

*Riccardo de Caria*

## La rappresentanza di interessi (*lobbying*) davanti ai giudici americani: dalla selezione all'operato quotidiano delle corti

*Sommario:* 1. La rappresentanza di interessi davanti alle corti negli Usa attraverso la lente degli studi di Sara Volterra. – 2. L'influenza dei gruppi di pressione sul reclutamento dei magistrati, alla luce di due recenti pronunce della Corte Suprema (in particolare, la questione del finanziamento delle loro campagne elettorali a livello statale). – 2.1. *Caper-ton v. A.T. Massey Coal Co.* (2009). – 2.2. *Williams-Yulee v. The Florida Bar* (2015). – 2.3. Le competizioni giudiziarie come “categoria protetta” del finanziamento elettorale. – 3. I fattori istituzionali rilevanti per la rappresentanza giudiziaria d'interessi nell'operato quotidiano delle corti. – 3.1. La giustizia costituzionale. – 3.2. Gli *amicus curiae brief*. – 3.3. La *dissenting opinion*. – 3.4. La disciplina delle *class action*. – 3.5. Le possibilità in merito all'attribuzione di un mandato difensivo. – 3.6. Gli spazi per il *third-party funding* di cause ed arbitrati. – 3.7. Altri aspetti istituzionali non strettamente legislativo-regolamentari. – 4. Conclusioni e ulteriori possibili prospettive di ricerca.

### 1. La rappresentanza di interessi davanti alle corti negli Usa attraverso la lente degli studi di Sara Volterra.

Questo lavoro tratta il tema della rappresentanza di interessi, o *lobbying*<sup>1</sup>, nell'ordinamento americano. In luogo del tradizionale approccio, che guarda al *lobbying* effettuato nei classici luoghi della decisione pubblica, ovvero il legislativo e l'esecutivo, il presente scritto si soffermerà su un aspetto invero assai meno indagato, specialmente dai giuristi, ovvero le interazioni dei gruppi di pressione e dei loro “stabili rappresentanti”<sup>2</sup> con il potere giudiziario, considerato unitariamente (come comprensivo, cioè, di magistratura requirente e giudicante, per usare la terminologia italiana).

Si esamineranno i vari momenti chiave di tale interazione, ovvero dapprima il “reclutamento dei magistrati”<sup>3</sup>, con particolare attenzione alla modalità più rilevante al riguardo, l'elezione popolare (§ 2), e poi il loro lavoro di tutti i giorni (§ 3), per poi concludere con alcune osservazioni finali (§ 4). Il tema appare di particolare interesse negli Stati Uniti per via della peculiare funzione del giudice in un

---

<sup>1</sup> I due termini vengono qui impiegati come sinonimi.

<sup>2</sup> Sia consentito rinviare per questa formulazione a R. DE CARIA, *The Constitutional Right to Lobby on the Two Sides of the Atlantic: Between Freedom and Democracy*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, (2)3: 452-478 (2013).

<sup>3</sup> È il titolo del Capitolo X del lavoro di Sara Volterra, ricordato poco oltre nel testo, *L'indipendenza del giudice negli Stati degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1970.

ordinamento di *common law*, dove, pur in quadro di crescente positivizzazione e produzione legislativa del diritto, permane il suo tradizionale ruolo di produttore di norme<sup>4</sup>. Dove il giudice è legislatore<sup>5</sup>, è dunque inevitabile che il *lobbying* si concentri anche su di esso, e che ciò sia normalmente parte della fisiologia del sistema, senza essere necessariamente un fatto patologico, come invece lo si tende a percepire al di qua dell'oceano.

Ciononostante, la pressione sui pubblici decisori da parte dei gruppi d'interesse solleva delicate questioni anche nel sistema istituzionale americano, per cui la questione merita attenzione come spaccato dello stato di salute e del funzionamento del sistema democratico nel suo complesso: anche in ottica comparatistica, è utile osservare quali conclusioni abbia raggiunto l'ordinamento degli Stati Uniti su una questione così nevralgica per le istituzioni democratiche, tenuto conto appunto del fatto che, di per sé, il *lobbying* viene ricostruito negli Usa come diritto fondamentale<sup>6</sup>, e dunque da proteggere in via generale, pur se rivolto verso un decisore pubblico dalle caratteristiche sue proprie come il giudice.

Il ruolo del giudice negli Stati Uniti è stato un tema molto presente negli studi della Professoressa Volterra, attraversando ampie parti della sua produzione; in particolare, un riferimento essenziale per questo scritto è la monografia *L'indipendenza del giudice negli Stati degli Stati Uniti d'America*, pubblicata per i tipi di Giuffrè nel 1970.

Il volume di Volterra si concentrava specificamente sui singoli Stati, e si tratta dunque di un'opera di estrema importanza per qualunque tentativo di avvicinamento alla materia nel suo complesso, anche se qui, oltre che a quelli statali, l'attenzione verrà rivolta in parte anche all'ordinamento federale (dove i giudici, in base all'art. II Cost., sono nominati dal Presidente "*by and with the advice and consent of the Senate*"), cercando di trarre i principi generali all'interno dei quali viene inquadrato il fenomeno oggetto di attenzione.

Peraltro, più che per il dato normativo, l'interesse è appunto per il piano dei principi generali, come si possono ricavare dalla giurisprudenza, in specie della Corte Suprema, anch'essa al centro della riflessione di Volterra: si pensi al volume da lei curato in anni molto più recenti, *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)*, uscito nel 2003 per Giappichelli, all'interno del quale figura un suo specifico saggio, piuttosto approfondito, sul tema dei *Gruppi minoritari ed emarginati davanti alla Corte Suprema tra il 1874 e il 1910*<sup>7</sup>. Anche questo lavoro è rilevante per il tema qui affrontato: pur occupandosi soprattutto degli esiti di importanti decisioni in materia di donne, nativi americani, afroamericani e asiatici, mentre il nostro oggetto è tangente a questo, consistendo soprattutto nel processo attraverso cui si giunge a queste ed altre pronunce, questo scritto illumi-

---

<sup>4</sup> Per un inquadramento, cfr., tra i moltissimi, V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2002, 285 ss.

<sup>5</sup> Per riprendere il titolo del celeberrimo studio di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>6</sup> Come si ricava indirettamente dalla pronuncia della Corte Suprema in *United States v. Harris*, 347 U.S. 612 (1954).

<sup>7</sup> 49-124.

na ambiti dove è particolarmente rilevante l'operato dei gruppi di pressione<sup>8</sup> (anche) in sede giudiziaria.

## 2. L'influenza dei gruppi di pressione sul reclutamento dei magistrati, alla luce di due recenti pronunce della Corte Suprema (in particolare, la questione del finanziamento delle loro campagne elettorali a livello statale).

La selezione dei magistrati è un momento cruciale ai fini del nostro tema. Più rilevante, perché – come si vedrà – oggetto di una compiuta riflessione giuridica in sede giurisprudenziale, è in particolare il tema della selezione dei giudici dei singoli Stati, ed in effetti a questo aspetto dedicherò la gran parte dello spazio di questo paragrafo, a partire da una pronuncia della Corte Suprema federale del 2009.

Ma certamente, stante il modello di reclutamento<sup>9</sup>, che prevede la scelta da parte del Presidente e la conferma da parte del Senato, esiste un vivacissimo *lobbying* anche con riferimento alle posizioni di giudice federale<sup>10</sup> (nonché alle varie cariche di *attorney*, figura parzialmente sovrapponibile al pubblico ministero italiano). Si tratta però di un fenomeno più difficile da studiare, o che comunque è sempre stato tradizionalmente terreno d'indagine di discipline diverse da quelle giuridiche: infatti, le pressioni da parte dei gruppi d'interesse per ottenere (o scongiurare) la nomina, da parte del Presidente, e poi la conferma (o meno), da parte del Senato (prima nel suo *judiciary committee*, e poi in assemblea plenaria), di un soggetto ad una carica giudiziaria federale si svolgono in un quadro essenzialmente non regolamentato, fatto salvo per le norme di applicazione generale aventi ad oggetto l'attività di lobbista<sup>11</sup>, per cui gli studi in argomento sono più spesso di carattere sociologico e politologico.

Ciò non toglie, comunque, che la dimensione federale vada quanto meno tenuta sullo sfondo, tanto più se si considera la portata degli sforzi profusi da innumerevoli organizzazioni d'interesse in occasione di nomine di particolare rilievo, e fra tutte quella di giudice della Corte Suprema federale. Casi celebri di opposizione riuscita come quella nei confronti del giudice Bork<sup>12</sup> si inquadrano in uno sce-

---

<sup>8</sup> Che, non va dimenticato, sono anche, specialmente nell'ordinamento americano, i gruppi di soggetti deboli.

<sup>9</sup> Cfr. al riguardo F. CASSELLA, *La magistratura*, in E. PALICI DI SUNI (cur.), *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, Wolters Kluwer Cedam, Vicenza 2015<sup>3</sup>, 161 ss., e in particolare 176 ss.

<sup>10</sup> Cfr., già diversi anni fa, G.A. CALDEIRA-M. HOJNACKI-J.R. WRIGHT, *The Lobbying Activities of Organized Interests in Federal Judicial Nominations*, 62(1) *The Journal of Politics*, 51 (2000); G.A. CALDEIRA-J.R. WRIGHT, *Lobbying for Justice: Organized Interests, Supreme Court Nominations, and the United States Senate*, 42(2) *American Journal of Political Science*, 499 (1998); G.A. CALDEIRA-J.R. WRIGHT, *Lobbying for Justice: The Rise of Organized Conflict in the Politics of Federal Judgeships*, in L. EPSTEIN (cur.), *Contemplating Courts*, Congressional Quarterly Press, Washington, DC, 1995.

