

*Repliche alla Lettera****Originalismo e Costituzione: una risposta*****di Luca Pietro Vanoni**

«I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law».

Attraverso queste parole, contenute in una delle più note e discusse dissenting opinion della storia, Justice Holmes esprimeva tutto il proprio disappunto per la decisione assunta dai suoi colleghi nel famoso caso *Lochner v. New York*. Deciso nel 1905, *Lochner* poco ha a che fare con l'originalismo, o quanto meno con la sua moderna interpretazione sviluppatasi nelle università e nelle aule giudiziarie statunitensi solo a partire dagli anni '80. Né, certamente, si può rimproverare ad Holmes di essere un giurista conservatore, ancorato ad una interpretazione rigidamente testualista della Costituzione; lui che, al contrario, è comunemente indicato come uno dei padri del realismo giuridico. Eppure, già ad inizio secolo, il celebre giurista americano metteva in luce uno dei temi oggi più che mai al centro del dibattito costituzionale negli Stati Uniti (e non solo). Come da lui stesso ricordato, infatti, la Costituzione «non è pensata per incarnare una particolare teoria economica, sia essa quella del paternalismo e del rapporto organico del cittadino con lo Stato sia essa quella del *laissez faire*». Muovendo da questo presupposto, diventa quindi fondamentale capire se e quanto la parola *liberty* possa essere artificialmente riempita di significati interpretativi utili, nello specifico caso, a supportare una teoria economica rispetto ad un'altra.

Più di cento anni dopo, tutti i giuristi concordano nel ritenere *Lochner* una decisione profondamente sbagliata ma, ricorda acutamente Chessa, non sempre per le medesime ragioni. Alcuni pensano, infatti, che erroneo sia «il giudizio di moralità politica» formulato dai giudici in quella occasione; altri, invece, che la vera scorrettezza risieda nel fatto che «i giudici della Corte suprema» abbiano formulato «un giudizio di moralità politica» (Chessa). La differenza non è di poco conto, e solleva una domanda che ancora oggi affligge gli studiosi del costituzionalismo. Quello che è certo, però, è che per gli originalisti la risposta è chiara: in *Lochner* come in *Roe* l'errore dei giudici supremi non è stato quello di aver abbracciato una certa soluzione ma, piuttosto, di aver «legislate from the bench».

Si comprende così perché il più rilevante contributo offerto dalla teoria dell'originalismo è quello di aver riportato al centro del dibattito americano il tema dei confini della giurisdizione (Pin). A seguito del New Deal, l'espansione del potere dei giudici ha assolto la funzione di inverare quella trasformazione informale della Costituzione che ha mutato la ripartizione liberale dei poteri. Il peso esercitato dalla Corte Suprema all'interno dell'ordinamento ha finito però per condizionare le modalità con cui il sistema stesso affronta i casi più divisivi; invece che provare a trovare soluzioni comuni all'interno di organi di rappresentanza, gli schieramenti politici hanno cinicamente utilizzato (e forse con la strategic litigation, abusato) il potere di judicial review per raggiungere i propri rispettivi obiettivi. La stessa *Roe v. Wade* è stata letta come una soluzione pragmatica volta ad accelerare un mutamento giuridico senza transitare per il procedimento legislativo (Posner); non è un mistero, del resto, che anche Justice Ginsburg, paladina dei diritti civili e della parità di genere, ha ritenuto la storica sentenza del 1973 «too far-reaching and too sweeping» dal momento che alterava il processo politico già in atto cristallizzando in un diritto costituzionale un dibattito che meritava forse di essere discusso e risolto altrove.

Sebbene dopo la presidenza Trump possa apparire più immediata una equivalenza tra originalismo e conservatorismo, rimane fuorviante – a parere di chi scrive – qualificare gli argomenti originalisti esclusivamente quali «stratagemmi retorico-persuasivi funzionali alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore» (Caruso). Sostenere oggi questa teoria, sviluppatasi già a partire dal famoso discorso tenuto nel 1985 dall'Attorney General Reaganiano Edwin Meese (Post, Siegel), è quanto meno difficoltoso per almeno tre ordini di ragioni.

Innanzitutto, l'originalismo è soggetto ad una continua evoluzione tanto che, nel descriverne lo sviluppo storico, Lawrence Solum individua almeno tre macro-tipologie che si differenziano a seconda dei criteri che vengono impiegati per ricavare l'original meaning delle disposizioni. Senza inoltre considerare come le diverse sfumature di originalismo incidano anche sul modo in cui esso è utilizzato dai singoli giudici: significativa, in questo senso, è la differente lettura offerta da Scalia e Thomas della dottrina dello *stare decisis*. Pur criticata da entrambi, se per Scalia essa deve però comunque trovare spazio nelle argomentazioni giuridiche originaliste, poiché l'originalismo «cannot remake the world anew», secondo Thomas, invece, «quando si è in presenza di un precedente di cui è dimostrabile l'erroneità, la mia regola è semplice: non dovremmo considerarlo» (*Gamble v. United States*).

In secondo luogo, sono alcuni tra i più illustri giuristi liberal americani a smentire l'equivalenza tra originalismo e conservatorismo; su tutti il già menzionato Solum che, nell'appoggiare la candidatura di Gorsuch, ha rammentato ai senatori del Judiciary Committee che «l'originalismo potrebbe e dovrebbe essere abbracciato sia dai democratici che dai repubblicani, dai progressisti come dai conservatori». In modo non dissimile, Akhil Reed Amar ha recentemente chiarito che l'originalismo «non è né partigiano né stravagante», tanto che, a suo parere, il più illustre esponente della teoria non sarebbe Nino Scalia bensì Hugo Black, ovverosia «a towering liberal Democratic

Senator-turned-Justice». Infine – ma l’elenco potrebbe essere ancora lungo – Jack Balkin ha suggerito di superare lo storico conflitto tra living constitutionalism e originalism, proponendo una lettura di quest’ultimo che ha come fine quello di fornire ai giudici una cornice di principi e regole (c.d. framework originalism) che lasciano però aperta la possibilità per le future generazioni «di costruire e realizzare la Costituzione-in-pratica». La teoria originalista patrocinata da Balkin si discosta da una accezione conservatrice per focalizzarsi su una interpretazione che, lungi dal «pietrificare ex auctoritate il senso della Costituzione» (Caruso), sembra in grado di abbracciare anche tesi in linea con il pensiero progressista.

Da ultimo, non mancano esempi di come, già oggi, l’originalismo sia riuscito ad ottenere risultati forse più graditi ai giudici liberal attraverso una lettura tradizionalmente più affine allo stile interpretativo dei giudici conservatori (Zanon). È il caso delle sentenze *Bostock v. Clayton County* e *Nin-Chavez v. Garland*, in cui Justice Gorsuch, facendo aggio su argomenti squisitamente testualisti, ha, rispettivamente, esteso il divieto di discriminazione tra sessi ai transgender e difeso i diritti di un immigrato irregolare. In particolare, in *Nin-Chavez*, svelando il rigore metodologico che orienta il suo lavoro, Gorsuch ha ancorato le proprie argomentazioni sulla lettura dell’articolo indeterminativo “a”. Per quanto possa sembrare singolare fondare l’intera decisione sul significato di un’unica parola, come ricordato dallo stesso giudice «words are how the law constrains power». È quindi ai poteri, e non solo ai diritti, che i giudici originalisti volgono lo sguardo quando sono chiamati ad interpretare la legge.

Ciò non significa che l’originalismo come teoria interpretativa della Costituzione sia infallibile o esente da critiche. Il più grande studioso italiano dell’ordinamento americano, Giovanni Bogneri, sosteneva che «la regola metodologica, meccanica, del dovere di interpretazione-applicazione secondo gli “intendimenti originari” (...) è una regola occultatrice che non pare conveniente accogliere e mettere in pratica». Anche perché, gli fa eco Chessa, «quando sono in gioco termini costituzionali valutativi, nessuna ricerca storico-empirica può assicurare la certezza e l’univocità dell’attribuzione di significato».

A maggior ragione, ugualmente criticabili possono essere le decisioni dell’attuale term. Nota, e riportata dallo stesso Caruso, è la critica di Amar alla lettura del II emendamento che, in realtà, prima ancor che contrapporsi a *NYSRPA v. Bruen* metterebbe in crisi la stessa ricostruzione storica svolta da Scalia nel caso *Heller*. Allo stesso tempo, giuristi indubbiamente a favore del diritto di aborto hanno riconosciuto (proprio come Alito in *Dobbs*) l’erroneo legame artificialmente elaborato nel 1973 tra l’interruzione di gravidanza e il binomio liberty-privacy (Sustein, Siegel, Ely), senza che questo abbia però impedito loro di fondare tale diritto sul principio della uguaglianza tra sessi, o di ancorarne il riconoscimento nell’original meaning nel XIV emendamento (Balkin). Al di là delle diverse opinioni, quindi, non si può non riconoscere che i casi *Roe* e *Casey* hanno di fatto prodotto una lacerazione del tessuto democratico-costituzionale non solo in forza di ciò che si è deciso, ma anche per come lo si è fatto (Baraggia). Ciò costringe l’interprete a volgere lo sguardo sulla modalità

con cui i sistemi costituzionali, ognuno nella sua particolare modalità storica, inverano e realizzano lo scopo delle Costituzioni, che devono certamente «durare per unire» (Caruso) ma sono anche «made for people of fundamentally differing views» (Holmes). In altri termini, soprattutto quando in gioco ci sono tematiche divisive, occorre riflettere sul come decidere, ma anche su chi sia legittimato a farlo (Zanon).

Si potrebbe allora dire che l'originalismo possa essere utile per provare a correggere una sorta di presbiopia costituzionale che, nello sforzo di mettere a fuoco l'universalità dei diritti, ha finito per perdere di vista i confini dei poteri. Spostando dal piano dei poteri a quello dei diritti il luogo di risoluzione dei conflitti, infatti, il costituzionalismo ha privilegiato un approccio prevalentemente dialettico che – attraverso le sentenze delle Corti – stabilisce la supremazia di un'opzione sulle altre a discapito di una ricomposizione dialogica del disaccordo in cui – nello scontro democratico tra poteri – diverse posizioni possono provare a coesistere all'interno di una cornice comune. Mentre infatti il compito dei giudici è quello di porre fine al dibattito decidendo il torto e la ragione, un sistema costituzionale che non trascuri la divisione verticale ed orizzontale dei poteri «non è pensato per concludere il dibattito» quanto piuttosto «per avviare il dibattito, costringendo i poteri politici in lotta tra loro a riportare le questioni controverse alla comunità». (Kramer).

Nel commentare il deprecabile leak del draft di Alito lo scorso maggio, Amar ricordava che «I am a Democrat who supports abortion rights but opposes Roe» perchè «the Court's ruling was simply not grounded either in what the Constitution says or in the long-standing, widely embraced mores and practices of the country. Perhaps I'm wrong in thinking that, and perhaps the Dobbs draft is wrong too. But there is nothing radical, illegitimate or improperly political in what Justice Alito has written».

La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh

di Nicolò Zanon

1. La *concurring opinion* di Justice Kavanaugh in *Dobbs* fornisce qualche ulteriore elemento alla discussione aperta dalla *Lettera AIC* su originalismo e recenti sentenze della Corte suprema USA.

