

ENZO VARANO AT EIGHTY. AN APPRECIATION

*Guido Calabresi**

Can it be that Enzo is 80? One side of me says that is simply impossible. He must be in his early 60s, some 25 years younger than I. It seems as if it were just yesterday when, as a youngster, Enzo found us a magnificent place to live in the country just outside Florence and thereby started both my wife's (Anne's) work with Tuscan farmers and my wonderful association with Florentine scholars.

And could it have been that long ago that Enzo took the lead in rendering into elegant Italian my first book, *The Cost of Accidents*, (and doing it despite the book's many neologisms). Oh yes, some years have passed. But the vitality of his mind, his capacity to understand with flexibility all the recent changes in law and procedure, and the way he still reaches and inspires young students and would be scholars, say to me, Enzo is still amazingly young and nowhere near an octogenarian, either in mind or in body.

And yet, another side of me says, can you believe that Enzo is only 80? When I consider the quantity and quality of what he has written and all his administrative achievements as well, it seems clear that 80 years is not enough. His knowledge of procedure, not only in the common law, but in every other legal system as well, bespeak a scholar with a depth of learning that requires the longest of lifetimes. The accomplishments of his no longer young students tell us the same. And how long ago was it that as Dean he brought new intellectual and physical life to the Florence law faculty?

More personally this subtle thinker, who as a youngster understood so easily what I was saying about law and economics, and, shortly after, about tragic choices, has now become fully my contemporary and in many ways my teacher. His wisdom and breadth speak of one who despite his vitality must have been working our field for far more than a mere 80 years.

So what is it? Chronologically he is 80 and should be honored as such. In terms of fullness of knowledge and of achievements he ranks with those far older, and that should be recognized and heeded. But in terms of what his vitality and quickness of mind tell us, Enzo has much more still to give us all. He is still a youngster.

And so as we honor him in this book we still ask of him to continue writing and teaching us all for the longest of times!

Ad Multos Annos, carissimo Enzo.

* Guido Calabresi is Sterling Professor Emeritus at Yale University Law School and Judge, United States Court of Appeals for the Second Circuit.

Care Enzo...

Come Guido Calabresi giustamente ricorda nella sua affettuosa *appreciation*, questo è un volume pubblicato in occasione dell'ottantesimo compleanno di una persona che non sembra mostrare alcun segno del passaggio degli anni attestati dall'anagrafe. Invece, il tempo è trascorso. Enzo nasce mentre l'Italia, impegnata nella campagna di Grecia, è in affanno per la controffensiva ellenica. Le cronache del giorno in cui vede la luce non riportano particolari fatti d'arme, ma un famoso sgambetto politico-istituzionale, sotto forma di un corsivo, al contempo infiammato e velenoso, dal titolo "Zavorra piccolo borghese" (pubblicato su *Il Regime Fascista*, la rivista di Roberto Farinacci) nel quale si attacca Badoglio, portandolo di lì a poco ad abbandonare la guida dello Stato maggiore. Una vicenda certo esemplificativa di uno stile sempreverde in Italia, ma con personaggi che ci ricordano che sì, Enzo ha proprio compiuto ottant'anni.

Circa il suo aspetto, che di "anziano" non ha nulla, vi è effettivamente poco da dire, e molto da invidiare. I suoi primi allievi e allieve lo hanno conosciuto "splendido quarantenne" e ora lo ritrovano "magnifico ottantenne", con qualche difficoltà a stabilire cosa sia cambiato. Stile, abbigliamento, abitudini appaiono immutati, a parte l'addio alle sigarette in un qualche anno che ora ci sfugge.

Come osservato sempre da Guido Calabresi, è pure immutata la sua capacità di interessarsi al mondo e alle persone che nel mondo incontra. Qui qualche parola più seria le allieve e gli allievi si sentono obbligati a dirla. I traguardi accademici che Enzo ha raggiunto in Italia e all'estero sono noti, come nota è la sua capacità di mantenere viva la ricerca e la didattica nel diritto comparato a Firenze, conservando il meglio delle intuizioni di Cappelletti e integrandole con nuovi filoni. Ma soprattutto, nessuno dei ruoli che ha rivestito ha potuto scalfire il suo modo di porsi nei rapporti umani, con una gentilezza, una capacità di ascolto e una disponibilità mai influenzati dalla posizione dell'interlocutore in una qualche gerarchia, accademica o di altro tipo. Tratti di personalità evidentemente non "costruiti", con la gentilezza mai esibita a fini utilitaristici o anche solo per attrarre l'interlocutore nella propria sfera di influenza perché un domani "non si sa mai che possa servire".

Tutto ciò non è stato irrilevante nella sua dimensione di docente, perché gli ha permesso di far crescere intorno a sé una piccola comunità caratterizzata da una grande varietà di interessi intellettuali e orientamenti di ricerca, e al tempo stesso molto coesa. Varietà e coesione rese possibili proprio dal rispetto di Enzo per le singole individualità, comprese le loro debolezze, e dalla sua avversione per la sottomissione e il servilismo. Detto fuori dai denti, essere allievo o allieva di Enzo poteva nei primi anni produrre a volte, nel confrontarsi con i colleghi di "altre scuole", la netta sensazione di esser capitati in una bolla da cui rimaneva magicamente fuori il peggio dell'università italiana, con la sua passione per le gerarchie e i relativi simboli, la competizione tra ultimi e penultimi arrivati per accattivarsi le simpatie del Maestro (con la maiuscola d'obbligo ...), l'imitazione di questi anche nell'abbigliamento e nella postura e altre tragicomiche declinazioni.