<sup>11</sup> I tentativi di influenzare la conferma da parte del Senato rientrano infatti nelle attività di *lobbying* in senso tecnico; esistono alcune restrizioni soltanto per i gruppi non profit, ma comunque limitate: cfr. IRS, *Attempts by Exempt Organizations to Influence Judicial Appointments*, disponibile su <https://www.irs.gov/charities-non-profits/attempts-by-exempt-organizations-to-influence-judicial-appointments>.

<sup>12</sup> Su cui cfr., tra tanti, R.M. DWORKIN, *The Bork Nomination*, 9 *Cardozo L. Rev.* 101 (1987-

nario analogo a quello della controversia politico-costituzionale scatenatasi con la morte del giudice Scalia verso la fine del mandato di Obama<sup>13</sup>, che ha portato molti, in assenza di precisi vincoli costituzionali sul punto, ad interrogarsi circa l'opportunità di una nomina da parte del presidente uscente. Nomina che è poi avvenuta nella persona di Merrick Garland, ma che la maggioranza repubblicana al Senato è riuscita a bloccare.

Ed un'accesa battaglia politica si è già aperta anche con riferimento al procedimento di conferma del candidato nominato dal Presidente Trump, che mentre scriviamo è appena stato annunciato nella persona di Neil Gorsuch. Ma notevole importanza rivestono anche, per quanto attraggano inevitabilmente minor attenzione mediatica, le nomine di tutti gli altri giudici federali, cariche di grande prestigio e potere.

Ma venendo a considerare gli ordinamenti statali, le cui corti si occupano peraltro di circa il 95% del totale delle cause discusse negli Stati Uniti<sup>14</sup>, a questo livello molti magistrati – sia con funzione giudicante, sia per quanto attiene agli *attorney* di vario livello – vengono selezionati sulla base di un procedimento elettorale<sup>15</sup>, in alcuni casi su scheda di partito, in altri con elezione di tipo *non partisan*<sup>16</sup>. A prescindere da quale delle due modalità venga in concreto adottata, ciò che conta è per l'appunto l'esistenza in entrambi i casi di un'autentica elezione, ovvero il processo per definizione più partigiano possibile, per reclutare i soggetti che dovrebbero svolgere la funzione più imparziale e indipendente possibile<sup>17</sup>.

Come spiega Voltterra, «il sistema di elezione popolare dei magistrati non è di antica tradizione»<sup>18</sup>: esso si affermò solo (sempre, s'intende, soltanto a livello statale) «nel periodo che seguì la guerra civile americana (dopo il 1865)», come risposta al «fenomeno delle oligarchie di potere, [al]la nascita dei *robber barons* e dei *boss* e [ad] un periodo di attivismo giudiziario»<sup>19</sup>. Si diffuse, infatti, «la fiducia che l'uomo comune attraverso l'esercizio del voto, potesse porre freno alle ingiustizie e dirigere i poteri dello Stato conformemente alla propria volontà. [...] Il giudiziario venne a trovarsi al centro degli interessi politici e i problemi del reclutamento furono risolti anche in funzione di questi interessi»<sup>20</sup>.

Anche se successivamente «si riproporrà il dubbio: se il popolo eserciti veramente un'influenza nelle elezioni giudiziarie o se non sia piuttosto scavalcato da altri centri di potere che esercitano un'influenza negativa tale da compromettere

---

1988), nonché M.J. HORWITZ, *The Meaning of the Bork Nomination in American Constitutional History*, 50 *Univ. Pittsburgh Law Review*, 655 (1989).

<sup>13</sup> Su cui cfr. R.B. KAR-J. MAZZONE, *The Garland Affair: What History and the Constitution Really Say About President Obama's Powers to Appoint a Replacement for Justice Scalia*, 91 *NYU Law Review Online* 53 (2016).

<sup>14</sup> Così il *Brennan Center for Justice*, alla pagina *Rethinking Judicial Selection*.

<sup>15</sup> Per una descrizione generale, cfr. la pagina *State Courts* sul sito <https://system.uslegal.com/state-courts/>.

<sup>16</sup> Cfr. S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 303-304.

<sup>17</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., Capitolo II, 51-165.

<sup>18</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 9.

<sup>19</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 4.

<sup>20</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 4-5.

sia l'efficienza dei tribunali che l'indipendenza dei giudici»<sup>21</sup>, di fatto comunque «la tendenza all'elettività del giudice [...] si impose dopo il 1865 in quasi tutti gli Stati e [...] fu ritenuta una conquista democratica e la risposta a vari tentativi [...] di fare della magistratura lo specchio delle istanze di fondo della società»<sup>22</sup>.

Volterra ricorda poi come il movimento per l'elezione popolare dei giudici si era iniziato a consolidare sulla base della «convinzione di gran parte del pubblico che i giudici non fossero in grado di tutelare in modo soddisfacente interessi e aspirazioni popolari. In particolar modo, si riteneva che la posizione dei debitori nei confronti delle classi creditrici dovesse essere tutelata nel periodo di crisi economica che seguì la rivoluzione. La convinzione che i magistrati esercitassero una giustizia di classe si venne precisando sempre più e fu sempre più chiaramente espressa dal momento in cui la situazione politica consentì a persone appartenenti a tutte le categorie sociali di acquistare maggior valore nel governo della cosa pubblica»<sup>23</sup>.

Inizialmente, prese corpo un movimento per la limitazione della durata della carica dei giudici, in precedenza nominati a vita<sup>24</sup>, ma «in un secondo momento, [...] quando non parve più possibile avere fiducia nei legislatori o nei governatori [che nominavano i giudici<sup>25</sup>], [...] si asserì che solo l'elezione diretta dei giudici avrebbe consentito sia di responsabilizzare i giudici verso le istanze popolari, e insieme di togliere il giudiziario dalle manipolazioni degli apparati che facevano delle cariche giudiziarie le pedine di un gioco di potere»<sup>26</sup>: l'elezione popolare, cioè, fu intesa inizialmente proprio per sottrarre il procedimento di selezione dei giudici allo scontro politico *partisan*.

Dopo il Mississippi, che nel 1832 fu il primo stato ad introdurre l'elezione popolare di tutti i giudici, la prassi si diffuse gradualmente nella gran parte degli Stati, e ad oggi è adottata da 39 Stati su 50<sup>27</sup>.

Con il passare del tempo, la questione che è divenuta centrale in relazione a questa evoluzione è che l'elezione popolare comporta autentiche campagne elettorali, e le campagne elettorali per l'elezione dei giudici hanno seguito la tendenza delle campagne elettorali per le cariche politiche, ovvero un incremento dei costi per poterle sostenere<sup>28</sup>. Diviene così cruciale, anche per le elezioni giudiziarie, la

---

<sup>21</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 5.

<sup>22</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 5.

<sup>23</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 5-6.

<sup>24</sup> A questo proposito, scrive S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., *passim* 16-19, «la elezione popolare doveva affermarsi con maggior facilità del principio della limitazione della durata, ma solamente in epoca più tarda. [...] La richiesta di elezione popolare della magistratura era dunque, in epoca rivoluzionaria e negli anni che la precedono e la seguono, ancora di là da venire. [...] Fino al 1838 l'elezione ad opera del legislativo rimase il sistema dominante».

<sup>25</sup> In effetti, come spiega S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 12, «una larga parte dell'opinione pubblica americana era d'accordo sul fatto che il giudiziario dovesse essere subordinato all'assemblea legislativa in quanto questa era diretta emanazione del popolo e rappresentava meglio di qualsiasi altro organo statale la volontà popolare».

<sup>26</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 7.

<sup>27</sup> Questo il dato riportato ad es. dal giudice Scalia nel suo *dissent* proprio in *Caperton*: 556 U.S. 902 (2009), che rimane a tutt'oggi valido.

<sup>28</sup> Un'analisi in senso critico è quella compiuta congiuntamente da Justice at Stake, dal Bren-

capacità del candidato di raccogliere denaro da finanziatori piccoli e grandi, un aspetto delicato per le cariche politiche, ma a maggior ragione per i giudici, potendo ciò determinare l'insorgere di situazioni di conflitto d'interesse e minare la loro terzietà e indipendenza<sup>29</sup>.

La questione è giunta in anni recenti all'attenzione della Corte Suprema degli Usa, in una vicenda processuale molto discussa anche al di fuori del dibattito specialistico<sup>30</sup>, e su cui mi intratterò diffusamente, perché racchiude tutti gli aspetti rilevanti del tema che ci occupa (essa attiene certamente anche all'operato quotidiano delle corti, oggetto del prossimo paragrafo, tuttavia ciò che viene realmente in questione, e che vorrei mettere in rilievo, è il quadro costituzionale legato all'elezione dei giudici).