Per vero, l'*opinion* di Kavanaugh è maggiormente incentrata sul testualismo nell'interpretazione della Costituzione, da un lato, e, dall'altro, sulla separazione tra sfera di intervento della giurisdizione e ambito nel quale può e deve esprimersi il processo politico-democratico. Ma, proprio per questo, contribuisce a mettere maggiormente in prospettiva *costituzionale* gli assunti contenuti nell'*opinion* di Alito, essenzialmente basati sulla ricostruzione storico-normativa del trattamento riservato in USA all'interruzione della gravidanza, e indirizzati a dimostrare la necessità di operare un *overruling* di *Roe*.

Il tema al cospetto della Corte in *Dobbs*, afferma dunque Kavanaugh, non è la “moralità” dell'aborto, ma ciò che la Costituzione afferma in materia. Per intendersi, non si è in presenza di una sentenza “confessionale”, che condanna in sé, per qualche ragione filosofica o religiosa, l'interruzione della gravidanza, ma di una pronuncia che intende distinguere tra ciò che appartiene alla Costituzione e ciò che le è estraneo. Sia i sostenitori del diritto della donna alla libertà di scegliere l'aborto, che i difensori del diritto alla vita del nascituro – riconosce Kavanaugh – hanno le proprie ottime ragioni. Ma ciò fa parte di un dibattito rispetto al quale il testo costituzionale non ha preso posizione. In aderenza alla *opinion* di Alito, egli sottolinea, in particolare, che il *due process of law* di cui al XIV° emendamento, in quanto garanzia *procedimentale*, non può diventare contenitore di alcuna garanzia *sostanziale*, che si tratti della *privacy* della donna o di un generale diritto di abortire. Ciò contribuisce a rendere *egregiously wrong* il precedente di *Roe*.

La Costituzione è perciò neutra sull'aborto, non è né *pro-life*, né *pro-choice*: essa, invece, lascia che la questione sia affrontata attraverso il *democratic process* negli Stati o nel Congresso, al pari di ogni altra delicata *issue* non direttamente decisa dal testo costituzionale.

Se la Costituzione è neutra, deve esserlo anche la Corte suprema. I nove “*unelected members*” della Corte non possiedono la legittimazione costituzionale per scavalcare (*override*) il “processo democratico” e per imporre a 330 milioni di americani una *policy pro-life*, oppure *pro-choice*, in materia di aborto: la Costituzione non attribuisce loro l'unilaterale autorità di creare nuovi diritti e libertà, fondati non già sul testo costituzionale, bensì su convinzioni morali o politiche del tutto soggettive.

In definitiva, non è vero – come invece molti hanno inteso – che la decisione della Corte in *Dobbs* ha posto l'aborto fuori legge. Essa ha “solo” restituito la decisione ai rappresentanti eletti

dei singoli Stati. Attraverso il “processo democratico”, le rappresentanze degli Stati potranno consentirlo o limitarlo, secondo scelte di bilanciamento tra interessi che appartengono tipicamente (bisognerà tornare subito sul punto) alla valutazione politica. Come aveva scritto Scalia in *Casey* (in una *opinion* in parte *concurring* e in parte *dissenting*), «State may, if they wish, permit abortion on demand, but the Constitution does not *require* them to do so».

2. Tutto ciò posto, si aprono questioni di ampio respiro, che mostrano tutta la vastità dell’oceano che separa Europa e Stati Uniti.

Se esiste un aspetto che attualmente distingue l’approccio delle Corti supreme e costituzionali europee rispetto a quello della *Supreme Court* statunitense, essa, mi pare, consiste in ciò; mentre le prime scorgono nel bilanciamento tra principi (anche vagamente) desumibili dai testi costituzionali la cifra essenziale del loro intervento, la seconda, forte della propria nuova maggioranza, si è invece data alla ricerca degli stretti confini della materia costituzionale, che si esaurirebbe nel suo *testo* (su ciò, criticamente, Caruso nella *Lettera* iniziale). Soprattutto, per la Corte suprema di oggi, i confini del testo sono anche i confini dell’intervento giurisdizionale possibile e lecito (come ricorda Vanoni). Mentre le prime, dunque, “armeggiano” con i testi costituzionali (e legislativi) e costruiscono *ex novo* equilibri tra diritti e interessi, “ricavando” dalle Costituzioni soluzioni che queste, per vero, non parrebbero (almeno *prima facie*) contenere, la seconda decide di arrestarsi dove il testo costituzionalmente è formalmente muto o non argomenta nulla di essenziale. E dove deve tacere la Corte, può parlare la politica.

Roe e *Casey* erano molto più vicine all’approccio europeo, se così può dirsi. Avevano affermato che il diritto di abortire costituirebbe parte di un più ampio diritto della donna, che *Roe* definisce *privacy*, e *Casey* descrive quale libertà di compiere scelte intime e personali, funzionali alla dignità e all’autonomia della persona. Queste libertà, “ricavate” dalla Costituzione, hanno definito i confini invalicabili entro i quali dovrebbero muoversi i confliggenti interessi in materia di aborto: da un lato, l’interesse della donna che intende abortire, dall’altro, quello del singolo Stato che intende proteggere una “*potential life*” o la condizione di un “*unborn human being*”. Ora, invece, *Dobbs* sostiene risolutamente che i singoli Stati possono liberamente bilanciare questi interessi, proprio perché la Costituzione, in materia, è neutrale.

Ed anzi, più in generale, quando sia incerto ciò che la Costituzione vuole su una determinata questione, o quando si possa dire che essa nulla dice in materia, le scelte in tema di bilanciamento tra i confliggenti interessi – che l’approccio “europeo” tende comunque ad attrarre alla sfera d’intervento del giudice supremo o costituzionale – secondo la dottrina che ora sembra prevalere tra i *Justices* appartengono invece alla politica democraticamente legittimata, non già ai *nine unelected members of the Court*...

Si potranno avere opposte opinioni su questa differenza, ma essa è davvero notevole. Aggiungo una piccola, ma significativa, testimonianza (che non credo sveli nulla di riservato). In una discussione in camera di consiglio mi è capitato una volta di richiamare all’attenzione dei colleghi ciò che afferma l’art. 28 della legge n. 87 del 1953 (“*il controllo di legittimità costituzionale su una*

legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento"). La reazione, in sostanza, è stata paragonabile a quella di chi si trova improvvisamente al cospetto di un relitto consumato dalle onde del mare, cui può riservarsi una compunta curiosità....

3. Residuano, ovviamente, problemi vari.

Scrive Kavanaugh che, dopo *Dobbs*, i singoli Stati possono dunque liberamente bilanciare i “*competing interests*” in materia di aborto. Non manca, però, di rimarcare, richiamando (in una nota!) il *dissent* di Rehnquist in *Roe*, che l'eventuale divieto di aborto (che una legislazione statale ben potrebbe introdurre) dovrebbe soffrire una eccezione *costituzionalmente necessaria*, quando l'aborto sia necessario per salvare la vita della donna. Potrebbe allora facilmente osservare il giurista europeo: da questa parte dell'oceano lo si sapeva già, si tratta proprio di uno dei frutti (minimali!) del bilanciamento fra principi e diritti operato dalle valutazioni delle Corti...

Come si vede, nell'ampia libertà valutativa delle rappresentanze statali in tema di aborto, nuova cifra della dottrina della Corte, il vincolo costituzionale, mediato dall'operato del giudice supremo, non manca di insinuarsi comunque, e ciò merita una riflessione.

Altro formidabile problema: è possibile “mettere ai voti”, cioè condizionare al consenso delle maggioranze, la scelta della *singola* donna di abortire? Il presupposto teorico che ciò sia possibile perché non si ha a che fare con un diritto *costituzionale* (perché non riconosciuto nel testo, né radicato nella storia e nelle tradizioni nazionali) deve confrontarsi con convinzioni assai diffuse dalle nostre parti: quella per cui il costituzionalismo moderno/contemporaneo serve anche e soprattutto a proteggere i diritti del singolo, cioè della più piccola minoranza immaginabile, contro lo strapotere della maggioranza; oppure quella che sottolinea come una scelta che non si condivide, e che non si farebbe, non per ciò solo potrebbe legittimamente impedirsi ad altri.

Ebbene: sono, queste ultime, convinzioni valide solo sul terreno moral-filosofico, ma costituzionalmente ineffettuali, inutili a smontare il paradigma della libertà di valutazione politica (delle rappresentanze statali) in un ambito costituzionalmente neutrale? Immagino che la Corte suprema di oggi risponderrebbe di sì.

Riportando il discorso proprio sul terreno del “*democratic process*”, il testualista-originalista potrebbe anzi osservare che proprio le donne, votando, potrebbero eleggere rappresentanze *pro-choice*, e che esse sono oggi, numericamente, in maggioranza tra gli elettori.

Non saprei dire se sia un argomento forte, o, al contrario, del tutto elementare e “primitivo”. Ma, in fin dei conti, quando il Presidente Biden ha invitato gli elettori americani a reagire “contro” *Dobbs*, e a votare in massa tenendo a mente questa sentenza, ha in realtà esattamente accettato il terreno che *Dobbs* ha indicato.

Originalismo e "living Constitutionalism", tra domanda di Costituzione e princìpi supremi

di Quirino Camerlengo

1. Il sindacato di costituzionalità delle leggi si muove all'interno della "materia costituzionale". Quest'ultima rappresenta il terreno i cui confini circoscrivono il giudizio devoluto al custode della Costituzione e i cui elementi offrono allo stesso i parametri alla stregua dei quali svolgere tale funzione.

Per gli originalisti la materia costituzionale è definita dal testo della Costituzione. Secondo questa impostazione, la materia costituzionale è un terreno che offre standard di giudizio strettamente ancorati al tenore letterale degli enunciati costituzionali. Le operazioni interpretative non possono andare oltre il senso proprio delle parole, alla luce dell'intenzione che ha guidato la mano dei *framers*.

Per i sostenitori della *living Constitution*, la materia costituzionale, pur definita dalle disposizioni della Carta fondamentale, si presta ad accogliere elementi inediti, anche in virtù di interpretazioni evolutive degli stessi enunciati, affinché il testo sia adattato, in assenza di formali revisioni costituzionali, alle trasformazioni in atto nella società.

Per gli originalisti, il giudice costituzionale deve attenersi scrupolosamente a ciò che dice la Costituzione attraverso il proprio qualificante linguaggio: ogni ultronea attribuzione di senso determinerebbe uno straripamento della *judicial review of legislation* a danno della politica e, dunque, delle istituzioni democratiche della rappresentanza politica.

Per i fautori della *living Constitution*, il giudice costituzionale non è solo l'implacabile guardiano della costituzionalità delle leggi, ma è anche promotore di innovazioni là dove il legislatore ordinario non si sia rivelato in grado di intercettare le trasformazioni sociali traducendole in discipline normative adeguate ad una realtà in continua evoluzione: nessuna attività creativa di diritto, ma un pieno e coerente inveroamento dinamico delle disposizioni costituzionali sfruttando al massimo le potenzialità ermeneutiche del testo.

Agli originalisti si contesta una rigida visione testuale, la cui pratica finisce col frustrare l'attitudine della Costituzione ad operare quale condizione sempre attuale di equilibrio, stabilità e giustizia: una prospettiva, questa, cieca e chiusa rispetto al cambiamento (Caruso).

