.* 518 (H.C.)), dove un consulente del *Disciplinary Board of the Bar Association* viene invitato per giungere a una decisione giusta secondo l'interesse pubblico (*Nadarajan s/o Verayan v. Hong Tuan Teck* [2007] 7 *M.L.J.* 640 (H.C.)); in Sudafrica, l'*amicus curiae* non è coinvolto nella gestione del caso (*Grinshaw v. Mica Mines Ltd.* [1912] *Transvaal Provincial Division Decisions* 450 e *Connock's Motor Co. Ltd. (SA) v. Pretorius* [1939] *Transvaal Provincial Division Decisions* 355) e, infine, negli Stati Uniti, dove l'*amicus curiae* è detto che interviene nel corso del procedimento per assistere la corte con delle informazioni (*Village of North Atlanta v. Cook*, 133 *S.E.2d* 585, 219 *Georgia Reports* 316 (Sup. Ct. 1963) e mai contro un imputato (*State v. Finley*, 242 *Minn.* 288, 294, 295, 64 *N.W. 2d* 769 (1954)), ma anche che è un individuo o gruppo che, previa autorizzazione della corte, presenta una memoria con l'intenzione di influenzare la corte (*Airlines v. Wolens*, 513 *U.S.* 219 (1995)).

³⁹ LORD GOLDSMITH, *Advocate to the Court*, in 32 *Family Law* 228 (2002). A questo proposito, a titolo di esempio è utile ricordare che, presso alcune corti federali di distretto statunitensi, l'*amicus* è ammesso a intervenire in dibattimento, può esaminare i testimoni, introdurre prove e anche far applicare precedenti ordinanze della corte (M.K. LOWMAN, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*, in 41 *Am.U.L.Rev.* 1243 (1992), p. 1246).

Ma l'approssimazione del concetto giuridico è solo un versante del problema, giacché esiste un'altra prospettiva da cui considerare l'istituto dell'*amicus curiae* e, cioè, quella del profilo dei soggetti che chiedano di intervenire. Una certa iconografia - ispirata soprattutto alle battaglie condotte da organizzazioni non governative (ONG) circunfuse di un'aura eroica come la NAACP⁴⁰ e la ACLU⁴¹ per la desegregazione razziale negli Stati Uniti e l'emancipazione degli afro-americani - ha tramandato l'immagine dell'*amicus curiae* come quella di un Davide in lotta contro Golia. Ma, allo stato attuale, si tratta di un romantico *understatement*: per cominciare, lo è da un punto di vista quantitativo, dal momento che, negli ultimi decenni, il numero delle ONG è lievitato vertiginosamente⁴² per diverse cause⁴³. In secondo luogo, per la potenza politica di cui sono diventate capaci le organizzazioni non go-

⁴⁰ La *National Association for the Advancement of Colored People* venne fondata a Baltimora il 12 febbraio 1909, anniversario della nascita di Abraham Lincoln, in supporto della (invece di aiuto alla) popolazione afro-americana. Lo statuto descrive così le finalità dell'associazione: 'To promote equality of rights and to eradicate caste or race prejudice among the citizens of the United States; to advance the interest of colored citizens; to secure for them impartial suffrage; and to increase their opportunities for securing justice in the courts, education for the children, employment according to their ability and complete equality before law'. La NAACP, che dal 1938 è stata guidata dal giovane avvocato Thurgood Marshall, futuro giudice della Corte Suprema, primo afro-americano elevato a una tale carica, è intervenuta in qualità di *amicus curiae* nei più importanti casi relativi alla desegregazione razziale e la promozione dei diritti della popolazione di colore.

⁴¹ La *American Civil Liberties Union* è stata fondata nel 1920 con il nome di *Civil Liberties Bureau* e fu *amicus curiae*, fra i molti altri, nel caso *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)) e in *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)). È stata anche la prima associazione non governativa a chiedere l'*impeachment* contro il Presidente Richard Nixon.

⁴² Difficile una rassegna accurata dei numeri delle ONG, ma è documentato che negli Stati Uniti siano passate da 793 000 nel 1982 a 1 478 000 nel 2006 (Urban Institute National Center for Charitable Statistics, *Number of Nonprofit Organizations in the US, 1996-2006*, 2006 <http://nccsdataweb.urban.org/PubApps/profile1.php?state=US>). In Germania, nel quinquennio successivo alla riunificazione, sono aumentate da 286 000 a 450 000 (H. K. ANHEIER, e W. SEIBEL, *The Non profit Sector in Germany*, Manchester, Manchester University Press, 2001), per poi arrivare a 570 000 nel 2008 (Vereinsstatistik, *Survey of the Research Institute of Sociology at Cologne University in Cooperation with V&M Service*, 2008 <http://www.registeronline.de/vereinsstatistik/2008/>). In India sono più di un milione (R. SOORYAMOORTHY e K. D. GANGRADE, *NGOs in India: A Cross Sectional Study*. Westport, Greenwood Press, 2001), in Russia 359 000 (Anna Skvortsova, *NGOs in Russia. Information and Analyses Center for Social and Health NGOs*, 2006, in http://www.hse.fi/NR/rdonlyres/D40BF349--2AE2--4CF1--B75F--0B5898755AE5/6104/PresentationAS2_102007Skvortsova.pdf), in Canada 161 000 (Statistics Canada, *Cornerstones of Community: Highlights of the National Survey of Nonprofit and Voluntary Organizations*, Ottawa, 2005 <http://www.ccss.jhu.edu/index.php?section=content&view=16&sub=91&tri=93>), in Polonia 55 000 (S. GARSZTECH, *Zivilgesellschaft in Polen*, in *Polen News* <http://www.polen-news.de/puw/puw-83-07.html>). Anche dal punto di vista della forza lavoro impiegata nel settore del non-profit, i dati sono ragguardevoli: in Olanda il 14,4%, in Canada l'11,1%, negli Stati Uniti il 9,8% e in Germania il 5,9% (S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 13).

⁴³ Oltre alle variabili epocali che caratterizzano lo scenario mondiale, hanno pesato anche alcuni fattori specifici, come la decentralizzazione e la liberalizzazione economica in India (N. CHANDHOKE, *The Conceits of Civil Society*, New York, Oxford University Press, 2003), l'espansione dello Stato in Francia (J. D. LEVY, *Tocqueville's Revenge: State, Society, and Economy in Contemporary France*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999 e P. ROSANVALLON, *The Demands of Liberty: Civil Society in France since the Revolution*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007), la liberalizzazione politica e le sovvenzioni internazionali in Russia (M. P. MAXWELL, *NGOs in Russia: Is the Recent Russian NGO Legislation the End of Civil Society in Russia?*, in 15 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 235 (2006) e S. AKSARTOVA, *Promoting Civil Society or Diffusing NGOs? U.S. Donors in the Former Soviet Union*, in D. C. HAMMACK e S. HEYDEMANN (a cura di), *Globalization, Philanthropy, and Civil Society: Projecting Institutional Logics Abroad*, Bloomington, Indiana University Press, 2009).

vernative con il fenomeno della *ONGizzazione della società*⁴⁴. Ma, fatto ancor più importante, per il loro raggio d'azione internazionale, per cui la pronuncia di una corte che abbia in qualche modo fatto sue le ragioni di un *amicus curiae* può circolare e potenzialmente imprimere un'influenza ben oltre i confini di quell'ordinamento attraverso la *cross-fertilization* fra corti⁴⁵.

In forza di questi fenomeni, l'*amicus curiae* ha perso i tratti del modello classico, quale soggetto nominato dalla corte per una posizione onoraria e imparziale, e ha, invece, acquisito le caratteristiche di un modello *politico*. Del servizio alla giustizia e al prestigio della corte rimane sempre meno, mentre a prendere il sopravvento è la militanza per una causa, un sistema di interessi, una categoria. La *amicus friendship*, insomma, ha ceduto il passo alla *amicus advocacy*. Ora, le questioni che approdano al giudizio delle Corti spesso abbracciano una complessità che è troppo inverosimile raccostare a un rarefatto, distante empireo privo di contatti con le società moderne. I giudici, dunque, possono avvertire, più che in altri tempi, la necessità di conoscere fatti, di acquisire informazioni, di entrare in contatto con il pluralismo e la varietà delle comunità in cui operano. Pur tuttavia, se la voce degli *amici curiae* esprime le ragioni di una parte o promuove l'agenda di un gruppo di interessi - se è una voce militante e politica *lato sensu* -, quale beneficio ne potrà derivare alla qualità della giurisprudenza? In questo stato di cose, può, allora, l'*amicus curiae* essere ancora visto come un 'amico della corte'?

2. L'*amicus curiae* nella esperienza degli Stati Uniti: 'friends of the Court' or 'friends of the party'?

È del tutto fuor di dubbio che, quanto alla pratica degli *amici curiae* in senso moderno, gli Stati Uniti siano l'ordinamento più vistoso ed eloquente, nonché l'esperienza in cui sia andato attecchendo un modello di *amicus curiae* eterodosso rispetto alla convenzione classica che, presso le corti americane, avrebbe cessato di manifestarsi già negli anni Venti dell'Ottocento⁴⁶. Basti guardare alla mole colossale di *brief* depositata ogni anno davanti alla Corte Suprema: come già detto, se sono in media settantacinque le pronunce della Corte, le memorie degli *amici curiae* superano le novecento⁴⁷. Non è raro che un solo caso ne attragga più di trenta e che quelli più controversi arrivino addirittura alle tre cifre⁴⁸. Dal che deriva

⁴⁴ S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 60 ss.

⁴⁵ A. DOLIZDE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, cit.

⁴⁶ S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, in 20 *Const. Commentary* 111 (2003).

⁴⁷ A. J. FRANZE e R. REEVES ANDERSON, *The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-13 Term*, in *Nat'l L.J.* settembre 2013 (<https://perma.cc/4QLR/U958>).