### 2.1. *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.* (2009).

Si tratta del caso *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*<sup>31</sup>, deciso l'8 giugno 2009 dal-

---

nan Center for Justice e dal National Institute on Money in State Politics, intitolata *The New Politics of Judicial Elections*, e andata avanti per una dozzina d'anni con cadenza non sempre regolare fino alla sua interruzione con l'ultima pubblicazione del 2013-14; l'archivio completo è disponibile su <http://www.justiceatstake.org/resources/the-new-politics-of-judicial-elections/>. Il tema rimane comunque di interesse di questi enti: v. ad es. lo studio di A. Bannon per il Brennan Center for Justice, *Rethinking Judicial Selection in State Courts*, 6 giugno 2016, disponibile su [http://www.brennancenter.org/sites/default/files/publications/Rethinking\\_Judicial\\_Selection\\_State\\_Courts.pdf](http://www.brennancenter.org/sites/default/files/publications/Rethinking_Judicial_Selection_State_Courts.pdf), o il loro comunicato stampa *Spending By Outside Groups in Judicial Races Hits Record High, Secret Money Dominates*, 15 novembre 2016; nonché la pagina *Campaign Spending and the Courts* sul sito di Justice at Stake. In senso contrario, C.W. BONNEAU-M. GANN HALL, *In Defense of Judicial Elections*, Routledge, New York and London, 2009, 132, nel capitolo dedicato a *Debunking Popular Myths of Judicial Reform*, affermano che «*contrary to conventional wisdom, nonpartisan elections increase the costs of campaigns, whereas partisan elections significantly decrease these costs, other things being equal. Rather than reducing demands on judges to solicit campaign contributions and generate large campaign war chests, nonpartisan elections do the opposite*»; a cura degli stessi Autori, v. anche *Judicial Elections in the 21st Century*, Routledge, New York and London, 2017. In argomento, v. anche M.J. STREB (cur.), *The Rising Political, Financial, and Legal Stakes of Judicial Elections*, New York University Press, New York and London, 2007.

<sup>29</sup> A questo proposito, alcuni Stati hanno introdotto meccanismi di finanziamento pubblico delle elezioni giudiziarie: cfr. al riguardo lo studio di C.G. GEYH, *Publicly Financed Judicial Elections: An Overview*, 34 *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1467 (2001); v. anche le riflessioni di D. GOLDBERG-J. SAMPLE-D.E. POZEN, *The Best Defense: Why Elected Courts Should Lead Recusal Reform*, 46 *Washburn Law Journal*, 503 (2007).

<sup>30</sup> Essa è stata perfino la fonte di ispirazione di un romanzo di John GRISHAM, *The Appeal* (tr. it. *Ultima sentenza*, Mondadori, Milano, 2008).

<sup>31</sup> 556 U.S. 868 (2009). Tra i numerosi commenti apparsi in dottrina, ricordo: L. LESSIG, *What Everybody Knows and What Too Few Accept*, 123 *Harv. L. Rev.* 104 (2009-2010); P.S. KARLAN, *Electing Judges, Judging Elections, and the Lessons of Caperton*, 123 *Harv. L. Rev.* 80 (2009-2010); *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.: Due Process Limitations on the Appearance of Judicial Bias*, 123 *Harv. L. Rev.* 73 (2009-2010); R.E. FLAMM, *History of and Problems with the Federal Judicial Disqualification Framework*, 58 *Drake L. Rev.*, 751 (2009-2010); M. TARKINGTON, *A Free Speech Right to Impugn Judicial Integrity in Court Proceedings*, 51 *B.C. L. Rev.*, 363 (2010); N.R. SMITH-R.S. PECK, *A Jurist and a Lawyer Consider Judicial Recusal after Caperton*, 52 *Judges J.*, 26 (2013); L.H. RAMBO, *High Court Pretense, Lower Court Candor: Judicial Impartiality after Caperton v. Massey Coal Co.*, 13 *Cardozo Pub. L. Policy & Ethics J.*, 441 (2015); A. LIPTAK-K. SWISHER-J. SAMPLE-B.A. SMITH, *Caperton and the Courts: Did the Floodgates Open?*, 18 *N.Y.U.J. Legislation and Public Pol-*

la Corte Suprema. La controversia era stata promossa da Caperton e altri per risarcimento danni da responsabilità contrattuale contro la Massey Coal, una grossa società del carbone e le sue controllate, e aveva condotto nell'agosto 2002 ad una prima condanna delle convenute, da parte della *trial court*, ad un risarcimento danni di 50 milioni di dollari, stabilita da una giuria della West Virginia.

Nel giugno 2004, un'impugnazione del verdetto da parte della Massey fu rigettata; successivamente, nel novembre 2004 si tennero in quello Stato le elezioni giudiziarie. In previsione del fatto che la pronuncia sarebbe stata impugnata davanti al massimo organo giudiziario dello Stato, la Supreme Court of Appeals, Don Blankenship, presidente e amministratore delegato della Massey, donò l'estremamente alta cifra di 3 milioni di dollari alla campagna con cui Brent Benjamin cercava di scalzare il giudice in carica da un seggio in quell'organo (e aiutò nella raccolta di altri contributi)<sup>32</sup>. La campagna di Benjamin fu vittoriosa (egli ottenne il 53,3% dei voti, con un margine di meno di 50 mila voti).

Dopo la sua elezione (e dopo nel marzo 2005 che era stata rigettata un'ulteriore impugnazione della Massey alla *trial court*), nell'ottobre 2005 Caperton lo ruscò, prima ancora che la Massey promuovesse il suo ricorso, sulla base della *Due Process Clause* della Costituzione (XIV emendamento) e del *Code of Judicial Conduct* di quello stato, facendo valere il suo conflitto d'interesse.

L'ormai giudice Benjamin però ad aprile 2006 rigettò l'istanza, rifiutando di astenersi, non ritenendo di avere alcun pregiudizio a favore o contro una delle parti. Il caso dunque proseguì, la Massey presentò l'impugnazione a dicembre 2006, e la Corte Suprema della West Virginia, in cui ormai sedeva il giudice Benjamin, nel novembre 2007 ribaltò il giudizio, con una decisione 3 a 2, dunque con il voto decisivo di questi, annullando la pesante condanna pecuniaria.

Nel procedimento di riesame, durante il quale il giudice Benjamin rifiutò un'altra volta di astenersi (mentre altri due giudici, uno della maggioranza e uno della minoranza, decisero in tal senso, portando Benjamin a svolgere la funzione di *Chief Justice* supplente, e dunque a scegliere i due giudici sostituti<sup>33</sup>), la corte ad aprile 2008 confermò (nuovamente per 3 a 2) il ribaltamento del verdetto della giuria; quattro mesi dopo (e dopo che nel frattempo era stato presentato ricorso alla Corte Suprema federale), il giudice Benjamin presentò un'opinione concorrente, a sostegno della decisione della corte e della propria decisione in merito alla ricasazione e omessa astensione.

La Corte Suprema federale accettò di riesaminare il caso, e in una sentenza con voto 5 a 4, in cui l'opinione di maggioranza fu redatta dal giudice Kennedy, fece applicazione del precedente *Withrow v. Larkin*, in cui si era stabilito il princi-

---

icy, 481 (2015); J.H. SHUGERMAN-D.L. BASSETT-G.S. PARKS-D. BAM-R.R. PERSCHBACHER, *Caperton's Next Generation: Beyond the Bank*, 18 *N.Y.U.J. Legislation and Public Policy*, 587 (2015).

<sup>32</sup> Formalmente, Blankenship donò 1000 dollari direttamente (il limite massimo) e circa 2 milioni e mezzo (più di due terzi del totale delle donazioni da esso raccolte) ad un comitato che sosteneva la candidatura di Benjamin intitolato "And For The Sake Of The Kids" ("Per il bene dei bambini"); inoltre, spese circa 500 mila dollari per comunicazioni elettorali di vario tipo sempre a sostegno di quel candidato. Come ricorda la sentenza della Corte Suprema, il totale di 3 milioni superò il totale speso da tutti gli altri sostenitori di Benjamin, e fu tre volte la somma spesa dal comitato elettorale dello stesso Benjamin.

<sup>33</sup> Il che portò ad una nuova ricasazione di Benjamin, rifiutata per la terza volta.

pio che l'astensione è richiesta quando «la probabilità di un effettivo pregiudizio da parte del giudice o del decisore è troppo elevata per essere costituzionalmente tollerabile»<sup>34</sup>, e concluse che, nel caso di specie, il rispetto del *due process* avrebbe effettivamente richiesto l'astensione da parte del giudice Benjamin.

L'astensione, infatti, non va considerata dovuta soltanto quando un giudice abbia «un interesse diretto, personale, concreto, pecuniario» nel caso che lo occupa<sup>35</sup>, e non occorre una dimostrazione di un effettivo pregiudizio, ma è sufficiente la potenzialità del medesimo, e la Corte ritenne che essa andasse ravvisata in un caso sotto ogni aspetto “estremo”, come questo, in cui Blankenship ebbe un'influenza “significativa e sproporzionata”<sup>36</sup> «nel far sì che il giudice si occupasse del caso, raccogliendo fondi o coordinando la campagna per l'elezione del giudice quando il caso era pendente o in procinto di essere trattato»<sup>37</sup>.

Il cuore del ragionamento sta nella considerazione dell'entità dei contributi di Blankenship in relazione al totale dei contributi ricevuti da Benjamin, al totale delle spese effettuate per quell'elezione, e al loro evidente effetto sugli esiti della medesima. Non si tratta, spiega il giudice Kennedy, di stabilire se i contributi furono una causa necessaria e sufficiente della vittoria di Benjamin: in un'elezione dal margine di vittoria relativamente ristretto, i contributi di Blankenship ebbero necessariamente un'influenza “significativa e sproporzionata” sull'esito, e tanto basta a ritenere violato il *due process* per effetto della mancata astensione, anche alla luce della connessione temporale degli eventi rilevanti, tali per cui si può ritenere che Blankenship sia riuscito a scegliere in anticipo il giudice per la propria causa.

È interessante comunque considerare anche le due opinioni dissenzienti, del *Chief Justice* Roberts e di Scalia. Roberts afferma che la “probabilità di pregiudizio” da parte del giudice non era mai stata inclusa tra le ragioni di una sua astensione né nel *common law*, né nella giurisprudenza sulla *Due Process Clause*, e critica l'estrema incertezza risultante dalla scelta della Corte di ricondurre a quest'ultima appunto un principio così indeterminato. Il rischio paventato è infatti paradossalmente quello di «erodere la fiducia nell'imparzialità dei giudici più di quanto non faccia un caso isolato di omessa astensione in una particolare circostanza»<sup>38</sup>.