Ai fautori della *living Constitution* si obietta una certa disinvoltura o leggerezza nel concepire il diritto costituzionale come una struttura normativa sin troppo permeabile, sì da favorire l'accesso nella materia costituzionale anche di elementi stravaganti o comunque eccentrici rispetto alla filosofia

di fondo che ispira la Costituzione, quale atto che ha una propria origine storica. Dunque, non una mera Costituzione “vivente”, ma una *leaving Constitution*, che appunto abbandona il proprio originario ruolo di faro sicuro per dischiudere orizzonti dai contorni indefiniti e, perciò, disorientanti.

Tornando ad un profilo lucidamente sviluppato da Luca Vanoni, l’originalismo è congeniale alla affermazione di posizioni conservatrici o, all’opposto, progressiste nella misura in cui, però, lo stesso testo costituzionale sia il frutto di orientamenti politici conservatori o, rispettivamente, progressisti. Faccio un esempio. La clausola (o principio-valvola, per come lo ha studiato efficacemente Federico Pedrini) dell’utilità sociale è stata pensata per contemperare il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata col principio fondamentale di eguaglianza sostanziale: ebbene, una lettura “evolutive” di questa clausola, orientata verso la consacrazione e il rafforzamento del mercato e della concorrenza, finirebbe col vanificare lo sforzo progressista sotteso al secondo comma dell’art. 3. Un chiaro esempio, questo, di *living Constitutionalism* indirizzato verso posizioni ideologiche non progressiste.

Ma è così netto il divario tra questi due approcci? O, ancora, è possibile immaginare uno scenario diverso, idoneo a ravvicinare le due posizioni?

2. La Costituzione, lungi dall’essere un prodotto normativo calato dall’alto, è la risposta data dal soggetto costituente ad una “domanda di Costituzione” proveniente dalla società, secondo la felice intuizione di Fausto Cuocolo, ripresa di recente da Antonio Ruggeri. Una società che aspiri ad essere *well-ordered* (Rawls) si attiva affinché imperfezioni, contraddizioni, tensioni, criticità trovino una soluzione idonea a garantire la pace e la coesione sociale. Questa domanda, protesa verso il cambiamento sociale, è intercettata dagli attori che operano nei processi costituenti, e si esprime attraverso “concezioni ideali”, vale a dire assetti relazionali che si reputano congeniali al bisogno di giustizia e di equità emerso in seno alla comunità. Queste concezioni ideali si traducono in materiale normativo attraverso la loro trasposizione giuridica in principi costituzionali, ossia i pilastri intorno ai quali si perfeziona il patto tra autorità e società, tra potere e libertà.

Il testo costituzionale non è che il frutto della ricognizione di queste concezioni ideali e, dunque, non è che la rappresentazione formale dei principi che fondano il nuovo assetto ordinamentale. Nella interpretazione degli enunciati costituzionali la domanda di Costituzione continua a svolgere un ruolo rilevante, non essendosi esaurita con l’adozione della Carta fondamentale.

Essendo quei principi il punto di equilibrio tra la domanda (sociale) e l’offerta (politico-istituzionale) di Costituzione, ogni operazione ermeneutica volta ad inverare il diritto costituzionale sfruttandone al meglio le molteplici potenzialità espressive, non può che muoversi all’interno della cornice tracciata dagli stessi principi. A conferma di ciò si pensi alla nostra giurisprudenza costituzionale che ha sempre riconosciuto l’affermazione di un “nuovo diritto” (Modugno) alla luce del principio fondamentale enunciato nell’art. 2 della Costituzione.

L’interpretazione costituzionale orientata e, nel contempo, limitata dai principi fondamentali soddisfa tanto le pretese di certezza degli originalisti, in quanto il testo non è sacrificato in nome di

pretese di riconoscimento del tutto avulse dallo spirito che anima il dettato costituzionale, quanto le aspirazioni evolutive dei teorici della *living Constitution*, dal momento che consente alla domanda di Costituzione, che si sviluppa e arricchisce nel tempo in parallelo alle trasformazioni sociali, di continuare la propria opera di affinamento del sistema costituzionale in un senso davvero coerente con il proprio ruolo.

3. Non sono un esperto di diritto angloamericano, come chi mi ha preceduto in questo dibattito, ma ho la sensazione che nell'esperienza costituzionale degli Stati Uniti difettano i due elementi dapprima sommariamente descritti: la domanda di Costituzione proveniente dalla società e, soprattutto, l'idea, diffusa e radicata in molti ordinamenti occidentali, dei sistemi costituzionali fondati su di un nucleo forte (o nocciolo duro) di principi fondamentali o supremi: quelli enunciati a partire dalla sentenza n. 1146 del 1988 della nostra Costituzione, oppure le clausole di eternità (Häberle), o ancora i principi che innervano la *supra-constitutionnalité*.

Nelle pronunce qui contemplate difetta il riconoscimento che anche la Costituzione degli Stati Uniti, al pari di ogni sistema costituzionale, si è sviluppata a partire da un nucleo di principi fondamentali che hanno avuto la forza di irradiarsi in tutto l'ordinamento, tracciandone le linee di sviluppo. Sono proprio quegli «underlying principles» evocati da Jack M. Balkin (citato da Vanoni), che conferiscono identità all'ordinamento e che ne garantiscono la stabilità nel tempo nonostante l'avvicinarsi delle forze politiche. Questo approccio potrebbe ridurre sensibilmente le distanze tra chi, venerando il testo, forse (è una ipotesi) pensa di deresponsabilizzarsi adducendo un opinabile *self restraint*, e chi, all'opposto, ritiene e tratta la materia costituzionale come un terreno in cui qualsiasi «oggetto» sociale possa attecchire giustificando un attivismo giudiziario senza remore (la *juristocracy* di Hirschl).

Non credo, diversamente da Justice Kavanaugh, che la Costituzione possa essere «neutrale» rispetto a questioni che incidono sui diritti fondamentali e, più in generale, sul principio personalista. La Costituzione può essere «indifferente» rispetto a molteplici fatti o comportamenti o rapporti che non sono percepiti meritevoli di essere inclusi nella materia costituzionale e che, come tali, sono rimessi alla più ampia discrezionalità del legislatore ordinario. Ma non è il caso dei diritti, sicuramente di quelli della tradizione liberale. Se così fosse, la Costituzione abdicerebbe alla essenziale funzione che le fu attribuita dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali attraverso una architettura istituzionale basata sulla separazione dei poteri. E la Corte suprema, quando si riferisce ai diritti che siano «deeply rooted in the Nation's history and tradition», inconsapevolmente allude proprio ai principi fondamentali sui quali è eretto l'ordinamento americano, a cominciare dalla «human dignity» evocata nella *concurring opinion* di Justice Kavanaugh.

Originalismo moderato e neutralità costituzionale

di Omar Chessa

1. Mi sembra che il dibattito teorico avviato da Caruso e continuato da Vanoni, Zanon e Camerlengo, possa riassumersi nelle domande seguenti:

a) La costituzione è solo il suo testo oppure i confini del diritto costituzionale sono più ampi, secondo quanto asserito dalle teorie sulla “costituzione vivente”, living constitution?

b) E se è solo il suo testo, questo pone essenzialmente procedure decisionali neutrali rispetto agli esiti, lasciando agli attori politici e soprattutto al legislatore democratico il compito di definirli, oppure in larga misura ambisce a predeterminarli secondo un programma sostanziale di moralità politica?

c) Dalle prime due domande, incentrate sul concetto di “costituzione”, sortisce la terza, riferita ai modi dell’interpretazione costituzionale: e cioè, nell’elaborazione delle norme i giudici costituzionali (e non solo) debbono limitarsi alle disposizioni costituzionali o possono e debbono prendere in considerazione anche “materiali” diversi? E in particolare, che posto hanno, se ne hanno uno, le valutazioni giudiziali di “moralità politica” (Dworkin) nella risoluzione dei dubbi di legittimità costituzionale?

L’ultima domanda solleva la c.d. «difficoltà contromaggioritaria», la quale non è altro che il problema di giustificare perché l’interpretazione giudiziale della costituzione debba prevalere su quella legislativa, tenuto conto che quest’ultima avrebbe dalla propria parte il sostegno della legittimazione democratica e tenuto conto che i giudizi morali del legislatore non dovrebbero soccombere nel confronto con quelli del giudice.

2. Invertendo l’ordine, inizio dalla coda, cioè dalla domanda c).

In questo nostro dibattito il problema teorico dell’interpretazione costituzionale si è posto con riguardo all’originalismo. Dico subito che, nonostante abbia per finalità il ripristino della fidelity to the Constitution, esso non può intendersi come una forma di testualismo ingenuo, poiché in tutte le sue versioni muove dall’idea che il testo costituzionale non sia autosufficiente e che non interpreti se stesso, necessitando invero di un criterio interpretativo in qualche modo esterno al dettato scritto e facente leva su operazioni di ricostruzione storica.

Aggiungo che, nel confronto tra il pensiero originalista e il suo avversario storico, l’approccio “evoluzionista” della living constitution, bisognerebbe evitare gli aut-aut rigidi. Vuoi perché non c’è un solo originalismo ma ce ne sono diversi (e quindi può succedere che una soluzione corretta secondo uno dei metodi originalisti potrebbe non esserlo alla luce di un altro); vuoi perché la gran

parte dei giuristi originalisti in servizio aderisce ormai al new originalism (che al canone dell'original intent sostituisce quello dell'original public meaning), ricercando taluni di essi una mediazione con la teoria della "costituzione vivente" (un esempio per tutti è il Living Originalism di Jack Balkin, già opportunamente ricordato da Vanoni).

È vero che negli USA l'originalismo ha spesso prestato il fianco all'accusa di conservatorismo politico (come puntualizzato da Caruso): ed è indubbio che, in passato, gli originalisti americani fossero nella stragrande maggioranza, se non tutti, dei conservatori (soprattutto se aderenti all'original intent originalism). Ma nel caso dell'esperienza costituzionale italiana l'accusa andrebbe rovesciata, poiché un approccio di tipo originalista valorizzerebbe semmai gli elementi di costituzionalismo democratico-sociale (dalle previsioni in tema di diritti sociali e di intervento pubblico nell'economia, al programma di uguaglianza sostanziale e di pieno sviluppo della persona, fino alle numerose disposizioni lavoristiche), a dispetto delle riletture "evolutive" in senso neo-liberale affermatesi negli ultimi trent'anni. L'originalismo, in definitiva, può indifferentemente produrre effetti "progressivi" ovvero di conservazione (sociale, economica, etica), secondo la situazione costituzionale in cui si trova a operare (come già notato da Vanoni e Camerlengo).

3. Difatti, le specificità ordinamentali contano e il ragionamento non può condursi solo sul piano della teoria generale, senza considerare i dati di diritto positivo.

Ad esempio, Zanon fa giustamente presente che nel nostro ordinamento deve essere osservato, fintantoché rimane vigente e non è dichiarato incostituzionale, l'art. 28 della legge n. 87 del 1953, il quale dispone che al giudizio di legittimità costituzionale siano preclusi «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento»: il che parrebbe escludere che obiettivi di moralità politica non incorporati nel dettato costituzionale possano indirizzare l'operato del giudice delle leggi.