⁴⁸ A. J. FRANZE e R. REEVES ANDERSON, *The Unusual Term. Big Year for Amicus Curiae at the Supreme Court*, in *Nat'l L.J.* settembre 2016 (<https://perma.cc/5L98-UWVK>).

un'ipertrofia informativa che travolge i giudici, una valanga largamente ripetitiva nella quale è difficile per gli assistenti dei giudici⁴⁹ distinguere il grano dal loglio⁵⁰.

Storicamente, l'istituto dell'*amicus curiae* attraversa l'Atlantico con i volumi degli *Institutes* di Coke portati dai primi giuristi sbarcati sulle coste orientali, ma tarda a comparire nella pratica, malgrado il problema della mancata rappresentanza in giudizio di interessi pubblici indirettamente collegati alla controversia, largamente avvertito specie da quando, nel sistema federale, gli interessi statali e quelli nazionali potevano trovarsi in contrasto anche in occasione di liti fra privati.

Se ne diede il caso già con *Greene v. Biddle*⁵¹, in cui la lite fra due privati per il possesso della terra lasciava fuori sia lo Stato della Virginia, che aveva alienato quegli appezzamenti al governo federale, sia lo Stato del Kentucky, nel cui territorio essi erano confluiti. E proprio per dar voce a quegli interessi pubblici privi di rappresentanza, smascherando una collusione fra le parti, venne ammesso a parlare per lo Stato del Kentucky il senatore della Carolina del Sud e avvocato Henry Clay come primo caso di *amicus curiae*⁵² che, in questa versione, rispondeva ancora al modello medievale inglese, cioè quello che rivela ai giudici una informazione a tutela della buona amministrazione della giustizia e della loro onorabilità.

Nella seconda metà del Diciannovesimo secolo, saranno via via accolti *amici curiae* anche in rappresentanza di interessi privati, ma saranno comunque figure legate alla corte da un rapporto professionale. Per la prima volta nel 1919, invece, un *amicus curiae* intervenne a nome di una organizzazione⁵³, la *National Association of Distillers and Wholesale Dealers*, e già prima della fine degli anni Trenta si affermò l'identificazione dell'*amicus* con un gruppo di interesse: '(t)he amicus is no longer a neutral, amorphous embodiment of justice, but an active participant in the interest group struggle'⁵⁴.

Fu il Dipartimento della Giustizia, istituito nel 1871, a utilizzare per primo la via dell'*amicus curiae* come forma di *lobbying* con il suo Attorney-General Charles Bonaparte, che userà questo strumento in chiave inedita e progressista, a favore dei diritti degli afro-americani e con l'aspirazione di realizzare i cambiamenti sociali necessari⁵⁵. All'incirca in quegli stessi anni, anche gruppi di interesse privati cominciarono a muoversi così: fra i primi, si attiveranno alcune minoranze etniche⁵⁶, avvocati e banchieri⁵⁷, produttori e distributori di

⁴⁹ K. J. LYNCH, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, in 20 *J.L. & PoL.* 33 (2004).

⁵⁰ A.-A. P. BRUHL e A. FELDMAN, *Separating Amicus Wheat from Chaff*, in 106 *Geo. L.J. Online* 135 (2017).

⁵¹ 1 U.S. (8 Wheat.) 1 (1823).

⁵² S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief*, cit., pp. 700-701. Anche E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, cit., p. 1018.

⁵³ *Hamilton v. Kentucky Distill. Warehouse Co.*, 251 U.S. 146 (1919).

⁵⁴ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief*, cit., p. 703 (corsivi aggiunti).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 705. Si ricordano, fra quelle in cui il Dipartimento di Giustizia si costituì *amicus*, le pronunce *Employers Liability Cases* (207 U.S. 463 (1908)), *Bailey v. Alabama* (211 U.S. 452 (1908)) e *Buchanan v. Warley* (245 U.S. 60 (1917)).

⁵⁶ *Ah How (alias Louis Ah How) v. United States*, 193 U.S. 65 (1904), in cui comparve la Chinese Charitable and Benevolent Association di New York.

⁵⁷ *Hall v. Geiger-Jones Co.*, 242 U.S. 539 (1917).

liquori⁵⁸. Ma fu con l'avvento delle associazioni per i diritti civili che l'*amicus curiae* assurse alla sua massima popolarità⁵⁹.

All'esito di questa incessante evoluzione del ruolo⁶⁰, gli *amici* comparsi davanti alla Corte Suprema possono essere distinti in tre classi⁶¹: rappresentanti del governo, federale o statale, delle contee, municipalità e delle agenzie governative⁶²; organizzazioni private professionali e di categoria, datori di lavoro, sindacati, albi professionali⁶³; associazioni private, chiese, minoranze organizzate, *civic libertarian* e pacifisti⁶⁴. L'apertura a un novero così variegato di soggetti, però, finì fatalmente per tradursi in un abuso dell'istituto: i *brief* non erano, cioè, presentati solo da coloro che portassero interessi simili o identici a quelli delle parti convenute davanti alla Corte, ma divennero 'a vehicle for propaganda efforts'. Più che sul merito, infatti, l'enfasi insisteva sulla 'size and importance of the group represented'. Insomma, dopo il 1947 si moltiplicarono i segnali secondo cui il *brief* dell'*amicus curiae* era uno strumento usato per far sentire una pressione stragiudiziale sul processo, 'more decorous than but essentially similar to the picketing of courthouses that Congress has since banned'⁶⁵.

Anche per dar prova di un certo contrasto a una simile propaganda⁶⁶, nel 1949 venne approvato un emendamento all'Articolo 27(9) del Regolamento della Corte Suprema⁶⁷ allo scopo di introdurre alcune limitazioni fra cui, alla lettera (a), la necessità del consenso delle parti⁶⁸, in assenza del quale, in ogni caso, l'*amicus curiae* aveva la facoltà, contemplata alla lettera (c), di presentare una mozione direttamente alla Corte (*motion for leave to file*)⁶⁹. Era

⁵⁸ *Hamilton v. Kentucky Distill. Co.*, 251 U.S. 146 (1919).

⁵⁹ Note, *Private Attorneys-General: Group Action in the Fight for Civil Liberties*, in 58 *Yale L.J.* 574 (1949). È interessante notare che, nei casi di desegregazione, alcune corti federali di distretto e di circuito nominarono d'ufficio lo U.S. Attorney-General e lo U.S. Attorney quali *amici curiae* al fine di operare per il rafforzamento delle preve decisioni in materia. Così fu in *Aaron v. Cooper*, 163 F.Supp. 13, 16 (E.D. Ark. 1958) e in *Faubus v. United States*, 254 F.2d 797 (8th Cir. 1958) (così S. KRISOLV, *The Amicus Curiae Brief*, cit., p. 718).

⁶⁰ K. O'CONNOR e L. EPSTEIN, *Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation: An Appraisal of Hakman's 'Folklore'*, in 16 *Law & Society Rev.* 311 (1982).

⁶¹ Si veda E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, cit., p. 1019 ss.

⁶² Fra questi, i Solicitor-General e gli Attorney-General, federali e statali, nonché agenzie come la Securities and Exchange Commission (SEC).

⁶³ Come, per esempio, la Chamber of Commerce of the United States, la American Federation of Labor, la National Association of Broadcasters, l'American Bar Association.

⁶⁴ A titolo di esempio, la NAACP, la ACLU, l'American Jewish Congress, la Workers Defense League, il Catholic Council on Civil Liberties, la Federation of the Blind, la Navajo Tribe of Indians.

⁶⁵ F. B. WIENER, *The Supreme Court's New Rules*, in 68 *Harv. L. Rev.* 20 (1954), p. 80.

⁶⁶ P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, Oxford University Press, 2008, loc. 944.

⁶⁷ 338 U.S. 959 (1949).

⁶⁸ Ma il consenso non è necessario se a chiedere di intervenire sono l'Attorney-General degli Stati Uniti o di qualche Stato (F. M. COVEY, *Amicus Curiae: Friend of the Court*, cit., p. 37).

⁶⁹ 'Is is ordered that Paragraph 9 of Rule 27 of the Rules of this Court be, and it hereby is, amended to read as follows: "9. (a) - Brief of an amicus curiae in cases before the Court on the merits: A brief of an amicus curiae may be filed only after order of the Court or when accompanied by written consent of all parties to the case and presented promptly after announcement postponing or noting probable jurisdiction on appeal, granting certiorari, or pertinent action in a case upon the original docket.

(b) - Brief of an amicus curiae prior to consideration of jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari: A brief of an amicus curiae filed with consent of the parties, or motion, independent of the brief, for leave to

inteso che la politica non scritta della Corte fosse di negare l'accesso a quegli *amici* a cui le parti non avessero consentito⁷⁰.

Per parte sua, invece, il Solicitor-General prese l'abitudine di rifiutare meccanicamente qualsiasi *amicus*⁷¹, essendo incorso nel fraintendimento per cui alla Corte era chiesto di reagire con un automatico diniego. L'esito di questa politica, però, fu un aggravamento del lavoro della Corte, obbligata a scrutinare ogni memoria pervenuta. In reazione a tale eccesso, nel rigettare la costituzione di Joseph e Donald Steinberg come *amici* nel caso *Lee v. United States*⁷², il giudice Frankfurter redasse un *memorandum*⁷³, a cui aderì anche il giudice

file when consent is refused may be filed only if submitted a reasonable time prior to the consideration of a jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari. Such motions are not favored. Distribution to the Court under the applicable rules of a jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari and its consideration thereof will not be delayed pending the receipt of such brief or the filing of such motion.

(c) - Motion for leave to file: When consent to the filing of a brief of an *amicus curiae* is refused by a party to the case, a motion, independent of the brief, for leave to file may timely be presented to the Court. It shall concisely state the nature of the applicant's interest, set forth facts or questions of law that have not been, or reasons for believing that they will not adequately be, presented by the parties, and their relevancy to the disposition of the case. A party served with such motion may seasonably file in this Court an objection concisely stating the reasons for withholding consent.