Una simile regola avrebbe potuto senz'altro essere imposta dai singoli Stati, che sono liberi di stabilire limiti più stringenti rispetto a quanto richiesto dalla *Due Process Clause*, ma ricavarla da quest'ultima è un'operazione impropria e controproducente.

Da ultimo, Roberts mette in discussione nel merito l'analisi della maggioranza, rilevando come, in realtà, gli effettivi contributi diretti al giudice da parte di Blankenship fossero solo 1000 dollari, mentre i 3 milioni erano consistiti in spese a suo favore, ma indipendenti dal suo controllo; inoltre, anche l'altro candidato aveva

---

<sup>34</sup> 421 U.S. 35, 47 (1975).

<sup>35</sup> Come stabilito dal precedente *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510, 523, sulla base delle regole di *common law* trasfuse nella *Due Process Clause*.

<sup>36</sup> 556 U.S. 881-883 (2009).

<sup>37</sup> 556 U.S. 881 (2009).

<sup>38</sup> 556 U.S. 887 (2009).



avuto cospicue spese a suo favore, ad esempio da un'associazione indipendente denominata "Consumers for Justice"; ancora, *Blankenship* aveva effettuato spese cospicue anche in altre precedenti elezioni in *West Virginia*.

Pertanto, non era affatto scontato che avesse influenzato l'esito delle elezioni: semplicemente, gli elettori, cui andrebbe dato "più credito" di quanto non faccia la maggioranza, dando un po' per scontato che si siano fatti condizionare dalla propaganda finanziata da *Blankenship*, potrebbero aver liberamente ritenuto *Benjamin* il candidato migliore, anche alla luce di alcuni errori del suo avversario.

Su una simile lunghezza d'onda si muove Scalia, che concorda nel ritenere che l'effetto della decisione sarà contrario a quello auspicato dalla maggioranza, ovvero minare ulteriormente la fiducia del popolo nel sistema giudiziario, rafforzando la convinzione che si tratti di un gioco, dove vince il soggetto che ha più soldi per pagarsi il miglior avvocato. Del resto, non tutti i mali possono e devono essere rimediati attraverso la Costituzione: talvolta, piegarla a fin di bene, generando un'inevitabile incertezza negli operatori, può provocare in realtà dei danni considerevoli.

## 2.2. *Williams-Yulee v. The Florida Bar* (2015).

A distanza di alcuni anni, la Corte Suprema federale ha affrontato un nuovo caso relativo alle elezioni giudiziarie (statali), *Williams-Yulee v. The Florida Bar*<sup>39</sup>, concernente un'avvocata che era stata soggetta a sanzione disciplinare perché, in occasione della sua candidatura a una posizione da giudice, aveva violato una regola del *Code of Judicial Conduct*, fatta propria anche dalla sua organizzazione professionale e basata a sua volta sull'*American Bar Association's Model Code of Judicial Conduct*, che vietava ai candidati a giudice di sollecitare personalmente l'elargizione a proprio favore di finanziamenti elettorali. L'avvocato Yulee, invece, aveva mandato via posta e pubblicato su internet una lettera in cui faceva proprio questo.

L'ordine degli avvocati della Florida la sottopose dunque a procedimento disciplinare presso la Supreme Court di quello Stato, e l'avvocato Yulee fu effettivamente soggetta a censura e condannata a pagare le spese di giudizio. Yulee ottenne che il suo caso fosse riconsiderato dalla Corte Suprema federale, che però respinse il suo ricorso, con una decisione 5 a 4, ma non secondo le tradizionali linee ideologiche: il voto decisivo a favore della tesi dei giudici liberal non giunse infatti da Kennedy, che invece votò con i giudici conservatori, ma dal Chief Justice Roberts, autore anche dell'*opinion* della Corte; i giudici Breyer e Ginsburg si unirono con dei *concurrere*, mentre Kennedy, Scalia e Alito espressero i propri *dissent*.

La doglianza della ricorrente era basata sul Primo Emendamento<sup>40</sup>: Yulee so-

---

<sup>39</sup> 575 U.S. \_\_\_ (2015). Anche in questo caso, sono molti i commenti apparsi in dottrina. Ricordo tra i tanti: C. CALVERT, *Underinclusivity and the First Amendment: The Legislative Right to Nibble at Problems after Williams-Yulee*, 48 *Ariz. St. L. J.*, 525 (2016); M.L. WRIGHT, *Williams-Yulee v. Florida Bar: Judicial Elections, Impartiality, and the Threat to Free Speech*, 93 *Denv. L. Rev.*, 551 (2016); J.O. MCGINNIS, *Neutral Principles and Some Campaign Finance Problems*, 57 *Wm. & Mary L. Rev.*, 841 (2016); *Constitutional Law*, 129 *Harv. L. Rev.* 181, 231-240 (2015-2016); J.A. MONDEL, *Mentally Awake, Morally Straight, and Unfit to Sit: Judicial Ethics, the First Amendment, and the Boy Scouts of America*, 68 *Stan. L. Rev.*, 865 (2016).

<sup>40</sup> Reso applicabile agli Stati dal XIV Emendamento, come affermato espressamente dalla Corte Suprema federale in *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 368 (1931).

steneva infatti, apparentemente in linea con la giurisprudenza consolidata sul finanziamento elettorale in ambito politico, che la restrizione sulla base della quale era stata sanzionata violasse la sua libertà di espressione, protetta appunto dal Primo Emendamento.

Ma la maggioranza dei giudici della Corte Suprema fu di diverso avviso, e il cuore del ragionamento sta già tutto nelle considerazioni con cui si apre l'opinione di Roberts: «in uno sforzo di *preservare la fiducia popolare* nell'integrità dei rispettivi ordini giudiziari, molti degli Stati [che hanno scelto di eleggere i propri giudici] vietano ai giudici e ai candidati a giudice di richiedere personalmente fondi per le proprie campagne. Dobbiamo decidere se il Primo Emendamento consente tali restrizioni sulla manifestazione del pensiero. Riteniamo che lo faccia. *I giudici non sono politici*, anche quando giungono alla carica tramite le urne. E *la decisione di uno Stato di eleggere i propri giudici non lo obbliga a trattare i candidati a giudice come candidati che fanno campagna per una carica politica*. Uno Stato può assicurare al proprio popolo che i giudici applicheranno la legge senza timori reverenziali o favoritismi, e senza aver personalmente chiesto a nessuno del denaro»<sup>41</sup>.

Roberts muove in primo luogo da una considerazione ricorrente nella giurisprudenza della Corte Suprema sul finanziamento elettorale in senso lato, ovvero la necessità che le restrizioni siano mirate a salvaguardare l'immagine delle istituzioni: come in molte pronunce si individua nella "*appearance of corruption*" un obiettivo da evitare che giustifica (o meglio, che è l'unico a poter giustificare) le restrizioni alle libertà di finanziamento, spesa o sollecitazione, similmente qui Roberts e la Corte si preoccupano di salvaguardare la "*public confidence*" verso il giudiziario.

Il *Chief Justice* traccia poi una distinzione cruciale tra le elezioni politiche in senso stretto, per le quali valgono i principi ripetutamente affermati, e le elezioni giudiziarie, un ambito molto più delicato che giustifica agli occhi dei giudici restrizioni più penetranti, come appunto nel caso di specie. *L'opinione* di Roberts, o almeno la parte che più viene in rilievo qui, è uno sviluppo di questa considerazione.

Fondandosi anche su *Caperton*, oltre che su un altro precedente, *Republican Party of Minn. v. White*<sup>42</sup>, il *Chief Justice* afferma che «l'importanza della fiducia popolare nell'integrità dei giudici deriva dalla posizione del potere giudiziario all'interno del sistema di governo»<sup>43</sup>, che è diversa da quella dell'esecutivo e del legislativo: pertanto anche i precedenti in materia di finanziamento elettorale per cariche politiche non sono rilevanti. Infatti, «i politici devono rispondere adeguatamente alle preferenze dei loro sostenitori. [...] Non vale lo stesso per i giudici. Nel decidere, un giudice non deve seguire le preferenze dei suoi sostenitori, o offrire alcuna speciale attenzione ai suoi finanziatori. [...] Come in *White*, quindi, i nostri precedenti che applicato il Primo Emendamento alle elezioni politiche hanno poco peso sulle questioni qui considerate»<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> 575 U.S. \_\_\_ (2015), 1 della *slip opinion*; corsivi aggiunti.

<sup>42</sup> 536 U.S. 765 (2002).

<sup>43</sup> 575 U.S. \_\_\_ (2015), 9 della *slip opinion*.

<sup>44</sup> 575 U.S. \_\_\_ (2015), 10-11 della *slip opinion*.

Roberts conclude dunque osservando che il dibattito sull'opportunità o meno delle elezioni giudiziarie attraversa gli Stati Uniti sin dalla loro fondazione, avendo visto opinioni opposte al riguardo anche tra due padri fondatori come Hamilton e Jefferson: «non è il nostro compito quello di risolvere questo lungo dibattito. Il nostro onere si limita ad applicare la Costituzione alla questione presentata in questo caso. I candidati a giudice hanno un diritto garantito dal Primo Emendamento a parlare a sostegno delle proprie campagne. Gli Stati hanno un interesse preminente [*compelling interest*] a preservare la fiducia popolare nei loro ordini giudiziari. Quando lo Stato adotta una limitazione configurata in modo restrittivo come quella in considerazione qui, quei principi non confliggono. La decisione di uno Stato di eleggere i propri giudici non lo obbliga a compromettere la fiducia popolare nella loro integrità»<sup>45</sup>.