Analogha considerazione può farsi per l'art. 12 Preleggi, secondo cui «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»: penso che questa disposizione debba applicarsi anche all'interpretazione della Costituzione, essendo questa da osservarsi come «Legge fondamentale della Repubblica» (XVIII Disposizione finale della Costituzione), sicché l'intenzione del costituente è un canone che sicuramente vincola l'interpretazione costituzionale (nella misura in cui ciò è possibile, ché, come dirò subito, non tutto può essere definito in base al metodo originalista, nuovo o vecchio che sia); e penso, inoltre, che non solo i giudici comuni ma anche i giudici costituzionali siano tenuti a conformarsi all'art. 12 Preleggi, poiché non sono certo immuni rispetto ai comandi legislativi: possono, sì, liberarsene, ma alle condizioni previste anche per gli altri giudici, e cioè sollevando una questione di legittimità costituzionale, seppure dinanzi a se stessi, e quindi indicando la norma costituzionale violata.

Va aggiunto, però, che anche le disposizioni legislative vincolanti l'attività interpretativa della Corte costituzionale (e dei giudici in genere) non si auto-interpretano, con la peculiarità ulteriore che è rimesso allo stesso giudice di interpretarle al fine di definire i margini di legittimità della propria

azione, prefigurando così la tipica situazione dello iudex in causa propria. Alla fine, i limiti alle attività interpretative e applicative dei tribunali costituzionali (e di ogni altra corte suprema) si risolvono nella sostanza in auto-limitazioni adottate più o meno estensivamente. Ma ciò comunque non cancella il fatto che nel nostro ordinamento siano vigenti norme prescriventi criteri di interpretazione giuridica (legislativa e costituzionale): norme che i loro destinatari non possono ignorare del tutto, pur potendone largamente disporre.

4. Per queste ragioni (e altre, che qui, per ragioni di spazio, non illustro) ritengo che nel nostro ordinamento sia doveroso adottare un approccio di “originalismo moderato” nell’interpretazione di tutti gli atti normativi.

Senonché, il canone originalista va declinato in una forma, appunto, “moderata”, perché non può risolvere tutti i problemi interpretativi. Si prenda la formula del «pieno sviluppo della persona umana», forse il più importante e impegnativo obiettivo di moralità politica incorporato nella Costituzione repubblicana: sicuramente, per i Padri Costituenti doveva intendersi in relazione alla rimozione degli impedimenti fattuali gravanti sulla libertà e uguaglianza delle persone e quindi alla luce di un programma economico-sociale “progressivo”. Ma la Costituzione prescrive il pieno sviluppo della persona umana qui e ora e non ciò che i Costituenti intendevano per “pieno sviluppo personale”: il loro punto di vista deve essere integrato nella lettura della formula, ma non la esaurisce, poiché il cambiamento tecnologico, sociale, culturale, simbolico, ecc., può frapporre nuovi impedimenti alla libertà e uguaglianza, e quindi nuove forme di esclusione sociale, diverse da quelle strettamente legate al solo bisogno economico.

5. Una linea d’indagine teorica di sicuro interesse (nonché diversa dall’originalismo) è l’ipotesi della “costituzione neutrale” (Zanon), secondo cui ci sarebbero questioni di moralità politica rispetto alle quali le costituzioni (quella americana, quella italiana e qualsiasi altra) non recepirebbero nessun particolare punto di vista, lasciando al processo politico democratico-rappresentativo e quindi alle scelte del legislatore lo scioglimento dei nodi delicati sui quali non si pronunciano.

L’idea di una “costituzione neutrale” (che fa il paio con quella di “costituzione debole”, in contrapposizione a un modello di costituzione “forte” o “totale”) mi pare una declinazione della più risalente idea di “costituzione breve”, che si esaurisce nella disciplina organizzativa del potere pubblico senza disporre un bill of rights: modello, a ben vedere, al quale apparteneva la Costituzione federale americana originaria, prima che entrassero in vigore i successivi amendments volti a introdurre questo e quel diritto fondamentale; e al quale appartiene pure l’idea kelseniana di costituzione come «regola del procedimento legislativo» e di giustizia costituzionale come controllo volto (quasi) esclusivamente a sindacare il rispetto della regola suddetta a tutela delle minoranze parlamentari. Non per caso Kelsen scriveva, in questo caso in perfetta consonanza con Schmitt, che «le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future – come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili – non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole d’ordine vaghe come “libertà”, “uguaglianza”, “giustizia” etc. Altrimenti c’è il pericolo di uno spostamento di potere

– non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno – dal parlamento ad un organo esterno ad esso che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento».

È evidente che accogliendo fino in fondo questo modello “proceduralista” (che negli USA fu teorizzato soprattutto da Ely nel suo *Democracy and Distrust*) rimarrebbero irrisolte sul piano del diritto costituzionale la gran parte delle questioni delicate decise dalle corti dacché la giustizia costituzionale è nata. Per fare un esempio recente, tratto dalla nostra esperienza costituzionale, il caso Cappato ricadrebbe tra quelli rimessi esclusivamente alle scelte del legislatore democratico, il solo abilitato a trasfondere valutazioni di moralità politica in norme vincolanti per tutti.

Pur essendo uno schema teorico affascinante, anche perché riduce sensibilmente la distanza tra i sistemi provvisti di *judicial review of legislation* e i sistemi privi di giustizia costituzionale in quanto basati sulla *sovereignty of parliament*, è dubbio se la teoria della “neutralità costituzionale” possa applicarsi alla nostra Costituzione repubblicana (e per certi versi anche a quella statunitense). Infatti, i Costituenti non raccolsero l’invito kelseniano a tenere fuori dal dettato costituzionale «le disposizioni sui diritti fondamentali e simili», recanti «termini troppo generici» e «parole d’ordine vaghe come «“libertà”, “uguaglianza”, “giustizia”, etc.»; e anzi, oltre ai principi di uguaglianza e di libertà, posero in capo alla Repubblica il programma del «pieno sviluppo della persona umana»: una formula che, almeno virtualmente, potrebbe filtrare ogni problema di moralità politica attinente a ciò che una persona può fare o non fare, avere o non avere. Siamo, dunque, agli antipodi dal modello di una “costituzione neutrale”.

Non si può escludere, ovviamente, che nel contesto di una costituzione che contiene “disposizioni sui diritti fondamentali e altri principi di giustizia” possano comunque darsi “ambiti costituzionalmente neutrali”, rimessi alla discrezionalità politica del legislatore. Ma la loro enucleazione non sempre è intuitiva e, anzi, il più delle volte richiede complesse operazioni ermeneutiche: non solo è difficile stabilire che cosa la costituzione dice ma anche stabilire se nulla dice.

Nel recente caso *Dobbs*, ad esempio, la Corte Suprema americana giunge alla conclusione che nella Costituzione federale niente è detto con riguardo al *right to abortion* e, in particolare, argomenta perché non sarebbe un profilo della *liberty of person* protetta dal *due process of law* del XIV Emendamento. Ma gli argomenti originalisti e “proceduralisti” adottati non mi sembrano veramente concludenti: non contesto, quindi, la legittima possibilità di farne uso, bensì le conclusioni che si pretende di trarne. Lascio, però, a un’altra occasione l’esame approfondito di una pronuncia che per la sua importanza e densità non può liquidarsi in poche righe.

***Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro
diritti***

di Marilisa D’Amico

La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul caso “Dobbs”, che ha diviso la società americana e che, ancor prima della sua pubblicazione, aveva avuto profondi riflessi anche in Europa, è divenuta per la dottrina costituzionalistica italiana occasione di discussione non solo e non tanto per il suo oggetto (che, in alcuni contributi, viene soltanto accennato), e cioè il diritto negato all’aborto, ma soprattutto per gli argomenti utilizzati dalla Corte Suprema e per il “posto” delle teorie originaliste.

Ragionando sugli Stati Uniti, non solo si evidenziano diverse sensibilità a visioni dell’originalismo, per come lo si è studiato e compreso, ma queste stesse sensibilità vengono riportate a ragionamenti più ampi che investono il ruolo dei giudici costituzionali e i confini del loro intervento.

Non approfondirò oltre questo aspetto se non per sottolineare che trovo importante ragionare, come fa brillantemente Luca Vanoni, sui diversi “originalismi” e sul merito che è unanimemente riconosciuto negli Stati Uniti all’originalismo: quello, cioè, di aver sottolineato con forza la necessità di evidenziare sempre i confini della giurisdizione quale aspetto centrale di ogni democrazia. Aspetto che, non va dimenticato, ha un significato del tutto diverso in un paese di *common law*, rispetto a una realtà come quella italiana. Discutendo con studiosi e studiose statunitensi all’indomani della sentenza “Dobbs”, il profilo che mi è parso più rilevante è sembrato indubbiamente questo.

Ma, allora, che cos’hanno in comune (finora) la vicenda statunitense e la discussione sviluppatasi in seno alla dottrina costituzionalistica italiana? Mi pare sicuramente quella di essere una discussione fra uomini dove, purtroppo, l’aborto, un problema che coinvolge prima di tutto la donna e il suo diritto a portare a termine una gravidanza, riacquista centralità.

Fin dall’antichità, impedire o tollerare che le donne abortissero costituiva una delle “politiche” caratterizzanti una civiltà. In quella romana, ad esempio, è sotto l’impero di Augusto che troviamo leggi che vietano l’aborto e storie di aborti clandestini chiesti da donne che controllavano la natalità per sfuggire al proprio destino, ritenendo che l’interruzione della gravidanza costituisse un atto di autonomia e quindi di libertà, come ben evidenzia nei suoi scritti Eva Cantarella (si veda, soprattutto, *L’ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell’antichità greca e romana*, Feltrinelli, Milano, 2010). Un aspetto che contraddistingue i regimi nazista e fascista è quello di introdurre pene severissime per le donne che decidevano di abortire; donne che, sfuggendo al destino

di “moglie e di madre”, venivano in molti casi completamente emarginate e rinchiusi nei “lager” (così V. De Lucia, *Destini di donne nella Germania nazionalsocialista*, Spring, 2020).

Ancora oggi, purtroppo, negare alle donne questo diritto non è così difficile, persino in Europa. Pensiamo a quello che sta succedendo in Polonia, ma anche al fenomeno dell’obiezione di coscienza in Italia, che rende difficile e a volte impossibile nel nostro Paese, in alcune regioni, interrompere una gravidanza. Un’Italia condannata due volte dal Comitato europeo dei diritti sociali, per il modo in cui viene applicato l’art. 9 della legge n. 194 del 1978.

Ma torniamo agli Stati Uniti: si afferma in “Dobbs”, che la Costituzione non riconosce esplicitamente il diritto all’aborto (nella sentenza, si ribadisce, più volte, che “the Constitution makes no mention of abortion”; oppure, anche, che “procuring an abortion is not a fundamental constitutional right because such a right has no basis in the Constitution’s text or in our Nation’s history”, p. 77). Al di là e oltre la necessità di affermare una teoria dei limiti della giurisdizione, potremmo anche provare a riflettere sul contesto storico che di sicuro condiziona il ruolo delle Corti, a mio avviso ben oltre le convinzioni soggettive dei singoli o della maggioranza dei giudici.

Ragionando, infatti, sul significato della decisione *Roe v. Wade* non solo per la storia statunitense, ma anche per quella europea, possiamo infatti chiederci: perché, nel 1973, abbiamo avuto “Roe” e ora, nel 2022, ci ritroviamo Dobbs? Cos’è cambiato?

Non mi riconosco nelle affermazioni secondo cui tutto dovrebbe ridursi ad uno scontro fra giudici liberal e conservatori e, quindi, originalisti (equazione un pò troppo semplicistica).