(d) - Consent not required: Consent to the filing of a brief of an *amicus curiae* need not be had when the brief is presented for the United States sponsored by the Solicitor General; for any agency of the United States authorized by law to appear in its own behalf, sponsored by its appropriate legal representative; for a State sponsored by its Attorney General; or for a political subdivision of a State sponsored by the authorized law officer thereof.

(e) - Signature of a member of the bar of this Court and proof of service required: All briefs and/or motions filed under this Rule shall bear the signature of a member of the Bar of this Court, and shall be accompanied by proof of service on all parties to the case."

⁷⁰ P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, cit., loc. 944.

⁷¹ E, infatti, alcune associazioni che erano riuscite in molti casi a presentare i loro *brief* dopo la riforma del 1949 e la richiesta di consenso delle parti videro crollare verticalmente le opportunità di intervenire. Questo accadde, per esempio, all'American Jewish Congress che, dal 1947 fino all'entrata in vigore della Rule 27(9) novellata nel 1949, era stata ammessa in sette casi (*Oyama v. California*, 332 U.S. 633 (1948), *Bernstein v. Van Heygen Frères Société Anonyme*, 332 U.S. 772 (1947), *Bob-LoExcursion Co. v. Michigan*, 333 U.S.28 (1948), *Shelley v. Kramer*, 334 U.S. 1 (1948), *Takahashi v. Fish and Game Commission*, 334 U.S. 410 (1948), *Stainbeck v. Mo Hock Ke Lok Po*, 339 U.S. 368 (1950) e *Lawson v. United States*, 339 U.S. 934 (1950)), mentre dopo solo in due (*Doremus v. Board of Education*, 342 U.S. 429 (1952) e *Briggs v. Elliott*, 342 U.S. 350 (1952)). Sorte simile riguardò anche la American Civil Liberties Union (ACLU), la National Lawyers' Guild, l'American Jewish Committee. Sul punto, si veda F. V. HARPER e E. D. ETHERINGTON, *Lobbyists before the Court*, cit., pp. 1174-76. Ancora, se nel 1949 furono presentati 118 *brief* per 53 casi, nel 1950 le memorie furono settanta per 36 casi (S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief*, cit., p. 714).

⁷² 343 U.S. 924 (1952).

⁷³ The rule governing the filing of *amici* briefs clearly implies that such briefs should be allowed to come before the Court not merely on the Court's exercise of judgment in each case. On the contrary, it presupposes that the Court may have the aid of such briefs if the parties consent. For the Solicitor General to withhold consent automatically in order to enable this Court to determine for itself the propriety of each application is to throw upon the Court a responsibility that the Court has put upon all litigants, including the Government, preserving to itself the right to accept an *amicus* brief in any case where it seems unreasonable for the litigants to have withheld consent. If all litigants were to take the position of the Solicitor General, either no *amici* briefs (other than those that fall within the exceptions of Rule 27) would be allowed, or a fair sifting process for dealing with such applications would be nullified and an undue burden cast upon the Court. Neither alternative is conducive to the wise disposition of the Court's business. The practice of the Government amounts to an endeavor, I am bound to say, to transfer to the Court a responsibility that by the rule properly belongs to the Government. The circumstances of the application in this case illustrate the unfairness resulting from persisting in the Government's practice, in disregard of Rule 27'.

Black, per spiegare la frustrazione della Corte per un simile ingolfamento e stigmatizzare la scorrettezza del governo, in spregio all'articolo 27, da cui un indebito trasferimento di responsabilità.

Fortunatamente, a partire dall'estate 1952, il governo prese una piega più liberale⁷⁴, limitandosi a negare l'accoglimento delle memorie solo nelle circostanze di evidente propaganda o quelle che riguardavano sottogruppi di organizzazioni già rappresentate. In quello stesso anno, comunque, il Chief Justice Fred M. Vinson (e poi il suo successore Earl Warren) costituì una commissione formata dai giudici Reed, Frankfurter, Douglas e Jackson per addvenire a una revisione del Regolamento della Corte. Con la collaborazione dei rappresentanti dei procuratori generali, di alcuni professori di diritto e di un numero di eminenti avvocati, a cui si affiancò il Clerk of the Court, vennero varate diverse riforme⁷⁵, ma nulla di davvero sostanziale a riguardo degli *amici curiae*, se non che la *motion for leave to file* non potesse eccedere le cinque pagine di lunghezza⁷⁶.

Con queste nuove disposizioni, la Corte aprì a una partecipazione potenzialmente illimitata degli *amici curiae*, sintomo di una sincera fiducia dei giudici nella qualità dei *brief*, a dispetto dell'addizionale carico di lavoro e di documenti che ne derivasse. Fossero stati meno convinti di poterne trarre beneficio, sarebbe stato per loro di tutta convenienza pensare a un qualche correttivo per contenere l'uso di questo istituto⁷⁷.

La Corte tornerà più volte a emendare le regole sugli *amici curiae*: lo farà nel 1990, dopo aver ricevuto 78 *brief* per un solo caso sull'aborto⁷⁸, con la revisione dell'Articolo 37 del Regolamento allo scopo di ricordare alle parti che una memoria non propriamente inedita e rilevante 'simply burdens the staff and is not favoured'. Allarmata da alcune perplessità di ordine etico, poi, nel 1997 la Corte aggiungerà anche l'obbligo per gli *amici* di evidenziare l'eventuale collaborazione dei legali di una delle parti nella stesura del *brief* (contro la pratica dei *ghost writer*) e di documentare i contributi ricevuti a sostegno della memoria. L'ultima revisione risale al 2017, quando sono state apportate modifiche intese a semplificare il processo di presentazione delle memorie con l'autocertificazione del consenso delle parti⁷⁹.

Il radicamento e la proliferazione di *amici curiae* nella realtà degli Stati Uniti si spiega con almeno cinque motivi caratteristici di questo ordinamento e della sua cultura giuridica. In primo luogo, la natura accusatoria del processo, che non consente di rappresentare in giudizio interessi diversi da quelli delle parti in causa: la costituzione di un *amicus curiae* ovvia a

⁷⁴ E nel 1957 rilascerà lo *Statement of Policy and Practice Regarding Applications to the Solicitor General for Consent to File Amicus Curiae Briefs in the Supreme Court* per chiarire i criteri utili a conferire il consenso o il diniego agli *amici curiae*.

⁷⁵ 346 U.S. 951 (1954).

⁷⁶ Rule 44 (3).

⁷⁷ P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, cit., loc. 980-85.

⁷⁸ *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

⁷⁹ Secondo il commento del Clerk of the Court, '(i)n an effort to simplify the filing process, this change allows parties to reflect written consent in the body of an amicus curiae brief, rather than having to file letters of consent separately with the Court. In addition, just as party briefs on the merits will be submitted through the electronic filing system and need not be separately submitted electronically, see Rule 25.9, so too amicus curiae briefs need not be separately submitted electronically'.

questa lacuna, come abbiamo visto già dalle prime apparizioni di *amici* davanti alla Corte Suprema.

In secondo luogo, pesa il volume delle fonti del diritto statunitense e della letteratura giuridica: più di cento corti federali, diverse centinaia fra tutte quelle statali, leggi, regolamenti, oltre cento riviste solo degli albi delle professioni legali, per non parlare delle centinaia di riviste delle scuole di legge. Per qualsiasi giudice, compresi quelli della Corte Suprema, è molto difficile tener dietro a questa colossale mole plurisecolare e in continua evoluzione.

Non è per nulla ininfluente, poi, l'intreccio delle questioni e dei problemi generato dalla natura federale del sistema: *due process of law, unreasonable searches and seizures, equal protection of the laws, commerce among the several states* sono solo alcuni esempi di clausole costituzionali che caratterizzano la *living Constitution* statunitense sulla cui interpretazione è assai probabile che la Corte Suprema federale e la Corte Suprema del Mississippi, per esempio, non abbiano la stessa idea, così come sarebbe improbabile far coincidere l'interpretazione del 1897 e quella del 1965.

In aggiunta, va ricordata la pratica del *writ of certiorari*⁸⁰, ossia la facoltà in capo alla Corte Suprema di scegliere i casi da considerare e, conseguentemente, di ordinare alla corte inferiore di trasmetterle gli atti della causa per poterla rivedere. I dati resi noti dalla stessa Corte Suprema rivelano che, in media, su circa settemila *petition* provenienti dalle corti inferiori, solo fra i cento e i centocinquanta ricorsi vengono ammessi e, tipicamente, si tratta di casi che giungono da una Corte d'appello federale o da una Corte Suprema statale. Il *certiorari* significa dunque una decisione preliminare a quella eventuale di merito, per influenzare la quale il ruolo degli *amici curiae* non è per nulla secondario.

Infine, è da tenere in conto la moltiplicazione accelerata di organizzazioni non-profit private a promuovere le cause dei gruppi di interesse e le loro rivendicazioni, a cui si è già accennato. Dal 1950 al 1993, le ONG che lavorano nel campo dei diritti umani sono quintuplicate, ma sono rimaste comunque un quarto del totale. Quelle impegnate nel settore dei diritti delle donne sono rimaste invariate al 9 per cento nel corso dello stesso periodo, mentre le ONG transnazionali sulle tematiche ambientali sono passate da due nel 1953 (erano l'1,8% del totale) a novanta nel 1993 (raggiungendo il 14,3% del totale)⁸¹. Di fronte a una tale mobilitazione, le corti non possono rimanere reclusi in un Olimpo del tutto alieno al contesto sociale. E proprio da qui prendiamo le mosse per porre in rilievo quattro profili che possono aiutare a chiarire gli effetti successivi e collaterali di una tale diffusione di questo modello di *amicus curiae*.

⁸⁰ U. SOMMER, *Supreme Court Agenda Setting. Strategic Behavior during Agenda Setting*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, p. 17 ss.