Questa distinzione tra elezioni politiche e giudiziarie è alla base anche del *conurrence* della giudice Ginsburg, mentre i *dissenter*, Scalia in testa, sono poco persuasi da questi *distinguishing* dei precedenti, e ritengono che al contrario si sarebbe dovuta fare applicazione anche in questo caso della giurisprudenza in materia di campagne elettorali, che invece qui viene “rasa al suolo” un principio dopo l'altro, proprio in un ambito sensibile, quale quello elettorale, dove maggiore sarebbe l'importanza di proteggere la fondamentale libertà di manifestazione del pensiero<sup>46</sup>.

Vale la pena citare un passo che compare sul finale del *dissent* di Scalia, uno degli ultimi scritti prima della sua morte improvvisa nel febbraio dell'anno seguente: «La Corte cerca di simulare la sua neutralità tra nomina ed elezione dei giudici, ma nessuno si deve far ingannare. Una Corte che trova qualcosa di improprio nella richiesta da parte di un candidato di qualunque contributo alla sua campagna elettorale non ama particolarmente la selezione dei giudici da parte del popolo. Non si possono avere elezioni giudiziarie senza campagne elettorali giudiziarie, e campagne elettorali giudiziarie senza fondi per fare campagna, e fondi per fare campagna senza chiederli. Quando una società decide che i suoi giudici debbano essere eletti, necessariamente decide che la selezione da parte del popolo è più importante della profetica santità dei giudici, della loro immunità dalla (che brividi!) indegnità del dover implorare fondi, e della loro dispensa da quelle ombre di inappropriately che si posano sui proletari funzionari pubblici che debbono farsi eleggere. Una società libera, abituata ad eleggere i propri governanti, non si cura particolarmente se i governanti operano tramite leggi e *executive order*, o tramite la distorsione giudiziaria di leggi, *executive order* e Costituzione. La regola per cui i giudici vanno eletti probabilmente deriva dalla realizzazione popolare che i loro giudici possono divenire i loro governanti – e (va detto) da un'intima sensazione che ai membri del Terzo Potere farà bene una bella dose di umiltà, e una considerevole riduzione della loro notevole distanza dal (bleah!) popolo»<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> 575 U.S. \_\_\_ (2015), 21-22 della *slip opinion*.

<sup>46</sup> Su questo aspetto torna anche il giudice Kennedy nel suo *dissent*.

<sup>47</sup> 575 U.S. \_\_\_ (2015), SCALIA J., dissenting, 12 della *slip opinion*. Nel passo appena precedente, Scalia ironizzava sulla preferenza, da parte dell'ordine degli avvocati (la ABA, che aveva formulato per prima la regola controversa), per un sistema di selezione dei giudici da parte di un comitato di avvocati, che individua una rosa all'interno della quale poi gli organi politici scelgo-

Anche Kennedy non concorda con l'opinione della maggioranza, e l'aspetto più rilevante ai nostri fini è la considerazione per cui occorre aver fiducia nell'elettorato: «non rientra nella tradizione del Primo Emendamento del nostro Paese restringere la libertà di parola semplicemente perché il governo ritiene che una questione sia troppo difficile o troppo profonda per gli elettori. [...] Con informazioni dettagliate sulle azioni di un candidato nel richiedere fondi, gli elettori potrebbero essere meglio informati nello scegliere quei giudici che sono preparati a fare giustizia “senza timori reverenziali o favoritismi”<sup>48</sup>. Le manifestazioni del pensiero che la Corte ora ritiene precluse avrebbero potuto esse stesse essere istruttive a questo proposito, e avrebbero potuto essere aperte allo scrutinio da parte dell'elettorato. Le elezioni giudiziarie, non meno di altre elezioni, presuppongono una fede nella democrazia. Le elezioni giudiziarie non fanno eccezione alla premessa per cui le elezioni possono essere istruttive»<sup>49</sup>: purché anche qui ci sia *disclosure*, come del resto ammesso e richiesto dai precedenti della Corte, le elezioni giudiziarie non dovrebbero dunque essere trattate diversamente da quelle politiche, contrariamente a quanto sostenuto dalla maggioranza.

### 2.3. Le competizioni giudiziarie come “categoria protetta” del finanziamento elettorale.

Per concludere su questo primo versante d'indagine, in *Caperton* lo *swing vote* di Kennedy è dunque stato espresso a favore della maggioranza *liberal*, mentre in *Williams-Yulee* è il Chief Justice Roberts ad aver votato insieme a quest'ultima, là dove invece Kennedy ha dissentito. Ciò dà il segno di come i temi in oggetto siano oggetto di dibattito e riflessione approfondita anche all'interno dei Nove, ben più di quanto una certa caratterizzazione giornalistico-politica nel dibattito pubblico americano non faccia emergere.

Sta di fatto comunque che, anche al di là di queste pronunce, rimane estremamente presente nel *constitutional discourse* della Corte Suprema e della sua attuale maggioranza conservatrice, la convinzione, prevalsa in altri importantissimi casi, su tutti *Citizens United*<sup>50</sup> con un'opinione proprio di Kennedy, che non ci sia una correlazione necessaria tra livello di spese elettorali, per quanto elevato, e risultato della competizione.

La storia delle elezioni in effetti è piena di casi di candidati che perdono, nonostante avessero a disposizione, in via diretta o indiretta, molte più risorse finanziarie dei loro *competitor*, e la volontà degli elettori non dev'essere considerata come così facilmente coartabile con la mera forza del denaro<sup>51</sup>, denaro la cui possibilità di spesa a sostegno di un candidato rappresenta, nella ricostruzione della

---

no. Questo sembra invece essere il modello per cui esprime la propria preferenza uno dei più noti lavori recenti sull'argomento, J.H. SHUGERMAN, *The People's Courts: Pursuing Judicial Independence in America*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2012.

<sup>48</sup> Il richiamo è a 10 Encyclopaedia of the Laws of England 105 (2<sup>d</sup> ed. 1908).

<sup>49</sup> 575 U.S. \_\_\_ (2015), KENNEDY J., dissenting, 4-5 della *slip opinion*.

<sup>50</sup> 558 U.S. 310 (2010).

<sup>51</sup> B.A. SMITH, *Unfree Speech: The Folly of Campaign Finance Reform*, Princeton University Press, Princeton, 2003.

Corte Suprema, una forma di espressione da tutelare in sommo grado (così appunto *Citizens United*).

Se questi principi sono abbastanza consolidati per quanto riguarda le pressioni sul legislativo e le campagne elettorali per le elezioni del medesimo, la questione appare farsi assai più delicata quando si tratta di campagne giudiziarie, ed in effetti la Corte Suprema è giunta come si è visto a limitare indirettamente la libertà di finanziamento elettorale, se pur con riferimento a una regola specifica in *Williams-Yulee*, e in un caso molto peculiare e dai tratti parossistici come *Caperton*, dove peraltro la questione non si pose in termini di Primo Emendamento, a differenza che in *Citizens United* e nella linea di casi che lo hanno preceduto, da *Buckley v. Valeo*<sup>52</sup> in avanti<sup>53</sup> (e della stessa *Williams-Yulee*).

In ogni caso, al di là delle conclusioni raggiunte dalla Corte in *Caperton* e *Williams-Yulee*, rimane fermo che il processo di elezione dei giudici (statali) è aperto sì a possibili tentativi di influenza, da molti percepiti come indebita, da parte di gruppi di pressione, ma anche alla normale dinamica dei portatori di interesse che si organizzano per favorire l'elezione del candidato più favorevole alle loro istanze. Si tratta di un processo estremamente trasparente (perfino nelle ipotesi percepite come patologiche, come appunto il caso sopra esaminato), per effetto degli obblighi di *disclosure* previsti dalle norme sul finanziamento elettorale: tutti i cittadini elettori sanno, o meglio tutti sono in condizione di sapere, direttamente o tramite l'ausilio dell'opera informativa della stampa, quale gruppo ha finanziato quale candidato.

Più in generale, tutti sono in condizione di organizzarsi per rappresentare o far rappresentare i propri interessi anche in sede giudiziaria, o più precisamente – per ciò che si sta considerando – per far affluire risorse direttamente o indirettamente, nella fase di selezione dei futuri giudici, al candidato ritenuto migliore, come nel caso dei *Consumers for Justice* di *Caperton* e di un'infinità di altre organizzazioni e un'infinità di altre elezioni.

Tutto ciò può apparire difficile persino da comprendere per l'osservatore europeo, a dispetto di poderosi sforzi come quello ricordato di Sara Volterra per spiegare la logica sottostante a meccanismi di reclutamento di questo tipo, ma si inquadra piuttosto coerentemente all'interno di un modo di intendere il diritto e la sua produzione, tipici soprattutto della tradizione di *common law*, come possibile e legittimo terreno di contesa tra interessi contrastanti: e se ciò vale per il formante legislativo, non c'è motivo per cui non debba valere anche per quello giurisprudenziale.

Molto diversa è indubbiamente la situazione là dove, come tipicamente negli ordinamenti di *civil law*, il diritto è essenzialmente – almeno sul piano declamatorio – un prodotto del legislatore, e il legislatore è a sua volta sintesi ed espressione della volontà popolare (o “generale”, rousseauvianamente), mentre il giudice mantiene forti tracce della sua configurazione franco-rivoluzionaria di bocca della legge. Negli ordinamenti come ad esempio quello italiano, di conseguenza, c'è molto meno spazio per una rappresentanza di interessi trasparente sul modello di quella

---

<sup>52</sup> 424 U.S. 1 (1976).