Credo, invece, che c’entri moltissimo la storia e, soprattutto, la storia delle donne e il peso delle loro rivendicazioni. Le Corti, infatti, sono interpreti dei tempi e dipendono fortemente dalla società.

Nel 1973, in un momento di forte rivendicazione di nuovi diritti e di diritti femminili, di nascita dei movimenti femministi in tutto il mondo e soprattutto negli Stati Uniti dove le donne, unite nelle loro battaglie, conquistavano campi fino a quel momento totalmente maschili, come quello artistico, “Roe” diviene espressione di questa forza e di questa centralità, affermando che l’aborto riguarda il “corpo” delle donne, la loro *privacy*, intesa come inviolabilità totale da parte dello Stato, sino a superare, fino a forzarlo come ammetterà anni più tardi Ruth Bader Ginsburg, il processo legislativo.

Con “Roe”, la Corte Suprema esprime la forza delle donne e le battaglie dei corpi che “Dobbs” lascia invece sullo sfondo.

Come è stato possibile? E la Costituzione rimane davvero “neutra” di fronte a queste tematiche?

È stato possibile negli Stati Uniti, come potrebbe succedere anche in Italia, proprio perché quella lotta femminile, che voleva conquistare lo spazio pubblico in modo autonomo e portando una diversa prospettiva, si è a mio parere atrofizzata nella politica delle quote, dei numeri fini a se stessi, rinunciando alla prospettiva di esserci, ma in modo “diverso”. Di costruire per tutte le donne un mondo migliore, non solo per quelle che stanno meglio, che hanno maggiori possibilità economiche o che si trovano già in posizioni lavorative apicali.

Anche le posizioni femministe attuali, contrarie al riconoscimento di altri diritti come la fluidità di genere o la maternità surrogata, semplicemente utilizzando il solo argomento difensivo, centrato sulle insidie che i diritti riconosciuti ad altri porterebbero a quelli femminili, sono sintomo di profonda debolezza.

Democrazia “di donne e di uomini” per le nostre Costituenti significava una partecipazione stabile e continua in tutti gli aspetti della vita pubblica, un qualcosa che le donne italiane, purtroppo, non sono riuscite, se non in minima parte, a realizzare. E così in tutto il mondo e anche in società, come quella statunitense, dove pure si sono ottenuti tantissimi progressi, ma dove le statistiche parlano chiaramente di donne sole, abbandonate, povere, le più sofferenti nella scala sociale.

In conclusione, anche le nostre discussioni fra accademici (e accademiche) sulla sentenza “Dobbs” sono emblematiche di questo momento storico.

La strumentalizzazione politica del caso “Dobbs” negli Stati Uniti e i suoi echi in Italia, dove “Dobbs” si trasforma in un’occasione per ragionare del rapporto tra Corte e legislatore, mi sembra espressione e conferma, purtroppo, di una totale debolezza di un punto di vista femminile, anche nella prospettiva del diritto costituzionale.

Afferma il giudice Kavanaugh, che la decisione “Dobbs” non attiene a un giudizio morale sull’aborto, ma semplicemente si riferisce a ciò che sta o non sta nella Costituzione. Dal momento che è il Giudice costituzionale a stabilire ciò che sta o non sta nel perimetro dei valori costituzionali, possiamo allora osservare che, nel 1973, l’aborto “stava” nella Costituzione, perché la società esprimeva un’esigenza insopprimibile riconosciuta nella decisione “Roe”. Oggi, invece, “Dobbs” lascia al dibattito pubblico e alle scelte politiche tale bilanciamento.

Credo, infine, che in “Dobbs” si esprima un principio “storico”, che oggi sento fortemente e, cioè, che l’aborto, ma soprattutto il principio di autodeterminazione della donna, non sia un qualcosa di scontato, ma che le donne riprendano uno spazio politico per ribadire i loro diritti.

Sotto questo profilo, il recente risultato del *referendum* nello Stato conservatore del Kansas costituisce un segnale indubbiamente positivo.

“Dobbs” diventa, allora, una sfida anche per la democrazia italiana, ultimamente così povera di battaglie femminili e così bisognosa di costruire, dal punto di vista sociale, politico e anche costituzionale, un punto di vista “femminile”.

Un'analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?

di Giovanna Razzano

L'interessante dibattito sull'originalismo e la Costituzione suscitato dalla sentenza *Dobbs* invita a considerare proprio quest'ultima, con la sua motivazione e le relative argomentazioni.

Secondo la *Supreme Court*, infatti, la precedente sentenza *Roe* è clamorosamente errata, rappresenta un abuso di potere giudiziale ed è stata annullata non solo e non tanto perché nel testo della Costituzione americana non sono menzionati né il diritto di aborto, né quello alla *privacy* (da cui fu ricavato il primo), ma soprattutto perché tali diritti, entrambi inespressi, non furono enucleati e ricostruiti in modo razionalmente convincente rispetto alla Costituzione e ai suoi Emendamenti, all'*American law*, al *common law*, alla storia e alla tradizione americana, nonché al concetto di libertà ordinata.

Se è innegabile che, così facendo, la sentenza *Dobbs* abbia adottato un approccio coerente con l'originalismo, è pur vero che il metodo interpretativo adottato non è nuovo nella giurisprudenza della *Supreme Court*. La stessa sentenza *Roe*, che originalista non può dirsi, argomentò l'esistenza di un diritto costituzionale di aborto a partire anche dalla storia americana, come indica il fatto che si soffermò diffusamente sulla *history of abortion* e sul tema del *quickenning* (la percepibilità del feto nell'utero materno), nel tentativo di provare che nel diritto americano esistesse una risalente tradizione comprovante la libertà di aborto almeno prima di tale fase. Fu sempre la sentenza *Roe* a richiamare quei precedenti per cui solo i diritti personali che possono ritenersi fondamentali o impliciti nel concetto di libertà ordinata possono includersi nel concetto di *ordered liberty*. Ancora, è indicativo che un *amicus brief* presentato ora per *Dobbs*, a sostegno del diritto di aborto, abbia tentato di sminuire il dato storico per cui al tempo dell'approvazione del XIV Emendamento gli Stati americani qualificassero penalmente l'aborto, sostenendo che lo facessero illegittimamente, solo per il timore che le immigrate cattoliche avessero più figli delle protestanti bianche, ove l'aborto fosse stato legale (*Brief for Amici Curiae American Historical Association and Organization of American Historians*, 20).

I riferimenti alla storia sono insomma consueti, così come quelli alla tradizione, alla *conscience of our people* o al fatto che un diritto implicito può o meno godere della garanzia del XIV Emendamento solo se *deeply rooted in this Nation's history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty*. Non si tratta, quindi, di percorsi ermeneutici propri dell'originalismo o dei *Justices* di nomina repubblicana, bensì di una metodologia risalente e condivisa.

Il punto è che *Roe* si basò su errori di analisi (ad es. lo scritto di C. Means, poi screditato) e motivò la decisione in modo non rigoroso. Fu *egregiously wrong* non già perché non fu originalista, ma perché la motivazione fu carente e le conclusioni incoerenti con la Costituzione. Introdusse il diritto costituzionale di aborto fino al sesto mese di gravidanza, stabilì una dettagliata disciplina per trimestri di gestazione e vietò che da quel momento in poi gli Stati potessero adottare leggi a tutela della “vita potenziale” prima del settimo mese, affermando che solo da allora vi sarebbe stata la *viability*, la vitalità del feto fuori dall’utero. Tutto ciò limitandosi ad asserire che un diritto di aborto fino al sesto mese sarebbe implicito in alcuni Emendamenti (I, IV, V e IX), in particolare nel XIV, giacché questo menziona la “*liberty*”, per cui includerebbe la *privacy*, la quale, a sua volta, comprenderebbe l’aborto, «*as we feel it is*» (*Roe*, 410 U.S. at 153).

Non è casuale che autorevoli costituzionalisti americani, progressisti e *pro-choice*, come già rilevato da Vanoni, criticarono duramente la sentenza *Roe*, ritenendola fuori dal diritto costituzionale (J.H. Ely), mentre Ruth Ginsburg espresse le sue perplessità, ritenendo la sentenza colpevole di aver fermato un processo politico di riforma, accrescendo lo scontro.

Non sembra quindi di poter condividere l’affermazione per cui, in *Dobbs*, l’argomento originalista «non sia altro che uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore» (Caruso). E ciò non solo perché l’originalismo è composito e non riducibile a semplice stratagemma (come osservato da Vanoni, Zanon, Camerlengo e Chessa), ma anche perché ne possono derivare idee di costituzione e istanze politiche ben diverse. Lo dimostra l’*amicus brief* presentato per *Dobbs* a firma di J. Finnis e R. George (peraltro “maestri”, in senso accademico, di *Justice Gorsuch*), i quali avevano auspicato una sentenza che, anziché rimettere agli Stati le decisioni politiche sull’aborto e riservare alla *Supreme Court* un ruolo neutrale (che Kavanaugh, nella sua *concurring opinion*, ha sentito il bisogno di rimarcare), dichiarasse, piuttosto, il divieto di aborto come costituzionalmente necessario, in quanto, pur sempre da una prospettiva originalista, i nascituri sono *persons*, alla luce del significato originario del XIV Emendamento e della storia del *common law*.

Ora se il nostro tema è *Originalismo e Costituzione*, al di là della questione dell’aborto (v. D’Amico), rispetto a cui, comunque, il mondo femminile americano è diviso ed eterogeneo (come rivelano alcuni *amicus briefs* presentati da donne e da femministe *pro-life*, interessate sia alla parità, sia ai diritti dell’*unborn human being*), quel che più conta è il punto in cui *Dobbs* critica il precedente perché «*Roe’s constitutional analysis was far outside the bounds of any reasonable interpretation of the various constitutional provisions to which it vaguely pointed*» (p. 44).

Si allude infatti ad una questione fondamentale per il costituzionalista. Il tema dei confini dell’*interpretazione ragionevole* delle disposizioni costituzionali, così come quello del significato e dell’oggettività del testo, come pure dei criteri per l’identificazione dei diritti fondamentali non è di certo riservato agli originalisti, ai conservatori, ai repubblicani o ai *pro-life*. Si tratta, piuttosto, di un problema cruciale per il diritto costituzionale e per il diritto in generale, che attiene al ruolo del

giudice, a quello del legislatore, al principio della separazione dei poteri e a quello democratico, nonché all'ermeneutica giuridica.

A quest'ultimo riguardo, specie nel panorama europeo, non può essere tralasciata l'opera di Betti, il quale, assieme ad altri (Gadamer, Esser, Perelman), benché distante dalla sensibilità per i principi appena menzionati e perfino critico sulla Costituzione del 1948, diede un contributo fondamentale alla disciplina. Egli, infatti, mentre affrontava il tema della competenza a identificare i principi generali del diritto, «caratterizzati da un'eccedenza di contenuto assiologico (...) al punto che essi si pongono a fondamento dell'ordine giuridico, con una funzione genetica rispetto alle singole norme» e mentre rimarcava il ruolo essenziale che la giurisprudenza svolge a tal fine, quale organo della coscienza sociale, difese al contempo il carattere scientifico dell'interpretazione giuridica, la quale, come ogni interpretazione delle *forme rappresentative* dell'umano, deve fare i conti con l'«oggettività irremovibile» nella quale si sostanziano tali forme, rispettandone il *significato*, che è *da ricavare* e non *da imporre* (e neppure da *produrre*, come per Guastini, per il quale le norme sono non l'*oggetto*, ma il *prodotto* dell'interpretazione). Per Betti, che ereditava l'approccio storico-giuridico dai suoi studi romanistici (Crifò, Mura) e nel quale vi era *il pathos dell'oggettività* (Irti), «non basta analizzare la logica della lingua usata dalla legge: si deve altresì indagare, in indirizzo storico e tecnico, sia la logica dei rapporti sociali disciplinati, sia la logica del loro trattamento giuridico». Escludeva, poi, che l'attività interpretativa della giurisprudenza potesse essere fonte del diritto.