Non sarebbe però corretto ridurre l'unicità di Enzo al suo praticare gentilezza ed empatia, che certo confortano, ma di per sé non aiutano a capire e affrontare i meandri di una carriera accademica. Enzo è anche persona pratica e la sua empatia è sempre stata collegata alla concretezza. Se si interessava ai tuoi problemi, lo faceva per aiutarti, non per il gusto di una risonanza emotiva fine a se stessa. L'attenzione alle vicende personali che potevano segnare le vite degli allievi e delle allieve prescindeva poi dal loro impatto sulla sfera professionale, e sapere che lui non riteneva essenziale solo il concorso o la pubblicazione poteva "fare la differenza" in certi momenti.

Ciò che, tuttavia, ha rappresentato per decenni un quotidiano moltiplicatore di intelligenza critica e, combinandosi con le qualità che abbiamo già descritto, ha distillato l'inimitabile "formula Enzo", è stato certamente il suo grande gusto per l'ironia, basata sulla continua, acuta e sorridente osservazione della commedia umana in continuo fermento nei corridoi universitari, con le occasionali personalità debordanti, le piccole manie, la retorica spesso funzionale a dissimulare concretissime ambizioni, le zuccherose formule di saluto. Una pratica e una condivisione dell'ironia preziosissime per sdrammatizzare le difficoltà e le incertezze quotidiane, ma anche per aiutare a cogliere in modo più lucido la realtà nascosta dietro le forme.

Non è questa la sede per valutare quanto la "formula Enzo" ha prodotto in termini scientifici nella comparazione giuridica fiorentina post-Cappelletti. Certamente, si tratta di una formula che ha dimostrato di saper produrre giuristi capaci di costruire un proprio autonomo itinerario anche lontano da Firenze, e di essere apprezzati in contesti dove l'accademia fiorentina non godeva di particolare prestigio. Anche questa, a ben vedere, era un'abilità che nasceva dallo stile che Enzo cercava di valorizzare, centrato sulla chiarezza, sul rifiuto dello "scrivere oscuro", e sulla consapevolezza che il comparatista deve anzitutto far passare informazioni esatte al di là di barriere comunicative, e solo dopo (e magari mai) abbellirle per ostentare acutezza di pensiero. Quando uno riceve questa formazione, e non è abituato a truccare le carte, adattarsi ad ambienti culturali nuovi diventa più facile.

Se alcuni di noi si sono trovati ad operare con successo dove nessuno conosceva "Enzo" (e lui stesso scherza dicendo che forse questa era stata la ragione del successo...), va detto che ciò era evenienza rara, come provato dal ricco gruppo di colleghi stranieri che hanno accettato di unirsi agli allievi e alle allieve per realizzare questo regalo di compleanno. Raggiungere una "massa critica" di scritti di valore per costruire questo volume è stato facile e difficile al tempo stesso. Facile perché la cerchia degli amici più stretti sparsi per il mondo che hanno aderito entusiasticamente rappresentava da sola una pattuglia di autori invidiabile. Difficile perché alla fine si è dovuta compiere una "scelta tragica", optando per una soluzione che oggettivamente lascia fuori moltissimi che sarebbero stati felici di contribuire. Certamente la scelta "classica", che non avrebbe deluso nessuno nella comunità accademica italiana, sarebbe stata quella degli "Scritti in onore", magari in più tomi con introduzione pensosa e bibliografia finale delle opere dell'omaggiato. Non ne abbiamo avuto il coraggio, anzitutto perché pensiamo che avrebbe finito per stridere con lo stile di Enzo e anche – lo confessiamo – perché ci avrebbe affettuosamente rimproverato, ipotizzando che avessimo cominciato a prenderci sul serio.

Caro Enzo, tra le cose che non hai mai ricercato una è stata la fuga dall'università ver-

so cariche, incarichi, “posizioni” di qualche tipo. E sono infinite le cose che avresti potuto fare. In una prospettiva egoistica, il fatto che tu non abbia interiorizzato la visione “trampolinistica” dell’università ci ha permesso di trascorrere più tempo assieme, vivendo così ogni giorno l’insegnamento e la ricerca senza doverci preoccupare (giocando sul titolo del corsivo-siluro uscito il giorno della tua nascita) della “zavorra piccolo accademica”.

Gli allievi e le allieve

PARTE I
LE ALLIEVE E GLI ALLIEVI
DELLA SCUOLA FIORENTINA

QUANDO GLI “AMICI” ENTRANO A CORTE

Vittoria Barsotti*

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale italiana “si apre all’ascolto della società civile”. – 2. Le nuove Norme integrative nel contesto presente. – 3. *Amicus curiae*, un buon esempio di trapianto giuridico: dall’Inghilterra agli Stati Uniti. – 4. ... e oltre. – 5. Conclusioni minime.