⁸¹ Questi dati emergono da un raffronto fra lo *Yearbook of International Organizations 1953* e lo *Yearbook of International Organizations 1993*.

3. L'*amicus curiae* nell'era della ONGizzazione della società

La realtà statunitense propone una pratica di *amicus curiae* difficilmente comparabile con altre esperienze e, con altrettanta probabilità, incompatibile con i contesti giuridici diversi da quello nord-americano. Anziché, però, farne per questo un modello poco indicativo, esso è, piuttosto, il più eloquente, trattandosi di un laboratorio così vitale e prismatico da illuminare le più varie dinamiche che si dispiegano intorno a un utilizzo articolato di questo istituto.

Riprendiamo dalla quinta e ultima caratteristica illustrata nel precedente paragrafo, ossia la moltiplicazione del numero delle ONG, gruppi di interesse, studi legali, associazioni di categoria, comitati d'affari che si costituiscono quali *amici curiae* nella quasi totalità dei casi che arrivano oggi davanti alla Corte Suprema federale. Quale impatto sono in grado di esercitare sul lavoro dei giudici e sulla giurisprudenza americana? Come incidono sul ruolo che il potere giudiziario svolge all'interno della architettura istituzionale e nel dialogo fra le corti? In questo paragrafo, vorremmo ragionare su quattro questioni che, a partire dall'azione dei gruppi di interesse e delle ONG che figurano davanti alla Corte Suprema, proiettano il fenomeno degli *amici curiae* in uno spazio ulteriore rispetto al mero contenzioso in cui compaiono: in primo luogo, il fenomeno di *lobbying* che, mediante l'*amicus curiae*, riguarda le corti tanto quanto il potere legislativo ed esecutivo; in secondo luogo, il dissenso fra i giudici che sembra ingenerarsi proprio a causa dalla mole di informazioni e argomenti giuridici contrastanti prodotti dai *brief*; ancora, la natura *countermajoritarian* delle corti e il loro rapporto con le istituzioni *mainstream*; infine, il dialogo fra le corti o, altrimenti detto, la *cross-fertilization* fra le loro giurisprudenze.

Cominciamo da un esempio certamente apicale ma assai istruttivo della capacità di penetrazione degli argomenti promossi dagli *amici curiae* nelle pronunce della Corte Suprema, vale a dire quella vicenda che, avvenuta fra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, portò alla elaborazione della nozione costituzionale di *privacy* derivata da una interpretazione sostanziale della *due process clause* del Quattordicesimo emendamento - quella che, per intenderci, emerse per la prima volta in ordine alla circolazione dei metodi contraccettivi negli Stati Uniti⁸², per quanto richiamando alcuni lontani precedenti⁸³, che si proiettò poi fino alle storiche sentenze sull'aborto⁸⁴ e che venne infine invocata, non sempre con la fortuna auspicata, in occasione delle decisioni sulla legalizzazione dei matrimoni interrazziali⁸⁵, sulla libertà sessuale degli omosessuali⁸⁶ e sul suicidio medico-assistito⁸⁷.

Si tratta ancora oggi di una pagina senza pari nella storia statunitense, non solo per le conquiste che rese possibili, voltando pagina su retaggi oscuri e anacronistici, ma per la

⁸² *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) e *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁸³ *Meyers v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) e *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

⁸⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983), *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992).

⁸⁵ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁸⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁸⁷ *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) e *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 7092 (1997).

potenza di un concetto costituzionale come quello di *privacy* che rimane fra le imprese ermeneuticamente più creative nella giurisprudenza della Corte Suprema. Essendo la *privacy* un diritto interamente frutto della sola invenzione dei giudici - che, a dire il vero, lo trassero dai *brief* di alcuni *amici curiae*⁸⁸ -, fondata su garanzie costituzionali che, ben al di là di un ancoraggio testuale, potevano essere ravvisate solo nelle *penombre* di alcuni emendamenti del Bill of Rights, la Corte Suprema continuò a estenderne la lettura (o anche, da un certo punto in poi, a non farne più uso) con il massimo grado di flessibilità e discrezionalità. Questa aleatorietà della *privacy* incoraggiò e accolse la più intensa influenza esercitabile da parte di gruppi di interesse che comparirono come *amici curiae*⁸⁹.

*Griswold v. Connecticut*⁹⁰ è universalmente nota per aver introdotto questa nozione di *privacy*, dichiarando l'incostituzionalità di una legge dello Stato del Connecticut che, entrata in vigore nel 1879, faceva divieto di vendere contraccettivi alle coppie, anche se regolarmente sposate, nonché ai medici di fornire istruzioni in merito. *Griswold* ribaltava una pronuncia emessa solo quattro anni prima, *Poe v. Ullman*⁹¹, con cui, al contrario, il giudice relatore Frankfurter per la maggioranza della Corte aveva sancito la non giustiziabilità della questione impugnata da tre donne sposate che sfidavano la costituzionalità della medesima legge statale senza che, tuttavia, rischiassero davvero le conseguenze di una sua applicazione. Non dimeno, è proprio volgendosi alle opinioni dissenzienti dei giudici Harlan e soprattutto Douglas a questa ultima decisione che si ritrovano chiaramente le tracce degli argomenti presentati da alcuni *amici curiae* a dimostrazione dell'esistenza di un diritto di *privacy* che verrà pienamente accolto in *Griswold*.

Il giudice Douglas allegò a *Poe* una ricca opinione dissidente, nella quale sostenne che la *liberty* contemplata nel Quinto e Quattordicesimo emendamento doveva essere aperta a una lettura ampia e che, all'interno di queste 'emanations of liberty', era possibile riconoscere il diritto di *privacy*. Diede altresì conto dei fondamenti della *privacy* nella *common law* e nella *due process clause* del Quattordicesimo emendamento: vietando agli Stati di interferire con le accezioni 'implicit in the concept of ordered liberty', la *due process clause* escludeva la legittimità costituzionale di una legge statale che, vietando i contraccettivi, interferisse con l'intimità matrimoniale e invadesse 'the innermost sanctum of the home'. Analogamente, il giudice Harlan invitò ad abbandonare la lettura formalistica e meramente procedurale della *due process clause* e ad abbracciare il bilanciamento che ne derivava fra la 'liberty and the demands of organized society'.

Questa idea della *marital privacy* che ispirava le opinioni in dissenso dei giudici Douglas e Harlan è in larga parte debitrice al *brief* presentato nel caso *Poe* dalla American Civil Liberties Union (ACLU). Negli appunti personali dei due giudici, si riscontrano le prove che fu

⁸⁸ Come ha notato B. J. ENNIS, *Symposium on Supreme Court Advocacy: Effective Amicus Briefs*, in 33 *Cath. U. L. Rev.* 603 (1984), p. 604, '(a) good idea is a good idea, whether it is contained in an *amicus* brief or in the brief of a party'.

⁸⁹ S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, New York, Praeger, 2004, loc. 255.

⁹⁰ 381 U.S. 479 (1965).

⁹¹ 367 U.S. 497 (1961).

proprio da quella memoria che i giudici trassero questo concetto nei termini di una interferenza della legge del Connecticut con un 'aspect of marital conduct that is inherently private and beyond the reach of government'. La memoria della ACLU era volta per la quasi totalità a presentare il diritto di *privacy* che, tutt'altro che inedito, vantava, come poi ribadirà anche la Corte, un lungo e consolidato *pedigree*, invocato già di frequente nei casi di *search and seizure* del Quarto emendamento⁹².

Quattro anni più tardi con *Griswold*, la maggioranza della Corte finirà per adottare *in toto* quella concezione di *privacy* che, introdotta dalla memoria della ACLU, era inizialmente stata accolta solo dai giudici Harlan e Douglas. Nei trascorsi fra l'una e l'altra pronuncia, molti Stati avevano nel frattempo abrogato le proprie leggi (eliminate statali) contro la vendita di contraccettivi, restandone però ancora sei irriducibili. Intanto, sempre in Connecticut, era stato creato il Planned Parenthood Center of New Haven, la cui missione era di offrire informazioni scientifiche per la prevenzione delle gravidanze e per la pianificazione familiare delle coppie sposate. Dopo appena qualche settimana dall'inizio delle attività, l'amministratrice del centro Esther Griswold fu arrestata assieme al direttore medico e la clinica chiusa.

In questo caso, l'opinione di maggioranza della Corte Suprema venne redatta dal giudice Douglas - che legò la nozione di *privacy* al Primo, Terzo, Quarto, Quinto e Nono emendamento, nonché al Quattordicesimo -, accompagnata da opinioni concorrenti dei giudici Goldberg, Harlan e White. Gli stessi *amici curiae* che erano comparsi in *Poe* - oltre alla ACLU, certamente la più incisiva, la Planned Parenthood Foundation of America Inc. e l'ex presidente dell'American Bar Association - si presentarono anche per *Griswold*, con la sola aggiunta del Catholic Council on Civic Liberties. Anche in questo caso, 'the impact of the amici is clearly discernible'⁹³ e, quel che più importa, preparò la strada per l'avvento di sempre più numerosi interventi da parte di *amici* e per una crescente espansione della nozione di *privacy*: per la prima volta con *Griswold*, infatti, la Corte aveva fatto uso di alcune specifiche disposizioni costituzionali per giustificare una estensione *de facto* del proprio potere, ma si era riferita a una lettura degli emendamenti comprensiva di un sottotesto così ampio (le *penombre* del Bill of Rights) da richiedere ai giudici un lavoro non solo tecnico, ma quasi artigianale. Così, la lettura evolutiva e sostanziale della *due process clause* lasciò un'eredità molto contraddittoria e ambigua, dal che discese un margine piuttosto incerto e discrezionale nel giudizio di costituzionalità della Corte Suprema. In definitiva, '(i)t was this heightened uncertainty, coupled with the Justices' need to rely on arguments and information that was not strictly legal, that opened the door to an expanded amicus role'⁹⁴.