Come si vede un tale approccio, elaborato in tutt'altro contesto, a prescindere dall'originalismo, risulta comunque proprio di ogni metodo interpretativo che voglia essere scientifico basandosi su di una tale rigorosa indagine logica, alla ricerca del significato, nel rispetto dell'oggetto storico e reale, con la sua alterità e autonomia (per Betti *sensus non est inferendus, sed efferendus*).

Ove manchi tutto ciò, un'interpretazione, in ipotesi, può allora anche risultare *abuse of judicial authority* e una sentenza, ancorché costituzionale, *egregiously wrong*, perché *far outside the bounds of any reasonable interpretation of the various constitutional provisions*.

Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?

di Federico Pedrini

1. Non v'è dubbio che il dibattito suscitato dalla *Lettera* di Caruso sull'originalismo abbia raggiunto il suo dichiarato scopo di richiamare l'attenzione su molteplici «temi di vitale interesse per la nostra disciplina». Il primo, forse anche il più imbarazzante, è che quest'ultima tuttora *non* concorda sul proprio oggetto, se non a livello nominalistico. Costituzionaliste e costituzionalisti sarebbero probabilmente d'accordo nel dire che studiano – quanto meno *anche e principalmente* – “la Costituzione”, ma da lì in avanti la concordia sembrerebbe affievolirsi, talvolta fin quasi a scomparire. Questo a livello tanto di *cosa sia* la “Costituzione” che studiano, quanto di tutto ciò che di *ulteriore* eventualmente risulti oggetto (necessario o contingente) della loro attenzione, vuoi come elemento autonomo e separato delle proprie analisi, vuoi come strumento per meglio comprendere il contenuto della prima (Costituzione).

Per riprendere, sul punto, le considerazioni di molti tra coloro che mi hanno preceduto (Vanoni, Camerlengo, Zanon, Chessa), la Costituzione (*de qua agitur*) si risolve nel testo (e/o nel suo significato) oppure il relativo concetto si estende fino a ricomprendere entità extra-testuali come la “Costituzione *materiale*”, la “Costituzione *vivente*” o magari l'ancor più ampio “*ordinamento costituzionale*”? Se non si chiarisce questo aspetto, ogni altra considerazione rischia di essere foriera di equivoci, che possono insistere tanto sulle ipotetiche fonti, ulteriori rispetto al testo costituzionale, del diritto costituzionale stesso, quanto sui metodi utilizzabili per interpretare il documento costituzionale e/o gli altri materiali “costituzionalmente rilevanti”. In altre parole ancora, mi pare fundamentalmente inutile discutere di interpretazione costituzionale, come il dibattito sull'originalismo impone di fare, se non si chiarisce prima puntualmente quale sarebbe la “Costituzione” che si interpreta, se si interpreta soltanto tale Costituzione o anche altro (i rapporti politici? la coscienza collettiva? la storia e la tradizione di un popolo? le esigenze di una società?), e come questo eventuale “altro” interagisca con la Costituzione in senso stretto (è una fonte giuridica ad essa parallela o costituisce un mezzo per la sua “lettura”?).

In che cosa consista l'interpretazione della Costituzione e quale sia il metodo più adatto per svolgere tale attività dipende in larga misura dalle caratteristiche che riconosciamo proprie del relativo oggetto. Va da sé, tuttavia, che questo decisivo “riconoscere” determinate caratteristiche come proprie della Costituzione non potrà essere il frutto di fantasie personali, ma dovrà quanto meno tentare di trovare fondamento e di mostrare corrispondenza in quella che potremmo chiamare la “realtà” (immateriale, certo, ma non immaginaria) del diritto stesso. Pena tra l'altro, a procedere

diversamente, l'impossibilità di tracciare una distinzione, e dunque l'inevitabile confusione, tra la Costituzione com'è – quale parte del diritto vigente – e la Costituzione come (secondo noi) dovrebbe essere.

2. Come ha bene illustrato Mario Jori (da ultimo in *Esistenze*, Modena, Mucchi, 2022), i giuristi non parrebbero disporre di un criterio autenticamente tecnico/scientifico per la definizione del diritto esistente, finendo necessariamente per appoggiarsi alla nozione di senso comune. Questo si spiega in ragione del loro peculiare ruolo di “ausiliari dell'applicazione” nella pratica sociale giuridica, alla quale i giuristi non partecipano come scienziati che si limitano ad osservare un fenomeno semplicemente dall'esterno. Essi sono piuttosto attori che, dall'interno, rendono possibile il funzionamento del meccanismo del diritto, fornendo descrizioni/ricostruzioni specialistiche delle fonti e delle norme di un dato ordinamento. Ciò a partire da una data “norma di riconoscimento” la cui individuazione – daccapo – non è affatto arbitraria, ma è appunto guidata dal senso comune. I costituzionalisti non fanno eccezione a questa regola, la quale si configura come un vincolo pragmatico che semplicemente condannerebbe all'incomprensione coloro i/le quali, ad esempio, sostenessero che la nostra *Grundnorm* fosse ancor oggi lo Statuto albertino e non la Carta costituzionale repubblicana.

Tutto questo, beninteso, non ha impedito ai giuristi, e in particolare ai costituzionalisti, di andare talora anche “al di là” del senso comune e di ricorrere a concetti e teorie più complesse (o addirittura controintuitive) di ‘Costituzione’, che non risolvano quest'ultima integralmente (e magari neppure principalmente) nel significato del relativo testo. Laddove un documento costituzionale esista, tuttavia, non mi risulta che vi sia mai stata una teoria costituzionale disposta a premettere *formalmente* il testo costituzionale dai propri elementi costitutivi. Ciò a testimonianza del fatto che, sempre per la stessa necessità (pragmatica) di comunicare coi propri interlocutori – che sono non solo gli altri giuristi, ma anche gli organi dell'applicazione e potenzialmente tutti i consociati –, anche le teorie più “ardite” manterranno sempre un aggancio (se non altro apparente) col senso comune. E dal punto di vista del senso comune la Costituzione può essere *soltanto* il testo costituzionale, non foss'altro per la buona ragione che i comuni consociati non hanno la minima idea di cosa potrebbero mai essere le altre “Costituzioni” – materiali, sostanziali, viventi, *etc.* – di cui talvolta discorrono i giuristi.

3. Torniamo così all'originalismo e alla sua importanza per l'attuale teoria costituzionale. Come si diceva, l'originalismo si propone come uno specifico metodo interpretativo della Costituzione, il quale, nell'attribuire “senso e riferimento” agli enunciati di quest'ultima, àncora tale significato a un parametro fisso, risalente al tempo della loro approvazione. Indifferentemente rispetto al fatto che tale parametro sia quello delle intenzioni originarie dei costituenti (*original intent*) oppure del significato che quelle parole avevano nella comunità dei parlanti di allora (*original public meaning*), così facendo l'originalismo presuppone l'assunto teorico per cui «la costituzione è solo il suo testo» (Chessa). Ebbene, il dato a mio avviso più significativo non è tanto come (e con quanta efficacia) l'originalismo argomenti in favore di un simile metodo per l'interpretazione del testo costituzionale,

quanto il fatto che l'originalismo ci ricordi, dimostrandocelo con la sua stessa esistenza, che un simile modo di procedere sia per lo meno *possibile*.

Non l'*unico* possibile, certo, e neppure necessariamente *il migliore* possibile, ma sicuramente una ipotesi quanto meno da prendere in (auspicabilmente seria) considerazione. A maggior ragione se si considera che il suo assunto di base, quello per cui la Costituzione (da interpretare) «è solo il suo testo», è segnatamente quello (1) più aderente al senso comune cui i giuristi (costituzionalisti inclusi) sono pragmaticamente vincolati e (2) per distaccarsi dal quale si richiederebbero, se non proprio delle dimostrazioni, quanto meno argomentazioni molto solide. Altrimenti detto, allontanarsi dal concetto di senso comune fatto proprio (anche) dall'originalismo e che riporta la Costituzione al suo solo testo è senz'altro un'opzione, ma un'opzione *tutt'altro che ovvia*. E proprio per questo parrebbe richiedere un "onere motivazionale" gravoso, il quale non può ritenersi assolto da appelli troppo spesso fumosi – essi sì autentici «stratagemmi retorico-persuasivi»! – rivolti a pretese "nature", "funzioni" o "prestazioni" della Costituzione. Le quali, sia detto per inciso, sembrerebbero giocoforza rinviare "dogmaticamente" a un concetto teorico-generale di 'Costituzione' indipendente dagli (e prevalente sugli) specifici e variabili contenuti dei testi costituzionali "positivi".

4. Certo, allorché tali teorie in concreto si affermino con sufficiente diffusione, diventando pratica costante e regolare di giudici e giuristi, esse condizioneranno comunque il contenuto del diritto vigente e la sua applicazione, a dispetto del loro «essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali» (Razzano). Anche a prescindere, cioè, dalla loro fondatezza, plausibilità e onestà intellettuale, che possono talora dimostrarsi labili soprattutto quando pubblicamente la forma sia ancora quella di una interpretazione *del testo* della Costituzione. In questo senso ha certamente ragione D'Amico nel dire che, in ultima analisi, «è il Giudice costituzionale a stabilire ciò che sta o non sta nel perimetro dei valori costituzionali». Se infatti il diritto esiste grazie alla convergenza di tutti i consociati (e non soltanto dei giuristi) su una certa norma di riconoscimento, i suoi contenuti sono poi specificamente determinati dai soli giuristi (ed in modo particolare dagli organi dell'applicazione), sia pure in costante connessione col senso comune. L'originalismo, quindi, potrà semmai rivendicare una maggior solidità epistemologica nell'indagine sul significato di un testo che il senso comune considera la Costituzione *sans phrase*, ma non può vantare una maggiore "verità" nel descrivere un diritto costituzionale che, come ogni altra teoria, almeno in parte concorre a costituire.

Ciò che, tra le altre cose, l'originalismo potrebbe forse insegnarci è ad analizzare e valutare ogni dottrina interpretativa della Costituzione – incluso, naturalmente, lo stesso originalismo – per quello che è (un modo di intendere, completare o modificare il diritto costituzionale "di senso comune") in rapporto a come essa si presenta (interpretazione, integrazione o attuazione *di quale* Costituzione?). Una salutare conseguenza sarebbe anche quella di riportare la discussione circa il metodo dell'interpretazione costituzionale sul piano che gli è proprio, vale a dire quello della sua "correttezza" (Vignudelli) rispetto a un oggetto – la Costituzione – previamente e pubblicamente definito, con la dovuta trasparenza, nei suoi elementi costitutivi.