1. La Corte costituzionale italiana “si apre all’ascolto della società civile”

Con il comunicato stampa dell’11 gennaio 2020, dal significativo titolo “La Corte si apre all’ascolto della società civile”, la Corte costituzionale ha annunciato alcuni importanti cambiamenti nelle disposizioni che regolano il proprio processo: si tratta di innovazioni di notevole rilievo, suscettibili di riflettersi non solo sul rapporto della Corte con i cittadini ma, più in generale, sull’attitudine di questi nei confronti dei poteri pubblici¹. Significativo è anche il fatto che il comunicato, illustrando sinteticamente le novità, riveli che con queste la Consulta si pone “in linea con la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri paesi”² da un lato confermando che i giudici italiani partecipano intensamente di un dialogo costituzionale globale ormai ben noto e dall’altro che tale dialogo ha favorito l’adozione nel nostro ordinamento dell’*amicus*

* Vittoria Barsotti è Professore nell’Università di Firenze. Nella paginetta di ringraziamenti del mio primo libro scrivevo che Enzo “mi ha insegnato molto e soprattutto che si può ricominciare”. Sono passati davvero tanti anni da allora: ho ricominciato, caro professore, e mi hai insegnato molto più di quanto potessi immaginare. Grazie. Per tutto.

¹ I commenti “a caldo” sul comunicato stampa della Corte e sulle modifiche delle Norme integrative sono numerosi e generalmente positivi a conferma del fatto che la dottrina suggerisse da tempo riforme nel senso di quelle adottate, tanto vero che il 18 dicembre 2018 era stato organizzato presso il Palazzo delle Consulta un seminario di studi sull’intervento dei terzi nel processo costituzionale e le belle relazioni svolte in quella sede da Tania Groppi e Valeria Marcenò sono senz’altro servite alla Corte al fine di definire la riforma delle norme introduttive; le relazioni sono pubblicate in *Quaderni costituzionali*, XXXIX, n. 2, giugno 2019. Tra gli interventi “a caldo” mi sembrano particolarmente istruttivi: T. GROPPi, *Nuovo corso della consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva di rischi*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziasieme.it; P. RIDOLA, *La Corte si apre alla società civile*, in *Federalismi*, 2, 2020; A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *federalismi.it*, postato il 23 Gennaio, 2020.

² Ufficio stampa della Corte costituzionale, Comunicato dell’11 gennaio 2020, La Corte si apre all’ascolto della società civile, p. 1, consultabile sul sito della Corte.

curiae, un istituto che affonda le sue radici e ha trovato la sua fortuna negli ordinamenti di *common law*.

Ma andiamo con ordine: prima di azzardare qualche riflessione comparatistica attraverso l'osservazione di come l'*amicus curiae* si affermi in Inghilterra, approdi sull'altra sponda dell'Atlantico diventando uno degli elementi dell'eccezionalismo americano sotto il profilo processuale, per poi migrare in diversi ordinamenti e giurisdizioni sovranazionali – è opportuno fare innanzitutto un cenno alle riformate Norme integrative tentando di collocarle nel contesto del recente cambiamento avvenuto nella comunicazione istituzionale della Corte e del suo rapporto con l'opinione pubblica e collocarle altresì nel più ampio panorama delle vicende che negli ultimi anni hanno coinvolto molti sistemi di giustizia costituzionale.

2. Le nuove Norme integrative nel contesto presente

Leggendo il testo delle Norme integrative non è difficile vedere come il processo costituzionale si apra a diverse e nuove forme di partecipazione e come ciò possa contribuire a favorire le relazioni tra la Corte e la società civile, relazioni intese a svolgersi proficuamente nei due sensi considerando che l'iniziativa può provenire sia dai giudici (convocazione di esperti) sia sorgere spontanea dal corpo sociale (*amici curiae*). L'art. 4 permette (e l'art. 4 *bis* disciplina) l'intervento nei giudizi in via incidentale, oltre che alle parti di quel giudizio e al Presidente del Consiglio dei ministri, anche ad altri soggetti, sempre che siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al giudizio medesimo. L'art. 4 *ter* contiene la novità che qui più interessa e alla quale si farà soprattutto riferimento, prevedendo che qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio: l'*amicus curiae*, a cui viene esplicitamente negata la qualità di parte, fa il suo ingresso nel nostro processo costituzionale. Infine, l'art. 14 *bis* prevede la possibilità per la Corte di convocare esperti di chiara fama, qualora ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline e precisa che il confronto con gli esperti si svolgerà in camera di consiglio, alla presenza delle parti del giudizio.