<sup>53</sup> Sia consentito rinviare a R. DE CARIA, “Le mani sulla legge”. *Il lobbying tra free speech e democrazia*, Ledizioni, Milano, 2017, 85 ss.

praticata negli Stati Uniti, come emerge indirettamente da pronunce come *Caper-ton*: ammettere la selezione popolare dei giudici, e dunque la possibilità per i gruppi di organizzarsi per favorire (o contrastare) la loro elezione, con risorse finanziarie e non solo, collide concettualmente con l'intero impianto sistematico dell'ordinamento e del modo di intendere e produrre il diritto.

Analoghe considerazioni si ripropongono se si sposta il discorso sull'operato quotidiano delle corti, che muovo ora a considerare.

### 3. I fattori istituzionali rilevanti per la rappresentanza giudiziaria d'interessi nell'operato quotidiano delle corti.

In effetti, la questione della rappresentanza di interessi davanti alle corti si pone anche nella quotidianità del loro operato. A questo proposito, l'interesse non è tanto per il rapporto tra gruppi di pressione e magistrati o su specifiche controversie, o in via generale: nel primo caso, può trattarsi di pressione impropria esercitata tramite favori o relazioni personali, in violazione degli stringenti limiti ammessi dalle norme di tipo deontologico dei giudici<sup>54</sup> (e degli avvocati<sup>55</sup>, che il più delle volte sono il tramite con i gruppi d'interesse), o addirittura di comportamenti sconfinanti nella corruzione in senso lato; nel secondo, si tratta di fenomeni non espressamente regolati, che sono più tipicamente oggetto di attenzione di altre discipline; entrambe le direttrici esulano dal mio specifico ambito di interesse in questo lavoro.

Ciò su cui mi soffermerò (se pur inevitabilmente, in questa sede, per poco più che un'elencazione), sono invece alcuni istituti e alcuni caratteri dell'ordinamento americano, spesso strettamente intrecciati l'uno all'altro, i quali concorrono a favorire la rappresentanza di interessi (anche) in sede giudiziaria, che abbiamo visto essere già di per sé incoraggiata dall'esistenza di un sistema di elezione popolare dei giudici nella gran parte degli Stati, e dalla conseguente apertura al finanziamento delle loro campagne da parte dei gruppi d'interesse. Qui mi concentrerò in particolare su alcuni aspetti istituzionali che, anche a paragone delle soluzioni adottate in Italia e in Europa, favoriscono negli Usa la diffusione della cosiddetta *interest group litigation*<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> V. al riguardo il *Code of Conduct for United States Judges*, Canon 2: «A Judge Should Avoid Impropriety and the Appearance of Impropriety in all Activities. (A) Respect for Law. A judge should respect and comply with the law and should act at all times in a manner that promotes public confidence in the integrity and impartiality of the judiciary. (B) Outside Influence. A judge should not allow family, social, political, financial, or other relationships to influence judicial conduct or judgment. A judge should neither lend the prestige of the judicial office to advance the private interests of the judge or others nor convey or permit others to convey the impression that they are in a special position to influence the judge. [...] Canon 3: A Judge Should Perform the Duties of the Office Fairly, Impartially and Diligently – [...] (C) Disqualification. (1) A judge shall disqualify himself or herself in a proceeding in which the judge's impartiality might reasonably be questioned [...]».

<sup>55</sup> Cfr. ABA, *Model Rules of Professional Conduct*: «Advocate – Rule 3.5 Impartiality And Decorum Of The Tribunal. A lawyer shall not: (a) seek to influence a judge, juror, prospective juror or other official by means prohibited by law; (b) communicate ex parte with such a person during the proceeding unless authorized to do so by law or court order [...]».

<sup>56</sup> In generale sul tema, una ricca bibliografia è quella redatta da SUSAN M. OLSON, *Judicial Branch Lobbying in the United States*, in CLIVE S. THOMAS (ed.), *Research Guide to U.S. and Inter-*

### 3.1. La giustizia costituzionale.

Una prima questione estremamente rilevante sul piano sistematico attiene all'organizzazione della giustizia costituzionale. In particolare, la *judicial review of legislation* è un ambito privilegiato di azione per tutti coloro che si dedicano alla rappresentanza di interessi per via giudiziaria, per via del fatto che molti obiettivi di *policy* possono essere formulati come questioni costituzionali, ed anzi caratterizzare un obiettivo di *policy* come una questione costituzionale è spesso il miglior modo per promuoverlo, quando non l'unico effettivamente disponibile.

Un esempio è il campo dei diritti economici: qualora si miri a rimuovere una restrizione normativa ad un'attività economica, e sia molto difficile ottenere questo risultato agendo sui *policy-maker*, l'unica opzione praticabile potrebbe essere proprio quella di contestarla sul piano della sua legittimità costituzionale, sostenendo che viola la libertà d'iniziativa economica, o i diritti di proprietà, o altri connessi diritti fondamentali di ambito economico.

Da questo punto di vista, il sistema americano presenta caratteristiche in grado di favorire questo tipo di attività: in primo luogo, per l'esistenza di un sistema diffuso di controllo costituzionale. L'affidamento a tutti i giudici del compito di svolgere una *review of legislation*, per quanto nato in circostanze contingenti dopo il

---

*national Interest Groups*, Praeger, Westport, Connecticut & London, 2004, 179 ss. – ma v. anche la bibliografia generale del volume – all'interno delle quali ricordo: C.E. VOSE, *National Consumers' League and the Brandeis Brief*, 1 *Midwest Journal of Political Science*, 178 (1957); ID., *Litigation as a Form of Pressure Group Activity*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 319 (1958), 20 ss.; ID., *Caucasians Only: The Supreme Court, the NAACP, and the Restrictive, Covenant Cases*, UCAP, Berkeley, 1959; ID., *Interest Groups, Judicial Review and Local Government*, 19 *WPQ*, 85 (1966); ID., *Constitutional Change: Amendment Politics and Supreme Court Litigation Since 1900*, Lexington Books, Lexington, Mass., 1972; L. EPSTEIN-C.K. ROWLAND, *Debunking the Myth of Interest Group Invincibility in the Courts*, 85 *APSR*, 205 (1991); N. HAKMAN, *Lobbying the Supreme Court – An Appraisal of 'Political Science Folklore'*, 35 *Fordham Law Review*, 15 (1966); ID., *The Supreme Court's Political Environment: The Processing of Non-commercial Litigation*, in J. GROSSMAN-J. TANNENHAUS (cur.), *Frontiers of Judicial Research*, Wiley, New York, 1969; S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 72 *Yale Law Journal*, 694 (1963); S. PURO, *The Role of Amicus Curiae in the United States Supreme Court: 1920-1966*, Ph.D. Dissertation, SUNY-Buffalo (1971); K. O'CONNOR-L. EPSTEIN, *Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation: An Appraisal of Hakman's 'Folklore'*, 16 *Law & Society Review*, 311 (1981-82); G.A. CALDEIRA-J.R. WRIGHT, *Interest Groups and Agenda setting in the Supreme Court of the United States*, 82 *American Political Science Review*, 1109 (1988); L. EPSTEIN, *Exploring the Participation of Organized Interests in State Court Litigation*, 47 *Political Research Quarterly*, 335 (1994); S.M. OLSON, *Interest Group Litigation in Federal District Court: Beyond the Political Disadvantage Theory*, 52 *The Journal of Politics*, 854 (1990); EAD., *The Political Evolution of Interest Group Litigation*, in R.A.L. GAMBETTA-L.M. MARLYNN-J.C. FOSTER (cur.), *Governing Through Courts*, Sage, Beverly Hills, California, 1981, 225 ss.; D.R. SONGER-A. KUERSTEN, *The Success of Amici in State Supreme Courts*, 48 *Political Research Quarterly*, 31 (1995); J. STEWART & V.H. EDWARD, *The Day-to-Day Activities of Interest Group Lawyers*, *SSQ* 64 (1983), 173 ss.; P. BRUER, *Faction in Court: A Study of Interest Group Litigation*, Ph.D. Dissertation, University of Wisconsin-Madison (1987); R.L. NELSON-J.P. HEINZ, *Lawyers and the Structure of Influence in Washington*, 22 *Law & Society Review*, 237 (1988); K.L. SCHEPPELE-J.L. WALKER, *The Litigation Strategies of Interest Groups*, in J.L. WALKER (cur.), *Mobilizing Interest Groups in America: Patrons, Professions and Social Movements*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan, 1991; K.L. SCHLOZMAN-J.T. TIERNEY, *Organized Interests and American Democracy*, Harper & Row, New York, 1986.

momento fondativo puro<sup>57</sup>, anche se ancora nel pieno di quello che Sara Volterra ha definito il «periodo formativo»<sup>58</sup> del diritto americano, allarga indubbiamente le maglie dell'accesso alla giustizia costituzionale e dunque indirettamente favorisce anche la rappresentanza giudiziaria d'interessi.

Inoltre, la possibilità di portare all'attenzione delle corti, nell'ambito del controllo di costituzionalità, non soltanto le leggi, ma anche fonti di grado inferiore e financo comportamenti<sup>59</sup>, agisce nella stessa direzione, facendo degli Stati Uniti un terreno estremamente fertile per il tipo di iniziative che stiamo considerando. Ciò si unisce ad altri aspetti istituzionali, che andiamo brevemente a considerare.

### 3.2. Gli *amicus curiae* brief.

Un altro elemento cruciale da considerare è la previsione, nel sistema giuridico americano, della possibilità di presentare i cosiddetti *amicus curiae* brief. Queste memorie, da parte di terzi estranei ad una causa, a sostegno delle posizioni di una delle parti, sono un terreno d'elezione per consentire l'ingresso nelle aule di giustizia di considerazioni attinenti alla *policy*<sup>60</sup>.