Questa vicenda, per quanto risalente, ci aiuta a muovere verso alcune considerazioni sollecitate dal ruolo svolto oggi dagli *amici curiae*. Intanto, se ne deriva che la memoria di un *amicus curiae* nell'ordinamento statunitense ha tanto più senso quanto più i giudici ne sap-

⁹² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) e *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Si veda S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, cit., loc. 444.

⁹³ *Ibid.*, loc. 512.

⁹⁴ *Ibid.*, loc. 665.

piano trarre beneficio, per esempio mutuandone gli argomenti per redigere le loro opinioni concorrenti o dissenzienti. Ed è a questo proposito, allora, che emerge il primo profilo di riflessione, vale a dire il rapporto fra il dissenso dei giudici e la comparsa degli *amici curiae*.

La crescita numerica verticale degli *amici* e dei loro *brief* negli anni dal dopoguerra a oggi⁹⁵ ha inondato i giudici di una enorme mole di informazioni e argomenti giuridici che non sempre li ha aiutati ad adottare sentenze migliori⁹⁶. Ma è interessante notare che, parallelamente alla proliferazione delle memorie, si sia avuto anche un aumento ragguardevole di decisioni non unanimi della Corte Suprema che non sembra del tutto infondato spiegare almeno in parte proprio con i dissidi accesi fra i giudici dalle tante e diverse memorie pervenute, come in certa misura accaduto in *Poe* e *Griswold*. Come un fuoco che brucia polemico e lacerante, i *brief* degli *amici* paiono agevolare le opinioni dissenzienti perché in grado di accendere la fantasia dei giudici con la proposta di interpretazioni del diritto diverse, scaturite dalle tante anime della società. Inoltre, se redatte con qualche accuratezza, le memorie forniscono una ricerca di base sulla posizione rappresentata di cui i giudici potrebbero finanche profittare per redigere una opinione separata con un netto risparmio di studio e di tempo necessari⁹⁷. Tante voci dall'esterno, dunque, sembrerebbero facilitare anche l'incremento delle voci all'interno della Corte⁹⁸.

Dicevamo anche del peso del *lobbying* esercitato dalle associazioni, dai gruppi e dalle ONG che intendano portare le loro ragioni davanti ai giudici. La stessa trasformazione graduale dell'*amicus* da ruolo neutrale a presenza partigiana, da 'amico della corte' a 'militante per una causa' ha portato con sé l'esaltazione del ruolo di alcuni rappresentanti di interessi diffusi che hanno finito per trasformare la Corte in un'arena politica in cui promuovere gli interessi privati di gruppi sociali, politici o economici⁹⁹. Per questi soggetti, 'litigation is, first and foremost, a form of political action'¹⁰⁰. Accade così che l'*amicus curiae* si riveli l'amico di una delle parti o, anche, di chi contribuisca finanziariamente a redigere e allegare

⁹⁵ Si veda anche J. D. KEARNEY e T. W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in 148 *U. Pa. L. Rev.* 743 (2000).

⁹⁶ S. M. SHAPIRO, *Amicus Brief in the Supreme Court*, in 10 *Litigation* 21 (1984).

⁹⁷ P. M. COLLINS, p. 163. Un discorso a questo proposito andrebbe svolto sul ruolo degli accademici nella stesura dei *brief*. Per qualche ragguaglio si rimanda a R. ROESCH, S. L. GOLDING, V. P. HANS e N. D. REPPUCCI, *Social Science in the Courts*, in 15 *Law and Human Behavior* 1 (1991) e, più in generale, A. KENT e J. TRINIDAD, *International Law Scholars as Amici Curiae: An Emerging Dialogue (of the Deaf)?*, in 29 *Leiden J. Int'l L.* 1081 (2016).

⁹⁸ Per una rassegna empirica dell'incidenza degli *amici curiae* sul dissenso dei giudici si veda anche P. M. COLLINS, *Amici Curiae and Dissensus on the U.S. Supreme Court*, in 5 *J. Empirical Legal Stud.* 143 (2008).

⁹⁹ Può anche accadere, di converso, che l'ammissione delle ONG fra gli *amici curiae* sia uno strumento utile a una corte per enfatizzare il suo ruolo indiretto di *policy maker*. A questo proposito, è istruttiva l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo: '(t)he adoption of the *amicus curiae* procedure is related to a particularly transformative moment in the ECtHR's history. The Court began to understand itself as not simply an instrument for conflict resolution in particular disputes but also as an institution whose pronouncements would have policy implications for all of Europe. The fact that the Court adopted the *amicus* procedure in the period when the Court started asserting its Europe wide policy-making role is noteworthy' (A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, cit., p. 878).

¹⁰⁰ *Ibid.*, loc. 184.

le memorie¹⁰¹. A questo si aggiunga che gli stessi attori che hanno interesse a presentarsi come *amici curiae* operano anche nella fase di conferma dei giudici nominati dal Presidente e sotto esame del Senato, provandosi capaci di un non trascurabile impatto sul voto di conferma¹⁰². Insomma, se il contributo degli *amici* è utile ad aggiornare la Corte sui movimenti di rivendicazione e lotta all'interno della società, per altro verso la sottopone a una pressione, diretta o indiretta¹⁰³, analoga a quella che interessa più tipicamente il legislatore, specie nei casi più sensibili¹⁰⁴.

È anche nella trasformazione odierna delle stesse ONG che si rintraccia il potenziale *politico* portato davanti alle corti nella veste di *amici*. Questo processo di mutazione si articola lungo tre direttrici. *In primis*, si parla di *ONGizzazione della società civile*¹⁰⁵, ossia della traduzione dei movimenti civili e anche delle più piccole comunità in ONG. Questo significa che la mobilitazione spontanea della società civile per il perseguimento di valori e obiettivi, di regola scarsamente organizzata e dalla struttura diffusa e orizzontale, assume con crescente frequenza le forme di una organizzazione più professionale, con organigrammi verticali, che privilegia le sale riunioni, gli incontri a porte chiuse e le strategie della comunicazione¹⁰⁶ al movimentismo delle piazze¹⁰⁷ - in altre parole, muove dall'attivismo alla *advocacy*¹⁰⁸. Specie

¹⁰¹ Si veda A. WOHL, *Friends with Agendas*, in 82 *A.B.A. J.* 46 (1996) e S. F. WARD, *Friends of the Court are Friends of Mine*, in 93 *A.B.A. J.* 24 (2007), ma anche L. SANDSTROM SIMARD, *An Empirical Study of Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?*, in 27 *Rev. Litig.* 669 (2008), p. 700 ss.

¹⁰² Così G. A. CALDEIRA, J. R. WRIGHT, *Lobbying for Justice: Organized Interests, Supreme Court Nominations and the U.S. Senate*, in 42 *Am. J. Polit. Sc.* 499 (1988) in particolare sul processo di conferma dei giudici Robert Bork, David Souter e Clarence Thomas.

¹⁰³ W. MISHLER e R. S. SHEEHAN, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective*, in 58 *The Journal of Politics* 169 (1996) asserisce che 'The impact of public opinion is greatest among moderate justices who are likely to hold critical swing positions on the Court. [...] The effects of public opinion are in addition to significant agenda effects and suggest important refinements in the standard attitudinal model of judicial decision making'.

¹⁰⁴ H. NORPORTH, J. A. SEGAL, W. MISHLER, R. S. SHEEHAN, *Popular Influence on Supreme Court Decisions*, in 88 *Am. Polit. Sc. Rev.* 711 (1944).

¹⁰⁵ S. LANG, *The NGOization of Feminism*, in J. W. SCOTT, C. KAPLAN e D. KEATES (a cura di), *Transitions, Environments, Translations: Feminisms in International Politics*, Londra, Routledge, 1997, pp. 101-20.

¹⁰⁶ J. HABERMAS, *Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1989, parla di 'refeudalization of the public sphere' e nota che 'publicity loses its critical function in favor of a staged display; even arguments are transmuted into symbols to which again one can not respond by arguing but only by identifying with them' (p. 206).

¹⁰⁷ 'Today, the discipline's love affair with nonstate actors is starting to wane. Scholars are realizing that most nonstate actors are not what they seem to be. Rather than being progressive agents of change that are animated by altruism, nonstate actors span the political spectrum and, in terms of their engagements, are much like other political actors. They are self-interested entities engaged in advancing their own agendas [...] often non-democratic, hierarchical groups concerned with their financial and publicly perceived longevity' (P. WAPNER, *The State or Else! Statism's Resilience in NGO Studies*, in 9 *International Studies Review* 85 (2007)).

¹⁰⁸ Osserva S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 91 che '(e)mloying advocacy frames instead of activism frames thus signals more than a shift in political strategy. It indicates a changing relationship not only with political power but also with an NGO's constituency and with wider publics; it signals a tendency to practice speaking for instead of engaging with. This shift frames engagement with constituents in terms of a contract to represent rather than a coming together of critical voices. And it compels NGOs to offer pragmatic policy solutions within the confines of existing policy options instead of pursuing more general social, economic, and political change agendas. In terms of NGOs' professional ethos, it entails a "growing tension between a "24/7" and a "9-5" approach", oscillating between commitment to a social and political cause and a professionalized, more disengaged work ethic'.

con riferimento alla generazione dei *baby boomer* e per molti interessi di rilievo pubblico, le ONG tendono a sostituire i partiti politici e i gruppi di interesse tradizionali¹⁰⁹. All'interno di queste organizzazioni più professionali, guidate da esperti piuttosto che da volontari, il passaggio dall'attivismo alla *advocacy* comanda l'adozione di un linguaggio e di uno stile comunicativo più orientato alla cultura dei potenziali finanziatori che alla contestazione civile¹¹⁰ perché la logica è ormai quella del *successo*.