La consapevolezza dell'importanza della relazione con l'opinione pubblica non è cosa nuova per la Corte costituzionale, se si pensa che fin dall'inizio del suo funzionamento viene istituito un ufficio stampa diretto da un giornalista professionista e viene instaurata la prassi delle conferenze annuali. Tuttavia, le riformate Norme integrative, e tra queste in particolare la figura dell'*amicus curiae*, si inseriscono in una rinnovata e approfondita volontà della Corte di rendere più intenso e sistematico il rapporto con la società civile, a fronte della percepita distanza di questa dal palazzo della Consulta³. Si tratta di una stra-

³ Già nel 2011 il Presidente De Siervo osservava che, ad esclusione delle "pochissime vicende processuali ritenute di grande interesse generale", l'attività della Corte costituzionale non era nota al grande pubblico: U. DE

tegia comunicativa ad ampio raggio che riflette il desiderio di far uscire la cultura costituzionale dalle sedi formali per portarla al di là della ristretta cerchia degli addetti ai lavori⁴. In questo contesto, per esempio, si pone il recentissimo rinnovamento del sito web della Corte⁵ il quale, come si legge nel comunicato che lo annuncia, intende mettere il patrimonio informativo della Corte “a disposizione di una vastissima platea di utenti, con la garanzia della massima accessibilità, senza confini o barriere”⁶ e si rivolge quindi in modo esplicito e con un linguaggio adeguato, in apposite sezioni, ai vari soggetti: cittadini, mondo dell’informazione, studiosi italiani e anche stranieri poiché una parte delle informazioni e le sentenze di maggior rilievo sono tradotte in inglese⁷. Ma è soprattutto attraverso un’iniziativa “assolutamente inedita e che non ha precedenti non solo nella storia della nostra Repubblica ma neppure nel mondo”⁸, intitolata “viaggio in Italia”, che la Corte si è avvicinata in maniera concreta alle persone, le più fragili e le più giovani, esterne al Palazzo della Consulta. Si tratta di un viaggio che ha seguito due strade: il “viaggio nelle carceri” e il “viaggio nelle scuole”. Il primo, in dodici tappe, è iniziato nell’ottobre 2018 nel carcere romano di Rebibbia e da questa esperienza, descritta dai giudici come “un’importante occasione di scambio reciproco”⁹, è nato un emozionante documentario che ha

SIERVO, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010*, Roma, Palazzo della Consulta, 10 febbraio 2011, p. 1. Ancora nel 2019 il Presidente Lattanzi sottolineava che nel 2017 solo il 15% degli italiani dichiarava di conoscere la Corte costituzionale e di sapere quali erano le sue attribuzioni: *Relazione del Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “comunicazione istituzionale”*, svolta a Karlsruhe il 28 giugno 2019 e disponibile sul sito della Corte. Osservazioni del medesimo tenore possono trovarsi anche nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017* del Presidente Grossi.

⁴ Così A. D’ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull’apertura agli “amici curiae”*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 2 luglio 2020. Si sofferma sulla “funzione educativa sulla società” U. DE SIERVO, *Riflessioni su un’esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 1/2006. Per un confronto, al riguardo, tra la Corte costituzionale italiana ed il Tribunale costituzionale federale tedesco v. A. VON BOGDANDY AND DAVIDE PARIS, *Power is Perfected in Weakness: On the Authority of the Italian Constitutional Court*, in *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (eds.), Torino and London, Gappichelli-Routledge, 2020, pp. 263-280, per i due autori, le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* assolverebbero ad una funzione di pedagogia costituzionale, mentre questo compito di pedagogia costituzionale sarebbe, almeno fino alla recente riforma, “in gran parte alieno alla Corte costituzionale”.

⁵ Il rapporto tra nuovi strumenti di comunicazione e legittimazione degli organi costituzionali è studiato da P. CARNEVALE, D. CHINNI, *To be or not to be (on line). Qualche considerazione sul rapporto fra sito web e organi costituzionali*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 28 novembre 2019. Per un’analisi più approfondita v. D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Diritto e società*, 2018, p. 268.

⁶ Comunicato del 20 febbraio 2020, *È online il nuovo sito della Corte costituzionale*.

⁷ Il tema del rapporto della Corte costituzionale con l’opinione pubblica è ben affrontato recentemente da Aagioletta Sperti e a lei sono debitrice di alcune informazioni contenute in questo scritto: A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull’apertura della corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 20 marzo 2020. Sperti osserva importanti elementi novità nella nuova strategia comunicativa della Corte costituzionale tra cui il fatto che oggi la Corte sente oggi di dover intraprendere in prima persona, senza quindi la mediazione degli organi di stampa, il dialogo con la società civile.

⁸ Presentazione del Presidente Lattanzi diffusa dalla Corte attraverso il proprio sito.

⁹ *La nostra costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, intervista al Presidente Lattanzi, *la Repubblica*, 31 gennaio 2019, p. 5.

avuto ampia risonanza mediatica¹⁰. Il “viaggio nelle scuole”, anch’esso iniziato nel 2018 e destinato a proseguire in futuro, è stato decisamente più lungo comprendendo trenta-sei soste. Nel percorso, ben documentato sul sito della Corte, i giudici hanno avuto modo di incontrare studenti di istituti scolastici di tutto il Paese, con un’attenzione particolare alle periferie.

Insomma, le novità introdotte nelle Norme integrative, ed in modo particolare la possibilità che viene offerta alle organizzazioni espressione della società civile di far sentire la propria voce in maniera trasparente¹¹ al fine di portare nel giudizio costituzionale elementi esterni “utili alla conoscenza e alla valutazione del caso”¹², si collocano in un solco ben definito, espressione ormai consolidata della volontà della Corte di comunicare in maniera aperta con il modo esterno¹³.