I gruppi d'interesse, direttamente o tramite soggetti *non profit* ad essi vicini, sfruttano dunque ampiamente questa possibilità per compiere un'operazione certamente a loro vantaggiosa, ma potenzialmente molto utile anche per il decisore, ovvero allargare l'ambito visuale di quest'ultimo fino a fargli considerare la valenza più generale della decisione che si appresta a compiere nel caso concreto che ha innanzi a sé. Così, singole vicende si prestano in maniera esplicita a divenire terreno di discussione più generale, un'occasione per promuovere determinati esiti di politica del diritto ritenuti auspicabili.

Questa opportunità si collega indubbiamente al ruolo tradizionalmente creativo del diritto del giudice nel sistema di *common law*, e favorisce l'esercizio della pressione sul giudiziario da parte dei rappresentanti d'interesse in maniera trasparente. Il diritto, non solo quello di produzione legislativa, ma anche quello di creazione giurisprudenziale, emerge come il prodotto di un confronto tra posizioni contrapposte<sup>61</sup>, o secondo un altro punto di vista, dalla connotazione ideologica molto precisa, ma non troppo distante su questo piano, come

---

<sup>57</sup> Cfr. Le interessantissime riflessioni al riguardo di C.F. ABERNATHY, *Law in the United States*, West Group, St. Paul, MN, 2016<sup>2</sup>, 143 ss., nonché, dello stesso Autore, *The Lost Aspirations of U.S. Constitutional Law*, 4(6) *German Law Journal* (1 June 2003).

<sup>58</sup> S. VOLTERRA, *L'indipendenza*, cit., 1 ss.

<sup>59</sup> Cfr. quanto osservato dal giudice Parker, Chief Judge del Fourth Circuit 1956: "A state can act only through agents; and whether the agent be an individual officer or a corporate agency it ceases to represent the state when it attempts to use state power in violation of the Constitution and may be enjoined from such unconstitutional action" (*School Board of Charlottesville v. Allen*, 240 F.2d 59, 63 (1956), *cert. denied*, 353 U.S. 911 (1957)).

<sup>60</sup> Cfr. SUSAN M. OLSON, *Judicial Branch Lobbying*, cit., 179: «The two classic mechanisms for lobbying the judiciary are sponsoring test cases and submitting *amicus curiae* (friend of the court) briefs»; v. anche G.A. CALDEIRA-J.R. WRIGHT, *Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?*, 52 *Journal of Politics*, 782 (1990); D.R. SONGER-A. KUERSTEN, *The Success of Amici in State Supreme Courts*, 48(1) *Political Research Quarterly*, 31 (1995).

<sup>61</sup> Sia consentito rinviare a R. DE CARIA, "Le mani sulla legge", cit., 317 ss.



il prodotto dei rapporti di forza esistenti in una società<sup>62</sup>.

Gli *amicus curiae brief* sono uno strumento che consente per l'appunto di rendere aperto questo processo, a chiunque, dotato di grandi o piccoli mezzi, desideri (provare a) contribuirvi. Essi rappresentano quindi un canale privilegiato per i portatori di interesse, per consentire loro di influenzare il processo decisionale delle corti, e indirettamente così il processo di produzione di regole nell'ordinamento americano.

### 3.3. La *dissenting opinion*.

Sempre in tema di organizzazione giudiziaria e struttura del processo decisionale, anche la previsione della possibilità per i giudici di esprimere un'opinione dissenziente costituisce a mio avviso un incentivo indiretto per i gruppi d'interesse ad effettuare uno sforzo di pressione nei confronti del giudiziario. In effetti, la rappresentanza di interessi è spesso volta al sostegno di battaglie di principio, di questioni ideali o ideologiche. In quest'ottica, il sapere di intraprendere un'iniziativa giudiziaria con ogni probabilità destinata all'insuccesso potrebbe costituire un deterrente alla sua promozione, ma la consapevolezza di poter quanto meno ottenere il favore di una minoranza di giudici, e di vedere tale favore riconosciuto in modo espresso, attenua a mio avviso il disincentivo descritto, e così favorisce lo sviluppo del fenomeno qui considerato.

Più in generale, anche là dove non si pongano questioni di principio, ma si discuta di vicende cariche di concretezza, il fatto che i giudici prendano espressamente posizione sulle questioni a loro sottoposte<sup>63</sup> – il che è soltanto un altro modo di descrivere la *dissenting opinion* – crea maggiori condizioni per l'esercizio di pressioni sul singolo giudice. Questo fenomeno, di per sé potenzialmente foriero di abusi e perversioni del procedimento giudiziario, se contenuto entro limiti di fisiologia può anch'esso garantire uno spazio di azione ai gruppi d'interesse in sede giudiziaria sconosciuto ad altri ordinamenti, e così contribuire anch'esso allo sviluppo del "lobbying giudiziario".

---

<sup>62</sup> Ci si riferisce al c.d. realismo giuridico americano secondo il quale è una finzione il fatto che i giudici non creino diritto (cfr. K.N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism* (1930), ripubblicato in ID., *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, 42 ss.), dal momento che ciò avviene anche quando applicano le leggi (cfr. M. BARBERIS, *Filosofia del Diritto, un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2005, 24 ss.). Questo processo sarebbe poi condizionato dalla capacità di influenza degli attori in gioco, e a questo proposito si ricorda la famosissima espressione di Ross, uno dei maggiori esponenti del giusrealismo scandinavo, secondo il quale parlare di giustizia è come picchiare un pugno sul tavolo (cfr. A. ROSS, *On Law and Justice*, trad. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965 (1958), 259). Cfr. anche G. TARELLO, *Realismo giuridico* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Utet, Torino, 1967, 923 ss.

<sup>63</sup> Che si collega evidentemente con le modalità di selezione, oggetto di attenzione al paragrafo precedente.

### 3.4. La disciplina delle *class action*.

Un ulteriore aspetto meritevole di menzione in questa rapida carrellata è l'esistenza di un'efficace regolamentazione in materia di *class action*. Benché questo istituto vada opportunamente distinto dalle varie forme di azione popolare diffuse in altri ordinamenti<sup>64</sup>, ancor più rilevanti ai fini del tema qui considerato, ma sostanzialmente "estranee" al modello di *common law*<sup>65</sup>, certamente anche la *class action* in senso proprio è uno strumento forte per la promozione di obiettivi di *policy* e per la tutela di interessi generali tramite la via giudiziaria.

I caratteri rilevanti ai fini del presente discorso emergono bene per contrasto con l'immensamente meno fortunata azione di classe italiana<sup>66</sup>: in primo luogo, la *class action* si estende a tutti coloro che rientrino nella "class" rilevante, salvo il caso di *opting out* (mentre l'azione di classe richiede l'adesione preventiva), così da risultare un poderoso strumento di rappresentanza di interessi; inoltre, essa è di portata e potenziale applicazione generale, potendo coprire non solo il diritto dei consumi, ma un campo molto più vasto di controversie, il che crea effettivamente le condizioni per il suo frequente, o quanto meno molto efficace, impiego nelle aule di giustizia americane; infine, la *class action* si collega alla previsione dei *punitive damages*, che rafforzano il potere di questo istituto e dei portatori d'interesse che se ne avvalgono.

### 3.5. Le possibilità in merito all'attribuzione di un mandato difensivo.

Un dato apparentemente tecnico, ma di notevole rilevanza pratica, consiste poi nella possibilità che negli Stati Uniti hanno gli enti *non profit* (che non sono dunque studi legali in quanto tali) di creare dei dipartimenti legali con schiere di avvocati alle proprie dipendenze, e tramite essi assistere formalmente in giudizio clienti titolari di posizioni rilevanti per la loro *mission*: ciò favorisce notevolmente lo sviluppo di un settore della professione forense definito negli Stati Uniti come *public interest lawyering*<sup>67</sup>.

Si tratta per l'appunto di un'attività di rappresentanza di interessi in genere ideali o di principio, con forte valenza di riflesso sull'attività di *policy-making*, in genere svolta da enti *non profit*, che come detto assumono direttamente un incarico di difesa in giudizio. In questo modo, si scinde nettamente il profilo dell'incarico professionale dato all'avvocato, che svolge la propria attività dietro compenso (erogato dall'ente), e quello dell'attività svolta dall'ente, senza scopo di lucro, e in genere gratuitamente per il cliente, e dunque contando su finanziamenti di donatori privati.

---

<sup>64</sup> Cfr. M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Giappichelli, Torino, 2015, 11-15.

<sup>65</sup> Così M. CAIELLI, *Cittadini*, cit., 14.

<sup>66</sup> M. CAIELLI, *Cittadini*, cit., 12.

<sup>67</sup> Per un approfondimento, cfr. P.G. SCHRAG, *Why Would Anyone Want to Be a Public Interest Lawyer?*, Inaugural Lecture of the Delaney Family Professorship, Georgetown University Law Center, Washington, DC, September 23, 2009, disponibile su [http://scholarship.law.georgetown.edu/fac\\_lectures/1](http://scholarship.law.georgetown.edu/fac_lectures/1).

Questa attività è estremamente fiorente negli Stati Uniti, pur essendo economicamente penalizzante per gli avvocati che la scelgono rispetto alla professione tradizionale presso uno studio legale o un'azienda, ed è evidentemente un canale privilegiato per la rappresentanza giudiziaria di interessi. La possibilità di rivolgersi ad enti non profit specializzati nella promozione di cause dalle forti valenze di *policy* favorisce il fiorire di queste strutture e così della *litigation* su questioni di principio.