La seconda componente di questo fenomeno è la *istituzionalizzazione della advocacy*, con cui le ONG partecipano sempre di più a trattative con le istituzioni e diventano loro stesse attori istituzionali¹¹¹. Infine, le ONG agiscono come *proxy public*, cioè come delegati dell'opinione pubblica a rappresentare le istanze sociali ed economiche e, come tali, divengono per i governi e le istituzioni sovranazionali l'interlocutore di sintesi della società civile - la società civile 'just one call away'. In definitiva, la combinazione di queste tre direttrici apre tre fronti di sfida: l'aumento dei costi organizzativi e della dipendenza dai finanziatori; l'adozione di strutture sempre più contigue ai centri di potere e amministrazione; la vocazione più versata al raggiungimento degli esiti politici che alla mobilitazione e sensibilizzazione pubblica¹¹².

Nel corso degli anni, man mano che la pratica dell'*amicus curiae* si andava affermando con numeri via via più consistenti e la ONGizzazione della società prendeva campo, è divenuta sempre più rara la partecipazione di singoli individui, mentre si è moltiplicata la presenza delle organizzazioni *mainstream*¹¹³. In uno studio condotto prendendo a campione quattro anni - il 1950, il 1968, il 1982 e il 1995 -, è emerso che gli *amici* che compaiono più frequentemente davanti alla Corte Suprema sono le associazioni di categoria (63%), i governi statali (41.5%), gruppi di *public advocacy* (38.7%), studi legali patrocinanti interessi pubblici (37.2%) e il governo federale (36.4%)¹¹⁴. I diritti civili vengono invocati nel 60.2% dei *brief*¹¹⁵. Accanto ad argomenti giuridici (73%), i *brief* contengono proposte di *policy* (19%) e rilievi in tema di separazione dei poteri (6.9%)¹¹⁶. A leggere le memorie depositate fra il 1954 e il 1980, se ne conclude che i gruppi aziendali, associazioni di categoria, società e associazioni professionali hanno presentato il 58% di tutti i *brief*, mentre il rimanente 42% proviene

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 32.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 92.

¹¹¹ K. ANNAN, *Emerging Power of Civil Society*, discorso tenuto davanti al gruppo parlamentare Parlato a San Paolo del Brasile il 14 luglio 1998 (comunicato stampa tratto da <http://www.un.org/News/Press/docs/1998/19980714.sgsm6638.html>) e L. A. SALOMON, *Partners in Service: Government-Nonprofit Relations in the Modern Welfare State*, Baltimora, Johns Hopkins University Press, 1995.

¹¹² S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 93.

¹¹³ S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, cit., loc. 112. Si veda anche G. A. CALDEIRA e J. R. WRIGHT, *Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?*, in 52 *Journal of Politics* 782 (1990).

¹¹⁴ P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, cit., p. 60.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 48.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 71, 60, 48.

da organizzazioni di interesse pubblico, gruppi di consumatori, società religiose e organizzazioni del lavoro¹¹⁷.

Gli avvocati più blasonati ed esperti del Supreme Court Bar, cioè l'albo degli avvocati patrocinanti davanti alla Corte Suprema, chiedono ad altri avvocati altrettanto d'élite di presentare dei *brief* per orchestrare insieme una 'amicus strategy' - trovare gli argomenti che contano, i clienti che contano e gli avvocati che contano - e moltiplicare le proprie *chance* davanti ai giudici. Per esempio, in occasione del caso *King v. Burwell*, in cui si sfidava la costituzionalità di alcune disposizioni del *Patient Protection and Affordable Care Act*, il governo federale reclutò un avvocato del Supreme Court Bar per coordinare alcuni *brief* a sostegno degli interessi nazionali, due dei quali vennero citati dal Chief Justice Roberts nella sua *majority opinion*¹¹⁸. Ma, analogamente, altri casi illustrano il ruolo di eminenti avvocati coinvolti quali *amici* e la loro influenza sugli argomenti dei giudici¹¹⁹. Questa pratica non è del tutto inedita, ma sono le forze che si attivano per farne una prassi routinaria, nonché l'effetto cumulato di questi sforzi, a essere nuovi e piuttosto incomparabili con quanto accadesse prima. La chiamano *amicus machine* 'to describe the origin of many amicus briefs today - a system where Supreme Court experts are responsible for recruiting amici and coordinating their messages to the Court'¹²⁰.

È ormai così un segreto di Pulcinella che dalle parti della Corte Suprema si renda sempre più necessario un *amicus wrangler*¹²¹ - letteralmente 'litigante', ma anche 'mandriano' - allo scopo di assoldare i migliori consulenti legali e congegnare la miglior strategia per veicolare efficacemente la propria voce fino ai giudici. I *brief* non possono essere lasciati al caso, né devono abbondare, giacché nel numero si rischia di annegare quelli più decisivi¹²². Insomma, sembra quasi che un 'pro-business club of elite' sia all'opera per determinare il corso della massima giurisprudenza negli Stati Uniti¹²³. In tutto questo, qual è la proiezione della società con le sue istanze e rivendicazioni che raggiunge i giudici dentro la Corte Su-

¹¹⁷ R. C. BRADLEY e P. GARDNER, *Underdogs, Uppercups and the Use of the Amicus Brief: Trends and Explanations*, in 10 *The Justice System Journal* 78 (1985), p. 91.

¹¹⁸ L. GREENHOUSE, *Op-Ed - The Roberts Court's Reality Check*, in *The New York Times*, 15 giugno 2015.

¹¹⁹ Si veda, per la pronuncia *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), K. J. LYNCH, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, in 20 *J.L. & Pol.* 33 (2004), C. G. PHILLIPS, *Was Affirmative Action Saved By Its Friends?*, in N. DEVINS e D. M. DOUGLAS (a cura di), *A Year at the Supreme Court*, Durham, Duke University Press, 2004 e D. O'NEIL GREEN, *Justice and Diversity: Michigan's Response to Gratz, Grutter, and the Affirmative Action Debate*, in 39 *Urb. Educ.* 374 (2004). Per la decisione *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013), A. LIPTAK, *Justices Say Time May Be Wrong for Gay Marriage Case*, in *The New York Times*, 26 marzo 2013. Rappresentativo, invece, del ruolo degli accademici è il caso *Romer v. Evans*, con cui la Corte Suprema dichiarò incostituzionale un referendum dello Stato del Colorado che bloccava l'entrata in vigore della normativa statale e locale a difesa degli omosessuali contro atti discriminatori. Laurence H. Tribe della Harvard Law School e altri illustri professori di diritto costituzionale scrissero un *brief* che, per quanto mai esplicitamente citato, impresse un'influenza decisiva sulla *majority opinion* del giudice Kennedy, in specie in ordine alla violazione della *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo emendamento (A. WOHL, *Friends with Agendas*, in 82 *A.B.A. J.* 46 (1996)).

¹²⁰ A. ORR LARSEN e N. DEVINS, *The Amicus Machine*, cit., p. 1906.

¹²¹ S. F. WARD, *Friends of the Court Are Friends of Mine*, in 93 *A.B.A.J.* 24 (2007).

¹²² A. ORR LARSEN e N. DEVINS, *The Amicus Machine*, cit., p. 1907.

¹²³ R. J. LAZARUS, *Advocate Matters Before and Within the Supreme Court: Transforming the Court by Transforming the Bar*, in 96 *Geo. L.J.* 1487 (2008), p. 1531.

prema? Non solo in molte circostanze sono gli stessi Stati o le istituzioni federali a comparire, ma molte ONG e gruppi di interesse potrebbero provare ad annacquare il potere contro-maggioritario delle corti¹²⁴.

Da ultimo, le ONG operano sempre più su base transnazionale, approfittando delle controversie idonee a promuovere le proprie convinzioni ideologiche non solo nelle corti che sono loro più prossime, ma guardando anche a quelle al di fuori dei propri confini e, solo apparentemente, lontane dai loro centri di interesse. In quest'ottica, è cruciale l'utilizzo che fanno dell'istituto dell'*amicus curiae*. Accade, infatti, che alcune di esse presentino le loro memorie anche davanti a corti esterne al proprio ordinamento di riferimento per agevolare una circolazione internazionale delle cause che vogliono favorire e degli argomenti giuridici utili a promuoverle. Una vasta letteratura accademica dimostra che le reti di *advocacy* transnazionali, di cui le ONG sono *magna pars*, assumono le vesti di *amici* per influenzare la lettura che si dà di particolari convenzioni.

Le ONG hanno raggiunto un grado di legittimazione e autorevolezza non solo in diversi Paesi occidentali - e, conseguentemente, anche in luoghi del *global South* -, ma anche su scala internazionale. Ne è dimostrazione il ruolo consultivo che è stato loro riconosciuto presso il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC)¹²⁵ e i numeri di ONG che operano a livello internazionale: tanto per scorrere qualche dato indicativo, dal 1994 al 2009 le ONG costituite presso l'ECOSOC sono passate da 41 a 3 172¹²⁶. Dagli anni Duemila a oggi, poi, sono addirittura triplicate¹²⁷. Il *Global Civil Society Yearbook 2004/2005* ha contato 17 952 ONG attive su scala internazionale¹²⁸, mentre il *Yearbook of International Organizations 2005/2006* ne riporta 51 509¹²⁹.

¹²⁴ Come è noto, fu A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven Yale University Press, 1962 a coniare ed esporre la natura *countermajoritarian* della Corte Suprema. Tuttavia, in un altrettanto famoso articolo, R. A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 *J. Pub. L.* 279 (1957), vennero espressi dubbi sul ruolo della Corte Suprema a protezione delle minoranze contro il potere delle maggioranze e sull'effettiva natura contro-maggioritaria del suo sindacato. Sulla longevità di questa teoria, si veda G. ROSENBERG, *The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 50 *Emory L. J.* 613 (2001).