L’accentuata attenzione della Corte nei confronti dell’opinione pubblica si accompagna ad altri importanti cambiamenti che hanno interessato la realtà giuridica, economica e sociale in cui il nostro sistema di giustizia costituzionale, insieme a molti altri, è chiamato a svolgere la sua delicata e cruciale missione. Si pensi alla pervasività che hanno raggiunto le nuove tecnologie e alle sfide che prospettano con riferimento ai diritti fondamentali; all’impatto che le varie crisi, prima quella economico-finanziaria e poi quella economico-sanitaria seguita alla pandemia da Covid-19, hanno avuto e continuano ad avere sugli equilibri di bilancio e sui diritti sociali; alla frequenza con cui si pongono i casi difficili, che chiamano a bilanciare interessi forti e tutti egualmente meritevoli di tutela; alle gravi difficoltà che vive la tradizionale rappresentanza politica e al conseguente emergere di impulsi populistici¹⁴. Attualmente, l’idea di comunità inclusiva deve fare i conti con un multiculturalismo in continua evoluzione e la tensione tra l’universale e il particolare si mostra sempre più evidente: “the very notion of the ‘public’ (and public space) has changed. We experience, as never before, being part of a local (at times non spatial) space, a national (still strong everywhere) space, and a transnational and global space”¹⁵. In questa complessità stratificata i rapporti

¹⁰ Il film, intitolato “Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri” e diretto dal regista Fabio Cavalli, è stato proiettato in anteprima a Roma, presso l’Auditorium Parco della Musica ed in seguito trasmesso dal servizio radiotelevisivo nazionale e presentato alla Biennale del Cinema di Venezia.

¹¹ Prima della riforma delle Norme integrative, giungevano alla Corte memorie da parte di organizzazioni e soggetti esterni al giudizio costituzionale che non venivano ammesse, ma naturalmente il loro contenuto era noto ai giudici e ai loro assistenti. V. *infra*, § 5.

¹² Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, art. 4 *ter*, comma 3.

¹³ La riforma delle Norme integrative e soprattutto l’introduzione dell’*amicus curiae* possono considerarsi il coronamento dell’offensiva comunicativa messa in atto dalla Corte costituzionale nell’ultimo anno, non a caso qualificato, dall’attuale Presidente, “l’anno della grande apertura”, M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, p. 1.

¹⁴ Per queste osservazioni, nella prospettiva di una riforma in senso “aperto” della Corte costituzionale, v. T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale “aperto”? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, giugno 2019, cit. E ora anche il bel dialogo tra Tania Groppi e Anna Maria Lecis Cocco Ortu da un lato e Maartje De Visser dall’altro in *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (eds.), cit., pp. 63-103.

¹⁵ D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, *Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Perspective*, in 16 *I-CON*, No. 2, 2018, p. 315, a p. 370.

politici, a livello nazionale e sovranazionale, sono spesso caratterizzati da sentimenti quali sfiducia, rabbia, paura. Per la prima volta in Europa alcuni sistemi di giustizia costituzionale sono sotto attacco e la loro autonomia sembra il pericolo¹⁶.

Tutti questi fenomeni, strettamente connessi tra loro e presenti in varia misura in numerosi ordinamenti, hanno spinto le giurisdizioni costituzionali e supreme a confrontarsi in maniera nuova con i classici temi della legittimazione, della partecipazione e della trasparenza. Non deve quindi sorprendere che la nostra Corte, immersa in un costituzionalismo globale del quale si comincia peraltro a vedere qualche limite¹⁷, abbia intrapreso la strada di una maggiore apertura e di un più stretto contatto con l'opinione pubblica in funzione di quella necessaria e continua rilegittimazione di cui scriveva Leopoldo Elia nel 2009¹⁸. La Corte, storicamente piuttosto attenta ad instaurare relazioni dialogiche con il legislatore e la magistratura ricorrendo, per esempio, a strumenti decisori innovativi e sollecitando i giudici ordinari all'interpretazione conforme a costituzione, ha quindi ritenuto opportuno instaurare relazioni più strette e aperte anche con un terzo interlocutore naturale, ovvero la società civile¹⁹.

L'introduzione dell'*amicus curiae* nel nostro processo costituzionale risponde quindi ad esigenze complesse e condivise con altre giurisdizioni ove tale figura è da molto tempo prevista o è stata introdotta, vuoi in via di prassi vuoi con riforme normative, in momenti più recenti. Si potrebbe anzi considerare l'*amicus curiae* un buon esempio di trapianto²⁰, di quella circolazione di modelli giuridici²¹ tanto cara ai comparatisti²², avve-

¹⁶ Per tutti: W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

¹⁷ V. R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Ma., Harvard University Press, 2004.

¹⁸ L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (eds.), *Come decidono le corti costituzionali (e altre corti)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 125.

¹⁹ Sulla “relazionalità”, ovvero la capacità della Corte costituzionale di porsi in maniera dialogica con gli altri attori istituzionali presenti sulla scena nazionale ed europea, quale elemento caratterizzante il nostro modello di giustizia, V. BARSOTTI, M. CARTABIA, P.G. CAROZZA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, New York and Oxford, Oxford University Press, 2016. Su alcune “ombre” del carattere relazionale della nostra Corte costituzionale, in particolare la mancanza di opinioni separate e, al tempo in cui si scriveva, *amici curiae*, v. V. BARSOTTI, *The Importance of Being Open. Lessons from Abroad for the Italian Constitutional Court*, in 8 *The Italian Journal of Public Law*, 2016, p. 28.