### 3.6. Gli spazi per il *third-party funding* di cause ed arbitrati.

Un ulteriore dato che completa il quadro e si collega al punto precedente è la diffusione del *third-party funding* per procedimenti giudiziari o arbitrati. Si tratta della prassi per cui cause – tipicamente di risarcimento danni – di notevole difficoltà, e che richiedono notevoli investimenti per poter raccogliere le prove necessarie a sostenere la domanda, vengono finanziate da società terze, specializzate in questo tipo di attività, che nulla hanno a che vedere con la lite, ma che scommettono sulla buona riuscita della causa, finanziandola, in cambio di una quota consistente del risarcimento ottenuto in caso di effettiva vittoria<sup>68</sup>.

Anche questa pratica può indirettamente favorire il *lobbying* per via giudiziaria, allargando in via generale le opportunità di promuovere cause di forte valenza simbolica e rilevanza mediatica e politica, in grado di incidere a propria volta sul processo decisionale, che in assenza di un *funder* non potrebbero magari venire mai intraprese.

### 3.7. Altri aspetti istituzionali non strettamente legislativo-regolamentari.

Da ultimo, merita un cenno anche un dato estremamente caratterizzante lo scenario giudiziario americano, ovvero la forte propensione all'associazionismo già descritta da Tocqueville<sup>69</sup>, e che mantiene ancor oggi intatto tutto il suo vigore, che comporta anche un'assai maggiore disponibilità da parte degli americani a finanziare iniziative come appunto gli enti non profit che si dedichino alla *public interest litigation*, nel quadro di una generale grande disponibilità per la beneficenza privata. Unito a questo, certamente un peso, nel creare un ecosistema ospitale per la rappresentanza giudiziaria di interessi, gioca anche un sistema giudiziario relativamente efficiente, dove i tempi dei procedimenti sono contenuti entro limiti abbastanza brevi: ciò consente a coloro che promuovono cause di principio di poter tenere viva l'attenzione dell'opinione pubblica per tutta la durata della causa, senza rischiare che un'iniziativa, per quanto importante, si perda nei tempi molto lunghi tipici ad esempio della giustizia civile italiana.

---

<sup>68</sup> Per un'approfondita analisi della situazione negli Usa, v. J. KALAJDZIC-P.K. CASHMAN-A.M. LONGMOORE, *Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding*, 61(2) *American Journal of Comparative Law*, 93, 127-138 (2013).

<sup>69</sup> Sia consentito rinviare a R. DE CARIA, "Le mani sulla legge", cit., 294 ss.

#### 4. Conclusioni e ulteriori possibili prospettive di ricerca.

L'analisi compiuta nei due paragrafi precedenti consente di tracciare un quadro, se pur necessariamente molto sintetico, del fenomeno della rappresentanza di interessi in seno alle corti nell'ordinamento americano. Si tratta di un fenomeno molto diffuso, che spesso attrae le critiche o anche solo lo stupore degli osservatori d'oltreoceano, specie per alcuni aspetti percepiti come estremi, a cominciare dall'elezione, spesso in competizioni di tipo *partisan*, dei giudici statali.

Inevitabilmente, l'elezione, tanto più se *partisan*, può condurre a scenari parossistici come quello oggetto della controversia al centro di *Caperton*; ma ciò non toglie che, ove rientri nei termini della fisiologia, essa offra un ampio spazio ai gruppi d'interesse per esercitare la propria opera di convincimento e pressione anche in questo ambito. Nell'ottica madisoniana e milliana<sup>70</sup> di dare il più ampio spazio possibile a tutte le voci, lasciando che esse si scontrino anche violentemente e facciamo tutto il possibile (salvo il limite della corruzione) per conquistare il favore del decisore pubblico, questo è dunque un fatto certamente positivo, che si lega alla fortissima copertura garantita dal Primo Emendamento a questo tipo di attività<sup>71</sup>.

Lo spazio concesso nell'ordinamento americano ai gruppi di pressione nella fase della selezione dei giudici, tanto a livello federale quanto a quello statale, va di pari passo con il ruolo che essi hanno saputo ritagliarsi con riferimento all'operato quotidiano delle corti. Come si è visto, esistono una serie di aspetti istituzionali che negli Stati Uniti concorrono nel creare le condizioni per dare l'opportunità ai gruppi d'interesse, siano essi di tipo economico, siano essi di carattere eminentemente ideale, di giocare la propria partita non solo in quella che l'Institute for Justice<sup>72</sup> definisce molto puntualmente la *court of public opinion*, ma anche nelle corti vere e proprie. È esercizio ai limiti dell'impossibile dire se gli aspetti istituzionali influenzino la diffusione della prassi del *lobbying* giudiziario, o se il *lobbying* giudiziario sia già a monte percepito come attività fisiologica e perfettamente lecita dalla più parte dei giuristi e degli uomini della strada americani, e pertanto contribuisca esso stesso ad influenzare l'evoluzione di almeno alcuni degli aspetti istituzionali considerati nel senso sopra descritto; sta di fatto che, non casualmente, *tout se tient*.

Peraltro, come si è accennato, ciò si collega evidentemente anche con il ruolo del giudice all'interno del sistema americano di *common law*. Storicamente, la sua natura di formante esplicito del diritto, consolidata nel principio di *stare decisis*, produce naturalmente un interesse molto forte a condizionarne gli esiti. Il ruolo creativo del giudice si va riducendo via via che aumenta la produzione del diritto scritto di fonte legislativa<sup>73</sup>, ma perfino i più rigorosi sostenitori dell'originalismo ne ammettono il temperamento alla luce appunto del principio di *stare decisis*<sup>74</sup>, e

---

<sup>70</sup> Cfr. R. DE CARIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>71</sup> Cfr. sempre R. DE CARIA, "Le mani sulla legge", cit., 54 ss.

<sup>72</sup> INSTITUTE FOR JUSTICE, *About Us*, <http://ij.org/about-us/>.

<sup>73</sup> Cfr. al riguardo il primo libro di Law, *Legislation and Liberty*, di F. von Hayek (tr. it. *Legge, legislazione e libertà*, il Saggiatore, Milano, 2010 [1973]).

<sup>74</sup> Si fa riferimento, in particolare, al Justice Scalia secondo il quale le Corti, nell'interesse della stabilità (cfr. A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law: an Essay*, con

dunque il giudice di *common law*, per quanto sempre più simile a quello del suo omologo *civilian*, mantiene un ruolo di centralità tra le fonti di produzione che il giudice di derivazione montesquieuana non ha. Ne segue che qualunque strategia di *lobbying* negli Stati Uniti non può trascurare il foro giudiziario.

Nel percorrere questa strada, i lobbisti e i gruppi di interesse si gioveranno poi della fortissima tutela costituzionale garantita negli Stati Uniti all'attività di *lobbying* in senso lato: la Corte Suprema non si è mai occupata direttamente del *lobbying* giudiziario, e il caso più rilevante in argomento rimane quello affrontato al par. 2, ma indubbiamente anche il *lobbying* nei confronti dei giudici gode di quella protezione costituzionale che la pronuncia *Harriss* ha indirettamente attribuito al *lobbying* in quanto tale, affermandone la natura di diritto costituzionalmente protetto in quanto attività riconducibile ad una manifestazione del pensiero, a sua volta fortissimamente protetto dal Primo Emendamento della Costituzione americana<sup>75</sup>.

Indubbiamente, fin dalla lettura dei *Federalist Papers* è evidente che, nel sistema americano, il *government* a cui questa disposizione consente di rivolgere sempre petizioni per la "riparazione di torti subiti"<sup>76</sup> ricomprende anche quella che, com'è noto, Hamilton definì per l'appunto come quello "meno pericoloso" tra i diversi "dipartimenti del governo"<sup>77</sup>. Se forse ciò era vero nell'impianto originario dei Padri Fondatori, certamente oggi il giudiziario, benché formalmente con l'avanzare del diritto scritto abbia perso come si diceva centralità come soggetto produttore di diritto, nei fatti ha allargato a dismisura il proprio raggio d'azione, in parallelo all'estensione dei poteri e degli ambiti di azione degli altri due rami, così che inevitabilmente anche il *lobbying* nei suoi confronti diviene sempre più cruciale e sempre più praticato. L'auspicio è quello, camminando sulle spalle di un'Autrice che ha profondamente e a lungo indagato il sistema giuridico costituzionale degli Stati Uniti, di aver gettato un primo fascio di luce su un fenomeno che meriterebbe di essere ulteriormente e attentamente approfondito.

---

commentario, edito da A. Gutmann, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997, 139), non possono considerare nuovamente ogni questione decisa in precedenza e bisogna "inchinarsi" di fronte allo *stare decisis* che è parte del diritto americano da tempi immemori (cfr. A. SCALIA-B.A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West, St. Paul, Minnesota, 2012, 414); l'originalismo, infatti, «nella sua forma pura, almeno, è una medicina che sembra troppo forte da ingoiare. Perciò, quasi ogni originalista la diluirebbe con la dottrina dello *stare decisis* – così che *Marbury v. Madison* rimarrebbe valida anche se il professor Raoul Berger dimostrasse incontestabilmente che ha sbagliato il significato della Costituzione» (così A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *U. Cinn. L. Rev.*, 849, 1988-1989, 861).

<sup>75</sup> Cfr. il richiamo effettuato *supra*, nota 6.

<sup>76</sup> Così la traduzione in E. PALICI DI SUNI-F. CASSELLA-M. COMBA (cur.), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 1998, 826.

<sup>77</sup> «Chiunque consideri con attenzione i diversi dipartimenti del potere deve percepire che, in un governo nel quale essi sono separati l'uno dall'altro, il potere giudiziario, per la natura delle sue funzioni, sarà sempre il meno pericoloso [*the least dangerous*] per i diritti politici della Costituzione»: così A. Hamilton, nel *Federalist* n. 78; l'espressione fu poi ripresa dal celebre volume di A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.