¹²⁵ Per essere accreditata all'ECOSOC, una ONG che non sia stata fondata da un'agenzia governativa o tramite un accordo intergovernativo deve, *in primis*, occuparsi di questioni che ricadono nella sfera di competenza dell'ECOSOC e dei suoi organi sussidiari»; le sue finalità devono essere conformi allo spirito, ai fini e ai principi della Carta delle Nazioni Unite; deve avere una reputazione riconosciuta e un carattere rappresentativo all'interno del particolare campo di propria competenza; deve avere uno statuto adottato democraticamente, una struttura rappresentativa e altresì possedere appropriati meccanismi di trasparenza per i propri membri. Anche se questi requisiti dovrebbero provare un certo livello di democrazia e rappresentatività delle ONG, il processo appare lungo e complesso, giacché il riscontro è che queste assicurazioni di democrazia e trasparenza siano solo debolmente messe in pratica (così R. LEHR-LEHNARDT, *NGO Legitimacy: Reassessing Democracy, Accountability and Transparency*, in 6 *Cornell Law School Inter- University Graduate Student Conference*, p. 35, tratto da http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/6).

¹²⁶ United Nations ECOSOC, *Accredited NGOs*, 2009, tratto da <http://www.un.org/esa/coordination/ngo> e United Nations ECOSOC, *Consultative Status with ECOSOC*, 2009, tratto da <http://www.un.org/esa/coordination/ngo>.

¹²⁷ S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 13.

¹²⁸ H. K. ANHEIER, M. GLASIUS e M. KALDOR (a cura di), *Global Civil Society 2004/5*, Londra, Sage, 2004.

¹²⁹ *Union of International Organizations 2005/6. Statistics on International Organizations*, 2004, tratto da <http://www.uia.org/statistics/organizations/types-2004.pdf>.

Prendiamo la Corte europea dei diritti dell'uomo. Il 68 per cento degli *amici* che si presentano a Strasburgo è costituito da ONG¹³⁰. Come risulta dai dati ufficiali della Corte EDU, nella classifica dei primi dieci soggetti che hanno presentato fino al 2014 il numero più alto di *brief* alla Grand Chamber compaiono, oltre ai governi di Slovacchia (terza), Repubblica Ceca (quarta), Polonia (quinta) e Regno Unito (settimo), le ONG Amnesty International¹³¹ (prima), Liberty¹³² (seconda), l'International Centre for the Legal Protection of Human Rights¹³³ (sesta), Justice¹³⁴ (ottava), lo European Centre for Law and Justice¹³⁵ (nono) e la International Commission of Jurists¹³⁶ (decima). Chi sia a parlare dentro queste ONG e per conto di chi è

¹³⁰ A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, cit., p. 864.

¹³¹ Amnesty International ha sede a Londra ed è stata fondata nel 1961 dall'avvocato inglese Peter Benenson con la finalità di contribuire a costruire un mondo in cui ciascuna persona potesse godere della tutela dei diritti umani offerta dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dalle istituzioni internazionali. Nel 1977, ha ricevuto il Premio Nobel per la pace per il suo impegno a tutela della dignità dell'uomo contro la tortura e, l'anno successivo, lo United Nations Prize in the Field of Human Rights. Il sito ufficiale è www.amnesty.org.

¹³² La ONG Liberty (ribattezzata nel 1989) è stata fondata da Ronald Kidd e Silvia Crowther-Smith nel Regno Unito come National Council for Civil Liberties (NCCL) nel 1934, dopo la National Hunger March del 1932. Il suo primo presidente fu il romanziere E.M. Forster e H.G. Wells, Clement Attlee e Harold Laski, fra gli altri, furono nel primo comitato direttivo. Fra le molte battaglie politiche condotte nei decenni di attività, dall'indomani delle elezioni politiche del 2015 ha guidato la campagna contro l'ipotesi di abrogazione dello *Human Rights Act 1998*. Il sito ufficiale è www.libertyhumanrights.org.uk.

¹³³ L'International Centre for the Legal Protection of Human Rights è nato a Londra nel 1982 con la finalità di sostenere la *leadership* e la tutela legale a favore dei diritti umani. Malgrado dal 2000 al 2012 abbia ricevuto quasi due milioni di dollari dalla MacArthur Foundation per finanziare i suoi molti fronti di impegno, fra cui l'implementazione del sistema africano di garanzia dei diritti umani e la partecipazione come *amicus curiae* alle cause aventi a oggetto il diritto all'istruzione delle ragazze incinte in Uganda, nel 2014 è stata costretta a chiudere i battenti per le costanti difficoltà di sostenere i costi organizzativi. Il sito ufficiale, ancora attivo, è www.interights.org.

¹³⁴ Justice ha sede a Londra e ha iniziato il suo impegno per i diritti umani nel 1983 con lo speciale obiettivo di incorporare gli standard internazionali di protezione dei diritti umani nell'ordinamento britannico, a cominciare dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. È stata la prima ONG a comparire davanti alla Corte EDU come *amicus curiae*. Figura fra i principali attori protagonisti nella difesa dello *Human Rights Act 1998* ed è comparsa in qualità di *amicus* a ogni causa in cui fosse in gioco la sua applicazione. Il consiglio direttivo è presieduto dalla Baronessa Kennedy of the Shaws QC. Il sito ufficiale è www.justice.org.uk.

¹³⁵ Lo European Centre for Law and Justice è il braccio europeo dell'American Center for Law and Justice con base a Washington D.C. ed è il nome assunto (d/b/a, doing business as) dal Christian Advocates Service Evangelism Inc. Sul sito della casa madre statunitense, ma non su quello europeo, si legge che si tratta di 'a tax-exempt, not-for-profit, religious corporation as defined under Section 501(c)(3) of the Internal Revenue Code, specifically dedicated to the ideal that religious freedom and freedom of speech are inalienable, God-given rights. The Center's purpose is to engage legal, legislative and cultural issues by implementing an effective strategy of advocacy, education and litigation to ensure that those rights are protected under the law. The organization has participated in numerous cases before the Supreme Court, Federal Court of Appeals, Federal District Courts, and various state courts regarding freedom of religion and freedom of speech'. Oltre a quello europeo, ha anche una costola nell'Europa orientale (Slavic Centre for Law and Justice) e in Africa (African Centre for Law and Justice), ed è affiliato al Be Heard Project per la tutela dei diritti dei credenti e delle chiese perseguitate. Il sito ufficiale del braccio europeo è www.eclj.org e di quello americano è www.acjl.org.

¹³⁶ La International Commission of Jurists ha sede a Ginevra. Creata nel 1952 e attiva su cinque continenti, è composta da sessanta eminenti giudici e avvocati provenienti da tutto il mondo con lo scopo di promuovere lo sviluppo e l'effettività dei diritti umani e del diritto umanitario internazionale; di assicurare il perseguimento dei diritti civili, culturali, economici, politici e sociali; di salvaguardare la separazione dei poteri e di garantire l'indipendenza del potere giudiziario e della professione forense. Il suo comitato di presidenza comprende tre accademici e giudici provenienti da Stati Uniti, Argentina e Serbia. Il sito ufficiale è www.icj.org.

la domanda saliente per comprendere le strategie di questi soggetti e la loro attitudine democratica.

Se lo European Centre for Law and Justice è solo nono in ordine ai *brief* presentati davanti alla Grand Chamber, è, però, la seconda ONG per dimensione che si attivi davanti alla Corte EDU e, soprattutto, è l'unica ad avere la propria sede negli Stati Uniti e non in una città europea. Si tratta di un esempio molto istruttivo di come alcune ONG si attrezzino per promuovere le loro cause sul piano politico e istituzionale in tutto il mondo¹³⁷, nella consapevolezza che ciò che succede in un dato contesto giuridico, anche lontano dal proprio, possa influenzare direttamente o indirettamente la situazione dello Stato in cui la ONG sia stata fondata e si trovi principalmente a operare¹³⁸.

In altre parole, le ONG si muovono su uno scenario transnazionale e tengono a comparire anche davanti a corti che non possono direttamente incidere sulle situazioni che stanno loro più a cuore nella certezza che la *cross-fertilisation* avvenga, e la contaminazione fra giurisprudenze cominci, prima che le sentenze vengano decise. Se pensiamo, per esempio, alla pronuncia *Lawrence v. Texas*¹³⁹ con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato nel 2003 l'incostituzionalità delle leggi statali che ancora criminalizzavano il reato di sodomia, ribaltando una sua stessa decisione di diciassette anni prima¹⁴⁰, fu certo cruciale, in quel lasso di tempo, il lavoro di alcune corti supreme statali verso una più intensa protezione della libertà sessuale degli omosessuali¹⁴¹. Eppure, quel che risalta eccezionalmente in *Lawrence* è la menzione che la Corte Suprema ha fatto della giurisprudenza della Corte EDU in materia¹⁴² per riferirsi ai 'values we share with a wider civilization'¹⁴³. Per alcune ONG che non siano riuscite a far prevalere nel proprio ordinamento le ragioni della propria causa, il lavoro continua presso altre giurisdizioni, nella speranza di poter generare una controtendenza di pensiero e giurisprudenza e qualche contaminazione. E il ruolo di *amicus curiae* è lo strumento ideale per mettere in azione questa *advocacy* transnazionale¹⁴⁴.

¹³⁷ Ma sorprende poco che la Corte Suprema degli Stati Uniti resti piuttosto impermeabile agli *amici curiae* stranieri. Si veda S. A. PLASS, *The Foreign Amici Dilemma*, in 1995 *BYU L. Rev.* 1189 (1995).

¹³⁸ Presso la Corte EDU, lo European Centre for Law and Justice e anche la Alliance Defending Freedom sono particolarmente conosciuti, ma il Becket Fund, la American United for Life, l'International Center for Law and Religion Studies della Brigham Young University e il Family Research Council sono tutti intervenuti in varie altre occasioni.

¹³⁹ 539 U.S. 558 (2003).

¹⁴⁰ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁴¹ *Commonwealth of Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (1992), *Campbell v. Donsundquist*, 926 S.W.2d 250 (1996), *Gryczan v. Montana*, 942 P.2d 112 (1997), *Powell v. State*, 510 S.E.2d 18 (1998). In quasi contemporanea a *Lawrence*, la Massachusetts Supreme Judicial Court emanò la sentenza *Goodridge v. Department of Public Health* (798 N.E.2d 941 (Massachusetts 2003)) con cui, per la prima volta, si comandò al legislatore statale di provvedere entro 180 giorni ad adattare l'ordinamento alla legalizzazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso, da parificare al matrimonio eterosessuale secondo la Costituzione del Massachusetts.