²⁰ Il classico studio è di A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un “approccio” al diritto comparato*, Napoli, ESI, 1984, versione italiana di *Legal Transplants and Legal Reform*, in 92 *Law Quarterly Law Review*, 1976, p. 79 e *Comparative Law and Legal Change*, in 37 *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 313. C'è chi preferisce parlare di innesto (M.R. FERRARESE, *Dai trapianti agli innesti: nuove dinamiche del diritto globale*, Trento, 3 maggio 2002, *Seminario del dottorato di ricerca in diritto comparato*), flusso (M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, ESI, 2001), migrazione (S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Ma., Cambridge University Press, 2009), o, ancora, prestito (“*Symposium on Constitutional Borrowings*”, in 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 177).

²¹ R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, Digesto IV, sez. civ., Vol. II, Torino, Utet, 1999.

²² In tema di trapianti e di circolazione di modelli giuridici, devono qui essere ricordati due studi belli e compatti che offrono prospettiva diverse, una privatistica e l'altra costituzionalistica: M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Transplants and Receptions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. REIMANN AND R. ZIMMERMANN (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 442 e V. PERJU, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, M. ROSENFELD AND A. SAJÓ (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1304.

nuta principalmente a partire dal sistema inglese sia in senso orizzontale verso altri ordinamenti nazionali sia in senso verticale interessando giudici quali la Corte europea dei diritti dell'Uomo, la Corte interamericana dei diritti umani o la Corte internazionale di giustizia²³. E come spesso avviene con la circolazione degli istituti, anche l'*amicus curiae* si è trasformato e adattato alle realtà giuridiche ove si è trovato ad operare.

3. *Amicus curiae, un buon esempio di trapianto giuridico: dall'Inghilterra agli Stati Uniti*

Non è questo il luogo per narrare la storia, peraltro non chiarissima, dell'*amicus curiae*: quel che è certo è che, tralasciando le suggestive analogie con il *consiliarius* del diritto romano, le prime tracce si trovano nella *common law* inglese del Quindicesimo secolo²⁴. Ma è alla fine del Diciassettesimo e poi nel Diciottesimo secolo che la sua presenza si fa più intensa nelle corti di Westminster ove l'*amicus curiae* è un estraneo rispetto alla controversia a cui il giudice permette di, e talvolta invita a, presentare “neutral, unbiased information”²⁵. Nella sua veste originaria, l'*amicus curiae* è dunque un soggetto, generalmente un avvocato, fisicamente presente in aula e in grado di assistere la corte segnalando precedenti a questa non noti al fine di evitare che si commettano gravi errori giudiziari²⁶. Tuttavia, attraversato l'Atlantico, l'*amicus curiae* si adatta al nuovo mondo e compie la propria metamorfosi “from friendship to advocacy”²⁷ – metamorfosi cui non è estranea la necessità di colmare le lacune di un processo *adversary* che, avendo alle spalle la teoria del *trial by duel*, non riesce ad aprirsi all'intervento di terzi e non garantisce una difesa adeguata agli indigenti²⁸. Se ancora nell'Ottocento l'*amicus* è effettivamente un giurista che assiste la corte, all'inizio del secolo successivo la sua trasformazione è quasi completa tanto che negli anni '30 del Novecento “The amicus is no longer a neutral, amorphous embodiment of justice, but an active participant in the interest group struggle”²⁹.

Negli Stati Uniti l'*amicus curiae* diventa elemento integrante della strategia giudiziaria dei gruppi attivisti e quello che era l'amico del giudice, oggi è un lobbista ben inserito nel sistema. Tale cambiamento, consolidatosi nella seconda metà del Novecento, è legato a due significativi fenomeni della vita politica e giuridica americana di cui l'uno è il ri-

²³ Sul fenomeno dei trapianti giuridici in senso verticale con riferimento all'*amicus curiae* A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as Vertical Transplant*, in 26 *European Journal of International Law*, 2015, p. 851. Per l'Autrice, la migrazione verso le giurisdizioni internazionali e transnazionali è avvenuta attraverso la *common law* inglese.

²⁴ Per alcuni cenni storici v. B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in 4 *Rivista dell'associazione italiana costituzionalisti*, 2019, p. 107, pp. 109-110.

²⁵ S. KRISLOW, *The Amicus Curiae Brief. From Friendship to Advocacy*, in 72 *Yale Law Journal*, 1963, p. 694.

²⁶ L'*amicus*, secondo Krislow, compie quindi un'opera di “shepardizing”, Id., p. 695. V. anche P.M. COLLINS, JR., *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Making*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 38.

²⁷ Dal titolo del già citato articolo dello storico Samuel Krislow, tra i primi e più noti studiosi delle origini e della trasformazione americana dell'*amicus curiae*: *The Amicus Curiae Brief. From Friendship to Advocacy*, cit.

²⁸ Id., p. 696-697.