Originalismo e politica dell'originalismo

di Chiara Valentini

La sentenza della Corte Suprema sul caso Dobbs stabilisce uno stretto, quanto complesso, rapporto tra originalismo e Costituzione. Vorrei evidenziarne due aspetti che credo siano particolarmente rilevanti.

In primo luogo, si tratta di un rapporto che prende forma su (almeno) due livelli argomentativi: un livello riguardante la lettura del XIV Emendamento; ed un livello concernente la giustificazione di tale lettura e del suo impatto sulla giurisprudenza della Corte. In secondo luogo, il nesso tra questi due livelli è stabilito da una visione politica dell'ordinamento costituzionale, che fa da sfondo alle scelte interpretative della Corte e le orienta.

Per quanto concerne il primo aspetto, il rapporto tra originalismo e Costituzione si pone innanzitutto sul livello interpretativo, ove la Corte legge il XIV Emendamento in senso restrittivo dichiarando che la clausola del giusto procedimento non appresta tutela implicita al diritto all'aborto. Questa interpretazione secondo la Corte è corretta in quanto fedele al significato originario del XIV Emendamento e alla tradizione costituzionale dell'ordinamento federale. Su queste basi, la Corte dichiara erronea ed illegittima l'interpretazione evolutiva del XIV Emendamento data nella sentenza sul caso Roe e abbandona la dottrina giurisprudenziale fondata su essa.

Ad un livello ulteriore, meta-interpretativo, il rapporto tra Costituzione ed originalismo assume un respiro 'politico'. La Corte giustifica la propria lettura del XIV Emendamento facendo leva sull'esigenza di non uscire dal tracciato della volontà del popolo sovrano, cioè l'unico soggetto legittimato a compiere, attraverso i costituenti che lo rappresentano, le scelte fondamentali per la vita dell'ordinamento. In questo senso, il significato originario della Costituzione è il solo significato corretto: quello che la Costituzione ha acquisito nel momento in cui ha assorbito, e 'fissato', la volontà popolare nel testo delle sue disposizioni. Prende forma così una *politica dell'originalismo* che usa (anche) il metodo interpretativo per soddisfare parametri di legittimità stabiliti da una visione d'insieme, dell'ordinamento e dei rapporti tra istituzioni di governo ed organi di giustizia costituzionale.

Questo sovrapporsi di livelli, del resto, caratterizza l'argomentazione volta a giustificare gli esiti dell'interpretazione giuridica (Wroblewski). L'interprete, in primo luogo, offre la propria lettura di una disposizione usando argomenti che fanno leva su alcuni elementi della disposizione (il significato letterale, l'intento dell'autore, il nesso con altre disposizioni, e così via) per sostenere che gli elementi prescelti – e non altri – consentono di identificarne il significato *corretto*. In secondo luogo, giustifica

la propria opzione in favore di quegli elementi alla luce di una più ampia visione dell'ordinamento e dei parametri di legittimità che esso stabilisce per l'attività interpretativa.

In *Dobbs*, il nesso tra questi due livelli dell'argomentazione prende forma a partire da importanti passaggi del parere di maggioranza che riguardano la natura della Costituzione; il principio della separazione dei poteri; il ruolo delle istituzioni politiche rappresentative; il rapporto tra processi politici e giudiziari; la rilevanza della tradizione costituzionale. Questi passaggi, seppur in modo frammentario, credo facciano emergere la visione *politica*

che guida e fonda le scelte interpretative della Corte: la Costituzione 'documenta' e preserva un patto *popolare* originario che costituisce l'unico fondamento legittimo dell'ordinamento. L'applicazione giudiziale della Costituzione deve attuare quel patto, aderendo al significato dato ad essa dai suoi autori: lo scopo è preservarlo, finché non intervenga un nuovo patto che lo modifichi o si sostituisca ad esso per volontà di costituenti che rappresentino il popolo sovrano.

Questo è un secondo aspetto estremamente rilevante del rapporto tra originalismo e Costituzione stabilito nel caso *Dobbs*: il primo è strumentale ad un disegno che credo possa dirsi di stampo "conservatore" (Caruso). Se è vero infatti che l'originalismo, in alcune sue declinazioni, può servire disegni dal diverso tenore (Vanoni, Chessa), è pur vero che nel caso *Dobbs* esso è strumento di una visione che punta a ripristinare e 'conservare' aspetti del patto costituente e della tradizione costituzionale superabili – e in parte superati – dall'evoluzione dell'ordinamento. Nel caso *Dobbs*, infatti, l'interpretazione originalista va oltre il dato semantico – concernente il significato pubblico originario delle parole usate dai costituenti o ciò che i costituenti intendevano dire con tali parole – per sconfinare in un "originalismo delle aspettative" che fa leva su ciò che i costituenti si aspettavano di ottenere e realizzare con le parole usate (Dworkin). E queste aspettative, ci dice la Corte, non erano di progressiva estensione della sfera di tutela del XIV Emendamento alle garanzie, implicite, che l'evoluzione dell'ordinamento avrebbe consentito di individuare. Al contrario, i costituenti si aspettavano di preservare l'ambito di tutela esplicitamente offerto, per delegare alla sfera politica eventuali modifiche o aggiornamenti. Mi sembra che questo originalismo, quindi, ammetta margini di 'costruzione' intorno al nucleo di significato originario, ma non in senso evolutivo (c.d. *living constitutionalism*; Camerlengo): è usato in ottica conservatrice, per inibire l'aggiornamento del dato costituzionale. Il parere di maggioranza in *Dobbs* legge il dato costituzionale per *restaurare* un ordine delle libertà che la sentenza *Roe* avrebbe erroneamente modificato (*Dobbs* pp.43-45). Per questa via, la Corte vuole *restituire* agli organi politici dei singoli Stati il potere originario di decidere come articolare quell'ordine e se ricomprendervi, o meno, il diritto all'aborto (*Dobbs* pp. 9, 12). Questa 'operazione', lungi dall'essere neutrale come sostiene il parere del Giudice Kavanaugh (Zanon), esprime e attua una scelta politica: ponendo un'istanza di tutela fuori dalla Costituzione, essa interrompe il corso di una protezione giuridica che andava assumendo contorni sempre più definiti. L'interpretazione originalista così non cambia soltanto i termini in cui la Corte legge il XIV Emendamento, ma anche quelli in cui l'esigenza di interrompere una gravidanza può essere garantita e perfino discussa nella sfera pubblica. I cittadini, le corti, gli organi politici, non possono più usare il linguaggio dei diritti costituzionali. La Corte, in particolare, non valuta più gli interventi

istituzionali che riguardano quell'esigenza con il rigore che usa quando è in gioco un diritto costituzionale, ma si limita ad una *rational basis review*, la tipologia di scrutinio meno esigente (*Dobbs* pp. 77-78). Ciò riduce l'incisività e la portata del sindacato della Corte e, con esse, lo spettro delle ragioni che può prendere in considerazione e mettere in circolo.

Ridimensionare l'azione giudiziale in questi termini non è cosa di poco conto perché, nelle democrazie costituzionali mature, essa può dare un contributo importante al confronto su questioni controverse e divisive. Per un verso, le Corti possono dar voce a istanze che spesso nel processo politico sono prive di visibilità perché minoritarie o facenti leva su esigenze che quel processo non può o non deve esprimere. Tipicamente, esso punta ad una sintesi rappresentativa di interessi e preferenze emergenti in una comunità politica, mentre il processo giurisdizionale deve valutare se, e in quali termini, delle istanze di tutela giuridica possano essere accolte. Come noto, ciò richiede imparzialità nel giudizio e tensione verso soluzioni giustificate da ragioni che, seppur non condivise dalla maggioranza di una comunità politica, siano accettabili alla luce delle esigenze normative che riguardano quella comunità *nel suo complesso*, dunque anche le minoranze e *ciascun* individuo (Dworkin). Per altro verso, le Corti espongono queste ragioni in termini diversi rispetto a quelli usati nei fori della politica democratica, giacché con le loro sentenze sono chiamate a chiarire se, e come, possano trovare un riscontro pratico in casi specifici, fornendo coordinate giudiziali che gradualmente stabiliscono dei 'punti fermi' (Sunstein).

Le Corti, insomma, possono dare il 'proprio' contributo alla discussione su questioni fondamentali e divisive costruendo nel tempo una narrativa giurisprudenziale con cui il processo politico è chiamato a misurarsi, per condividerla o superarla (Friedman). Questa narrativa, da *Roe* in poi, aveva dato voce all'esigenza delle donne di interrompere una gravidanza. L'abbandono di questa narrativa da parte della Corte, oggi, impoverisce il dibattito pubblico sull'aborto oscurando le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi nel processo politico.

Le donne, è vero, possono partecipare a questo processo (D'Amico) e puntare a costruire delle maggioranze che portino avanti le istanze *più* condivise tra loro. Il punto, però, è che la rivendicazione del diritto a interrompere una gravidanza è una rivendicazione della donna come *individuo*. In quanto tale, essa non trova la propria legittimazione nel numero di consensi, e voti, che si esprimono in suo favore, ma nell'accettabilità delle ragioni usate per giustificarla in un ordinamento che non è soltanto democratico, ma anche liberale. Un ordinamento, quindi, chiamato a un pluralismo *ragionevole*: a tenere insieme uno spettro di ragioni 'pubbliche' (Rawls) quanto più inclusivo possibile, gestendo eventuali disaccordi su questioni fondamentali con strumenti politici e giuridici, tra loro complementari.

In quest'ottica Rawls ha reso esplicito ciò che, sul terreno dell'aborto, si esige in una democrazia costituzionale: un confronto in più fori – giudiziali e politici – che sia teso al *bilanciamento* tra i diversi valori rilevanti rispetto all'interruzione di gravidanza in una società liberale ("due respect for human life, the ordered reproduction of political society over time, the equality of women as equal

citizens”). La ragionevolezza di questo bilanciamento dipende dall’accettabilità dei suoi esiti secondo un criterio di reciprocità argomentativa: le ragioni per cui un soggetto lo giustifica devono poter essere accettate, seppur non condivise, dai suoi interlocutori nella sfera pubblica. Ciò accade se non si sacrifica del tutto nessuno dei valori fondamentali in gioco, ma si cerca di soddisfarli tutti nei limiti imposti dal soddisfacimento di valori confliggenti.

La ragion pubblica, in definitiva, richiede ai membri di una comunità politica di cercare sulle questioni più divisive un consenso per intersezione, rinunciando in parte a far valere le proprie ragioni per far spazio a tutte quelle che possono entrare, con esse, in un bilanciamento ragionevole. A tal fine, un ordinamento democratico e liberale affida le decisioni di governo alle maggioranze politiche, ma deve lasciare aperta la via della giustizia costituzionale contro gli eccessi di quelle maggioranze che possano sacrificare irragionevolmente l’interesse dell’individuo, fondamentale e primario, alla realizzazione dei suoi piani di vita. Con Dobbs, mi sembra che purtroppo la Corte abbia *voluto* precludere questa via alle donne, o comunque consentire loro di percorrerla solo fino ad un certo punto.