¹⁴² *Dodgson v. United Kingdom*, n. 7525/76, *Norris v. Ireland*, n. 10581/83, *Modinos v. Cyprus*, n. 15070/89.

¹⁴³ Si veda M. A. CASE, *Of 'This' and 'That' in Lawrence v. Texas*, in 2003 *Sup. Ct. Rev.* 75 (2003), p. 122 ss.

¹⁴⁴ K. SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, New York-Londra, W.W. Norton, 2011.

È quello che si chiama nella letteratura *boomerang pattern of influence*: quando i canali fra le istituzioni di un dato contesto nazionale e le ONG sono interrotti, queste ultime pensano di aggirare lo Stato che è loro poco accessibile e di cercare alleati sullo scenario internazionale al fine di esercitare una qualche pressione favorevole sul proprio ordinamento. Il riscontro internazionale, allora, amplifica le istanze della ONG, le apre varchi nello spazio pubblico e può contribuire a sostenere il dibattito interno¹⁴⁵.

Tre esempi possono aiutare a capire meglio il fenomeno di cui stiamo parlando¹⁴⁶. Il primo coinvolge proprio lo European Centre for Law and Justice, che è intervenuto come *amicus* davanti alla Corte costituzionale slovacca contro una legge che consentiva l'interruzione volontaria di gravidanza fino a dodici settimane¹⁴⁷. Il secondo riguarda le ONG statunitensi Advocates International¹⁴⁸ e Alliance Defending Freedom¹⁴⁹ che hanno appoggiato il pastore Åke Green, condannato penalmente in Svezia per un sermone omofobo: il sostegno offertogli da queste organizzazioni includeva la presentazione di *brief* come *amici curiae* davanti alla Corte Suprema svedese (rivelatisi apparentemente ininfluenti), affiancati in questa veste anche da altre ONG, inclusi il Becket Fund¹⁵⁰, il Family Research Council¹⁵¹, il Focus on the Family¹⁵², la Christian Legal Fellowship canadese¹⁵³ e la Jubilee Campaign inglese¹⁵⁴. Infine, il terzo caso ci porta davanti alla Corte costituzionale della Romania che,

¹⁴⁵ M. E. KECK e K. SIKKINK, *Activists beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998, pp. 19-20.

¹⁴⁶ Ne parla con originale intuizione C. McCRUDDEN, *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 93 ss.

¹⁴⁷ Corte costituzionale slovacca, decisione PL. US 12/01, n. 1/2007.

¹⁴⁸ Advocates International, con sede a Alexandria, Virginia, è una 'worldwide fellowship of advocates bearing witness of Jesus Christ through the legal aid'. I suoi partner sono la Christian Legal Society, la Religious Liberty Partnership, la ADF International, il Peacemaker Ministries, la Jubilee Campaign, la World Evangelical Alliance, Federacion Inter Americana de Juristos Cristianos. Il sito ufficiale è www.advocatesinternational.org.

¹⁴⁹ La Alliance Defending Freedom, già Alliance Defense Fund, è stata fondata nel 1993 e ha sede a Scottsdale, in Arizona. Per disponibilità finanziaria, carico di lavoro e rete di avvocati affiliati, è considerata la meglio organizzata e influente ONG di assistenza legale di ispirazione cristiana. Il sito ufficiale è www.adflegal.org.

¹⁵⁰ Il Becket Fund for Religious Liberty è stato fondato nel 1994 e ha sede a Washington D.C. La sua missione si descrive come in linea con il cosiddetto *accommodationism*, vale a dire la reinterpretazione del Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti a favore di un'idea di libertà religiosa come diritto positivo, il cui esercizio deve dunque essere agevolato dall'azione del governo. L'*accommodationism* è ovviamente in tensione con il principio di separazione fra Stato e Chiesa come enucleato dalla Establishment Clause e dalla Free Exercise Clause del Primo emendamento. Il sito ufficiale è www.becketfund.org.

¹⁵¹ Il Family Research Council è una ONG fondamentalista protestante, fondata nel 1983 a Washington D.C. La sua azione è diretta alla promozione e tutela dei valori della famiglia tradizionale, dunque le sue campagne sono rivolte al contrasto delle politiche per i diritti LGBT (leggi anti-discriminazione, matrimonio omosessuale, unioni omosessuali, adozione), della pornografia, dell'aborto, del divorzio e della ricerca sulle cellule staminali. Il sito ufficiale è www.frc.org.

¹⁵² Il Focus on the Family, creato nel 1977 a Colorado Springs, è una ONG fondamentalista cristiana impegnata nell'insegnamento e affermazione del creazionismo, dei ruoli di genere, della astinenza sessuale. Il sito ufficiale è www.focusonthefamily.com.

¹⁵³ La Christian Legal Fellowship è l'associazione nazionale canadese che riunisce gli avvocati e gli studenti di legge cristiani fondata nel 1979 e con sede in Ontario. Il sito ufficiale è www.christianlegalfellowship.org.

¹⁵⁴ La Jubilee Campaign è una ONG con sede a Fairfax, Virginia, che promuove i diritti umani e la libertà religiosa delle minoranze etniche e religiose in Paesi come Pakistan, Iran, Iraq, Siria, Egitto, Nigeria, Cina, Corea del Nord e altri. Assiste individui e famiglie che richiedono asilo nei Paesi occidentali in fuga dalla persecuzione religiosa e lavora per il miglioramento delle condizioni di vita dei più grandi gruppi di rifugiati a causa delle persecuzioni religiose. Il sito ufficiale è www.jubileecampaign.org.

due settimane prima che si tenesse il referendum popolare del 6 e 7 ottobre 2018, indetto sulla spinta di tre milioni di firme raccolte dalla associazione Coalitia pentru Familie contro la legalizzazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso, decretò che le coppie omosessuali godono degli stessi diritti alla privacy e alla vita familiare delle coppie eterosessuali¹⁵⁵. L'Alliance Defending Freedom si presentò come *amicus curiae* a sostegno di una ONG locale - la Alliance of Romania's Families, modellata sulla falsariga delle sue omologhe statunitensi - che aveva auspicato questa ipotesi di consultazione popolare. A tale azione corrispose la memoria presentata da un'altra ONG locale, ACCEPT, anch'essa coadiuvata da altre associazioni d'oltreoceano, ma che, al contrario, invocava gli standard internazionali di tutela dei diritti delle coppie dello stesso sesso contro l'emendamento referendario. Allo stato attuale, dunque, i gruppi conservatori americani (fra cui le ONG a ispirazione religiosa) hanno imparato a emulare le strategie che sono storicamente appannaggio dei gruppi progressisti¹⁵⁶.

Le corti che, come quella di Strasburgo ma anche quelle costituzionali di alcuni Paesi, si trovano al centro di un pluralismo di voci e di rivendicazioni che vorrebbero condizionare gli esiti delle pronunce che insistono sui temi che sono al cuore della loro missione civile, sono esposte alla propaganda politica di alcuni gruppi di interesse ma anche alla rappresentazione delle istanze di individui e comunità meno visibili che, senza questa possibilità, si vedrebbero del tutto passati sotto silenzio. È un fatto che '(a)bsent submissions by amici in support of their positions, courts might lose sight of arguments favoring underprivileged litigants or be inadequately directed to focus on competing considerations that affect them'¹⁵⁷. Da un lato, dunque, le ONG hanno sfruttato, tanto in America quanto in Europa, l'istituto dell'*amicus curiae* per tentare di influenzare le decisioni delle corti¹⁵⁸ ma, dall'altro, emerge che, in qualche caso, le corti siano riuscite meglio a ravvisare i vizi di legittimità costituzionale se c'erano degli *amici* ad aiutarle¹⁵⁹. È altresì oltre ogni ragionevole dubbio che l'*amicus curiae* sia un istituto giuridico evolutosi nel tempo sotto la finzione di una superficiale immutabilità dell'uso antico¹⁶⁰. Facendosi 'amico delle parti' molto più che 'amico della corte', sembra aver perso di vista il fine per cui sia stato introdotto nei tempi antichi. Certo si è che, una volta entrati nel vortice della controversia per rappresentare i propri interessi, sia del tutto irrealistico attendersi che gli *amici* agiscano con la neutralità delle origini.

¹⁵⁵ Il referendum del 6 e 7 ottobre 2018 si è tenuto comunque ma, con una percentuale di votanti pari al 21,1%, non ha superato il quorum del 30% degli aventi diritto per poter essere valido.

¹⁵⁶ Sul punto, si veda C. BOB, *The Global Right Wing and the Clash of World Politics*, New York, Cambridge University Press, 2012.

¹⁵⁷ M. SCHACHTER, *The Utility of Pro Bono Representation of U.S.-Based Amicus Curiae and in Non-U.S. and Multi-national Courts as a Means of Advancing Public Interest*, in 28 *Fordham Int'l L. J.* 88 (2004), pp. 137-38.

¹⁵⁸ A. A. MOHAMED, *Individual and NGO Participation in Human Rights Litigation Before the African Court of Human and Peoples' Rights: Lessons From the European and Inter-American Courts of Human Rights*, in 8 *M.S.U. J. Int'l L.* 377 (1999), p. 384.

¹⁵⁹ Questo ha dimostrato uno studio del 1994 sulla Corte EDU, nel caso della quale le violazioni sono state rilevate nel 75 per cento dei casi con *amici curiae* e solo nel 50 nei casi senza *amici*. Così Dinah Shelton, *Non-Governmental Organizations and Judicial Proceedings*, in 88 *Am. J. Int'l L.* 611 (1994), p. 637.

¹⁶⁰ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, cit., p. 720.