²⁹ Id., p. 703.

flesso dell'altro: il proliferare dei gruppi di interesse quali propulsori di mutamenti sociali e il nuovo ruolo dei giudici quali attivatori di riforme. L'emersione di quello che Abram Chayes chiama il “public law model” di processo³⁰ è infatti un terreno fertilissimo per gli *amici curiae* che vogliono partecipare al grande dibattito politico che, come ci insegnava già de Tocqueville, negli Stati Uniti prima o poi finisce per svolgersi davanti a un giudice. Non possono non venire qui alla mente le battaglie per la desegregazione razziale condotte, anche attraverso la proposizione di *amici curiae brief*, da organizzazioni non governative quasi mitiche quali la NAACP³¹ e la ACLU³².

I numeri degli ultimi decenni confermano l'importantissimo ruolo svolto dagli *amici curiae* presso le corti americane e soprattutto presso la Corte suprema federale: “amici averaged roughly one brief per case in the 1950s and about five briefs per case in the 1990s³³”; nel *Term* 2018-2019, l'ultimo per il quale sono disponibili le statistiche, la media per ciascun caso deciso nel merito è stata di undici *brief*³⁴. Negli anni più recenti ci sono poi stati casi da record: in *NFIB v. Sebelius*³⁵, ove la riforma sanitaria del Presidente Obama è stata ritenuta costituzionalmente valida, sono state ammesse le memorie di 136 amici e in *Obergefell v. Hodges*³⁶, ove si è sancito il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso, ne sono state ammesse 148. Tra i motivi dell'inarrestabile successo degli *amici*, soprattutto presso la Corte suprema, oltre alla trasformazione del processo in senso pubblicistico sopra menzionata, è da sottolineare la sempre più accentuata “ONGizzazione” della società americana³⁷ e l'emergere di un ristretto gruppo di avvocati molto agguerriti, specializzati nelle cause presso la Corte suprema tanto che, a proposito del *Supreme Court Bar*, vi è chi parla di una vera e propria “amicus machine”, ovvero una organizzazione complessa volta a orchestrare la presentazione degli *amici curiae brief* – e i giudici di Washington sembrano favorire questi *repeat player* pieni di esperienza e che parlano la loro stessa lingua³⁸.

In considerazione del fatto che il fenomeno dell'*amicus curiae* nel sistema americano ha raggiunto dimensioni notevolissime tanto da caratterizzarne il modello processuale, è opportuno un breve richiamo alle *Rules* della Corte suprema per poi comprendere come l'*amicus* americano sia in parte diverso da quello che è possibile trovare in altri ordinamenti, anche di *common law*.

³⁰ A. CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 *Harvard Law Review*, 1986, p. 1281, spec. pp. 1300-1301.

³¹ National Association for the Advancement of Colored People.

³² American Civil Liberties Union.

³³ A.J. FRANZE AND R. REEVES ANDERSON, *The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in 2012-2013 Term*, in *National Law Journal*, Sept. 18, 2013.

³⁴ Nel *Term* 2018-2019 sono state presentate alla Corte suprema più di 700 *amici curiae briefs*, gli “amici” sono stati ammessi nel 96% dei casi, e sono stati citati nella metà delle sentenze di merito, v. A.J. FRANZE AND R. REEVES ANDERSON, *A Calm but Impressive 2018-2019 Term for “Friends of the Court”*, in *The National Law Journal*, November 25, 2019.

³⁵ 567 U.S. 519 (2012).

³⁶ 576 U.S. 644 (2015).

³⁷ Utilizza questo termine per descrivere l'accresciuto ruolo e l'aumentato numero delle ONG negli Stati Uniti, e non solo, BENEDETTA BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit.

³⁸ A. ORR LARSEN E N. DAVIS, *The Amicus Machine*, in 102 *Virginia Law Review*, 2016, p. 1901.

Innanzitutto è da ricordare che per accedere alla Corte suprema degli Stati Uniti è necessario ottenere un *writ of certiorari*, la cui concessione rientra nella piena discrezionalità dei giudici ed è noto che questi “decidono di decidere” meno dell’1% dei ricorsi che vengono presentati e pronunciano all’incirca ottanta sentenze per ciascun *Term.* La presenza degli *amici curiae* è quindi numerosa proprio a partire da questa fase preliminare perché segnala ai giudici l’importanza del caso: “amicus support at the cert stage is a necessity, not a luxury”³⁹. Una volta che il caso è stato scelto per la decisione nel merito, gli *amici curiae* possono ancora proporre le loro memorie che anche in questa fase sono strategicamente decisive. La *Rule* di riferimento è la 37, che al primo dei suoi lunghi sei commi significativamente afferma:

1. An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored⁴⁰.

Per la proposizione della memoria, la *Rule 37* pone molti ed assai stringenti requisiti: occorre il consenso delle parti, è previsto un numero massimo di parole, deve essere espresamente dichiarato a sostegno di quale parte si interviene, deve essere esplicitato se uno degli avvocati delle parti ha contribuito alla stesura della memoria amicale e se una delle parti o un suo avvocato ha contribuito economicamente alla presentazione della memoria.

Solo in rarissimi casi all’*amicus* è concesso di partecipare alla discussione orale e il contenuto della memoria può essere naturalmente il più vario: riferimenti a giurisprudenza o dottrina poco note che potrebbero essere rilevanti per la questione; elementi di fatto che le parti in causa potrebbero non essere state in grado di presentare; osservazioni relative alla *public policy* come, ad esempio, la previsione circa l’impatto del caso su una determinata categoria professionale o per un particolare settore industriale; riferimenti al diritto straniero; studi scientifici della più varia natura.

4. ... e oltre

Come sopra accennato, la migrazione dell’*amicus curiae* è stata intensa sia in senso orizzontale, verso altri ordinamenti nazionali, sia in senso verticale, verso giurisdizioni quali la Corte europea dei diritti dell’Uomo, la Corte interamericana dei diritti umani o la Corte internazionale di giustizia ed è piuttosto difficile descrivere in modo generalizzato i caratteri che questo istituto ha assunto nei luoghi ove attualmente opera. In via preliminare, prima di dedicare qualche parola ad alcuni ordinamenti europei di particolare interesse, è possibile affermare che l’esperienza dell’*amicus curiae* negli Stati Uniti è “eccezionale” sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto quello qualitativo poiché presso la Corte suprema sono intervenute in questa veste non solo agenzie federali e statali, organizzazioni non gover-

³⁹ A. ORR LARSEN AND N. DAVIES, *The Amicus Machine*, cit., p. 1946.

⁴⁰ Supreme Court Rules, Rule 37. Le *Rules* sono state riformate il 18 aprile 2019. Il primo caso in cui è stato ammesso un *amicus curiae brief* risale al 1821, mentre la codificazione nelle *Rules* è avvenuta nel 1939.

native, associazioni professionali, sindacati, professori universitari singolarmente e in gruppo, università e scuole di ogni genere, ma, in un caso particolare, è intervenuta anche l'Unione Europea e ciò mostra che non ci sono molti limiti al tipo di soggetto che può proporsi alla Corte quale amico. Il caso cui si fa riferimento è *Atkins v. Virginia*⁴¹ che ha dichiarato costituzionalmente illegittima, perché in contrasto con l'VIII emendamento, la condanna alla pena capitale delle persone mentalmente incapaci: il giudice Stevens, citando proprio l'intervento in veste di *amicus curiae* dell'Unione Europea, ricorda che “whitin the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved”⁴², con ciò provocando, tra l'altro, una polemica risposta di Scalia secondo cui “notions of justice elsewhere prevailing are (thankfully) not always of our people”⁴³ che riflette la ben nota polemica, quasi del tutto interna all'ordinamento americano, tra i giudici favorevoli alla comparazione nell'interpretare la costituzione nazionale e quelli invece decisamente contrari⁴⁴.

L'ampiezza della tipologia di *amici curiae*, il loro numero nonché la loro rilevanza per le decisioni dei giudici della Corte suprema degli Stati Uniti non pare riscontrarsi in altri ordinamenti che pure contemplano l'istituto.

Se l'*amicus curiae* quale si configura storicamente nella *common law* inglese subisce una profonda metamorfosi dopo essere approdato sull'opposta sponda dell'Atlantico, mantiene invece le sue caratteristiche originarie in Inghilterra. Qui infatti ancora oggi l'*amicus curiae* è un soggetto neutro, nominato generalmente dalla corte nell'interesse della giustizia⁴⁵. Non deve essere dimenticato che (prima l'Appellate Committee della House of Lords e ora) la UK Supreme Court costituisce il vertice della giurisdizione ordinaria e nelle grandi linee rimane aderente a quel modello *adversary* di processo che, ostile all'intervento dei terzi nel giudizio, ha favorito l'emergere dell'*amicus curiae*. Ma proprio i medesimi motivi che negli Stati Uniti hanno portato alla trasformazione “from friendship to advocacy”⁴⁶ dell'*amicus* – a cui deve aggiungersi, per l'ordinamento inglese, l'adozione dello Human Rights Act nel 1998 che ha aumentato il tasso di “costituzionalità” dei giudizi – hanno condotto ad inserire, nelle *UK Supreme Court Rules* del 2009, un nuovo istituto che sostanzialmente ricalca la natura e le funzioni dell’“amico americano”. Si tratta dell'*intervention* disciplinato dalla *Rule 15* quando la richiesta di partecipazione si inserisce nella fase della *permission to appeal* e dalla *Rule 26* quando la richiesta viene fatta nella

⁴¹ 536 U.S. 304 (2002).

⁴² 536 U.S. 304, 321, fn 21 (2002).

⁴³ 536 U.S. 304, 348 (2002).

⁴⁴ Accenno a questo tema nel mio contributo al seminario, svoltosi a Pisa nel dicembre 2019, su “Il diritto giurisprudenziale” in memoria di Alessandro Pizzorusso, *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, in corso di pubblicazione.

⁴⁵ L'*amicus curiae* inglese non rappresenta alcuna parte e, dal 2001, viene chiamato “advocate of the court”: “In 2001, a memorandum between the Lord Chief Justice and the Attorney-General adopted the new term, ‘advocate to the court’, in order to reflect the modern amicus’s narrower role: It is important to bear in mind that an Advocate to the Court represents no-one. His or her function is to give to the court such assistance as he or she is able on the relevant law and its application to the facts of the case”. *A Justice Report: Evidence*, p. 171, justice.org.uk.

⁴⁶ V. *supra*, testo e nota 24.