Il caso Dobbs e la «terza via»

di Chiara Bologna

Alla base della decisione assunta dalla maggioranza nel caso *Dobbs* vi è, come ben illustrato da Corrado Caruso, la lettura originalista del XIV emendamento, in passato considerato dalla Corte suprema idoneo, attraverso la *due process clause*, a garantire libertà non espressamente enumerate qualora fossero «profondamente radicate nella storia e tradizione del Paese» ed «essenziali nello schema di ordinata libertà». È nell'applicazione di tali criteri che emerge l'approccio fortemente originalista della maggioranza della Corte, che ritiene di doverli verificare ripercorrendo secoli di storia giuridica non dei soli Stati Uniti, ma più in generale del *common law* per dimostrare l'eventuale presenza (o meglio l'inevitabile assenza) del diritto all'interruzione di gravidanza. L'esito del *reasoning* conduce la Corte a denunciare l'*abuse of judicial authority* realizzato dai giudici supremi che, con la decisione *Roe v. Wade*, invasero nel 1973 la sfera del potere legislativo «interrompendo un processo politico» che stava gradualmente, nel rispetto della volontà del popolo e dei suoi rappresentanti, conducendo all'approvazione di leggi statali che riconoscevano e disciplinavano il diritto all'interruzione di gravidanza.

Esaminando i problemi dell'interpretazione costituzionale, Riccardo Guastini scrive che la loro analisi mostra come essi siano non “propriamente problemi di *interpretazione*”, ma “piuttosto problemi *dogmatici*”. La fondatezza di tale affermazione è evidente tanto nel dibattito sorto sul sito dell'Associazione quanto nella dottrina statunitense, che da più di cinquant'anni pone la questione dell'interpretazione costituzionale al centro della sua riflessione.

Ad accendere il dibattito dottrinale, negli anni Sessanta del secolo scorso, fu la reazione di studiosi, conservatori e non, all'attivismo della Corte suprema guidata dal Presidente Warren, Corte che non solo con la decisione *Brown* sulla desegregazione razziale nelle scuole avviò un nuovo momento costituzionale, ma che rivoluzionò l'efficacia del catalogo costituzionale dei diritti. Tramite la dottrina dell'*incorporation*, infatti, il *Bill of Rights* federale venne ritenuto vincolante non più per la sola legislazione di Washington, ma anche per quella di ciascuno Stato, realizzando il progetto di Warren che, al momento della sua nomina, aveva dichiarato che la Carta dei diritti federale, dopo la sua presidenza alla Corte, «non avrebbe avuto lo stesso significato che aveva al momento in cui la ricevettero dai loro padri».

È in questo contesto che Bickel invoca la difficoltà contro-maggioritaria nel celebre volume *The Least Dangerous Branch* e Berger, rievocando *Le gouvernement des juges* di Lambert, pubblica il testo *Government by Judiciary*, sostenendo la necessità di una lettura originalista della costituzione. L'originalismo si propone infatti come antidoto alla giuristocrazia: interpretare la costituzione

secondo l'intenzione dei costituenti (*intentionalism*) o meglio secondo il significato che una qualunque "persona ragionevole" avrebbe attribuito al testo costituzionale al momento della sua adozione (*new originalism*) impedisce, come spiega Scalia, il *vulnus* del principio democratico, evitando che il giudice costituzionale si sostituisca ai rappresentanti del popolo nell'*attuazione* della Costituzione (Pedrini).

Il tema non è nuovo nel dibattito americano e trova anzi nelle radici della storia costituzionale di quel Paese le sue coordinate fondamentali. Uno degli elementi che dividevano politicamente i federalisti guidati da Hamilton dal partito democratico-repubblicano guidato da Jefferson era proprio il ruolo del potere giudiziario, rispetto al potere politico, nell'attività di interpretazione della costituzione. Jefferson scriveva che «considerare i giudici come gli arbitri ultimi delle questioni costituzionali» è «una dottrina molto pericolosa», che espone «al dispotismo di una oligarchia» e che dunque ogni potere ha pari diritto di decidere autonomamente quale sia il significato della costituzione nei casi sottoposti alla sua azione; specialmente quando deve agire in maniera definitiva e senza appello». Jefferson appare dunque un sostenitore (*ante litteram*) del *departmentalism*, una delle tesi centrali del *Popular Constitutionalism*, che oggi, in polemica con il *Legal Constitutionalism*, contesta l'eccessiva giuridificazione della vita costituzionale, rifiuta la supremazia della Corte suprema nell'interpretazione della costituzione, ritenendo che ognuno dei tre poteri della federazione abbia un'autorità indipendente nell'interpretare la carta fondamentale.

È il principio della sovranità popolare, dunque, unito a quello della separazione dei poteri, a costituire il fondamento teorico dell'interpretazione originalista della costituzione, che è -prima di tutto- una teoria sulla funzione della giustizia costituzionale, che deve avere un ruolo non creativo di nuove norme e nuovi diritti, la cui definizione spetta invece al legislatore. Se per il *Popular Constitutionalism* e per lo stesso Scalia i diritti non costituzionalizzati restano quindi *in toto* nella disponibilità del legislatore, è proprio nel pensiero di Thomas Jefferson che troviamo invece la principale contro-argomentazione degli anti-originalisti. Se infatti Jefferson, influenzato da Rousseau, considerava il popolo idoneo più di chiunque altro a tutelare tramite la legge i diritti dei cittadini, egli riteneva al contempo che la tutela dei diritti dovesse rappresentare per il potere legislativo anche un limite, poiché, come nel pensiero di John Locke (che più di tutti lo aveva influenzato), i diritti naturali dovevano essere indisponibili dalla maggioranza. Il *fil rouge* delle tante teorie anti-originaliste è dunque sì il rifiuto di una lettura della costituzione pietrificata al tempo della sua adozione, ma è soprattutto la necessità che il giudice costituzionale svolga un ruolo diverso, un ruolo di difesa dei diritti degli individui e delle minoranze anche quando la costituzione non li protegga esplicitamente.

Agli anti-originalisti non sfugge il tema della difficoltà contro-maggioritaria e infatti, nella maggior parte dei casi, rifuggono da teorie dell'interpretazione che, come il *dworkinismo*, assegnano un ruolo eccessivamente normogenetico al giudice costituzionale (Tribe e Dorf).

La maggioranza del caso *Dobbs* opera tuttavia sul punto, secondo i giudici dissenzienti, una semplificazione mistificante, indicando come uniche teorie interpretative possibili

l'originalismo *democratico* e il contrapposto anti-originalismo *oligarchico*: il primo attento ai confini della giurisdizione e rispettoso della volontà popolare, il secondo intento a realizzare le priorità etiche e politiche dei giudici costituzionali. L'originalismo invece, come sottolinea la minoranza, non esclude una discrezionalità dell'interprete nell'individuare il significato originario del testo costituzionale (Vanoni) e non necessariamente conduce alla *judicial modesty*. Nel caso *Dobbs*, ad esempio, la maggioranza della Corte non si trova dinanzi a un nuovo diritto, ad un nodo etico che l'ordinamento non ha ancora sciolto e che i giudici decidono di lasciare alla decisione dei rappresentanti del popolo; la Corte suprema si trova invece dinanzi ad un'istanza riconosciuta ormai da mezzo secolo, un'istanza che i giudici decidono di tornare a porre completamente al di fuori della costituzione (Valentini; M. D'Amico), con un *overruling* non strettamente necessario a decidere il caso concreto e criticato dallo stesso *Chief Justice Roberts*.

La principale mistificazione svolta dalla maggioranza è tuttavia, secondo i dissenzienti, quella di indicare l'anti-originalismo come una teoria interpretativa arresa alle “ardenti opinioni dei giudici circa la libertà di cui i cittadini dovrebbero godere”: esiste invece, scrive la minoranza, una terza via, quella di ritenere che la libertà e l'eguaglianza “possano evolvere rimanendo radicate nei *principi costituzionali*, nella *storia costituzionale* e nei *precedenti* della Corte stessa”.

Nelle parole della minoranza si sente l'eco delle argomentazioni di Ackerman (secondo il quale ogni regime costituzionale è definito dal *constitutional canon* composto dal testo costituzionale ma anche dalle principali decisioni della Corte suprema e dalle leggi con cui il popolo fissa «pietre miliari») o del già citato Balkin che propone un *Living Originalism*, adottando il criterio del “testo e principio” secondo il quale l'interprete deve sì essere fedele al significato originale del testo e ai principi sottesi ad esso, ma senza dimenticare che ogni generazione ha l'obbligo di “implementare il testo e i principi nel suo tempo, costruendo istituzioni, approvando leggi, creando precedenti giudiziari e non”. Teorie non lontane da quanto suggerito da Augusto Barbera, secondo cui il testo costituzionale va letto alla luce del più ampio *ordinamento costituzionale* che include, oltre alla costituzione stessa, il “contesto normativo” (il complesso degli altri testi normativi, spesso non formalmente costituzionali, che ad essa si collegano strettamente) e l’“ordine costituzionale”, vale a dire il contesto politico-sociale e politico-culturale entro cui si produce il riconoscimento dei principi costituzionali fondamentali.

È possibile allora ritenere, si chiedono i giudici di minoranza, che l'interruzione di gravidanza esuli completamente, nel 2022, dalle garanzie che il giudice costituzionale deve riconoscere alle donne *contro* le maggioranze legislative degli Stati? Una costituzione che sia *liberale* oltre che *democratica* può permettere al parlamento di ciascuno Stato di controllare fin dal primo istante della gravidanza “il corpo di una donna e l'intero corso della sua vita” qualunque siano le sue condizioni psichiche, fisiche, economiche, familiari e sociali?

È *contro* le maggioranze legislative degli Stati che la Corte suprema ha garantito in passato anche il diritto alla contraccezione e quello a relazioni omosessuali, penalmente punite in alcuni Stati del sud fino al 2003. La Corte suprema ha ritenuto infatti che tali garanzie, anche se non previste

esplicitamente in costituzione dai delegati di Filadelfia, proteggessero “la libertà da un governo che controlla ogni scelta privata” (*Dobbs, dissenting*). Una lettura, dunque, non chiusa dei diritti costituzionali che sembra avvicinarsi a quella che la nostra Corte costituzionale ha sostenuto sin dal 1987, quando riconoscendo il diritto alla libertà sessuale ritenne maturi i tempi, come sottolineò il Presidente Saja nella relazione annuale, per accettare “un elenco aperto” dei diritti costituzionali che utilizzasse gli “strumenti dell’interpretazione storico-evolutiva”.

La scelta per un’interpretazione evolutiva della costituzione guidata dai principi fondamentali (Camerlengo), secondo un originalismo moderato (Chessa), prova dunque ad ancorare il giudice costituzionale a parametri diversi dalla sua morale, ma lascia inevitabilmente aperta una questione centrale del costituzionalismo contemporaneo: il *self-restraint* che il giudice deve applicare quando rischia di assumere decisioni di natura politica sindacando il potere discrezionale del Parlamento, come ricorda il rievocato art. 28 della l. n. 87/1953 (Zanon). Il passaggio dalla ragionevolezza “a rime obbligate” alla proporzionalità “a rime libere”, il rischio di trasformare in “diritto fondamentale qualsiasi pretesa individuale che il *costituzionalismo dei bisogni* consegna alla custodia del giudice costituzionale” (Morrone) ci ricordano l’importanza di una riflessione permanente sui limiti della giustizia costituzionale. Se il costituzionalismo europeo (continentale) è inesorabilmente plasmato dall’idea kelseniana secondo cui “ogni conflitto che venga qualificato come conflitto di interessi, di potere o politico può essere deciso come controversia giuridica”, la cultura costituzionale statunitense considera centrale, fin dalle sue origini, il *We the People* e non può non interrogarsi, come fa anche la dottrina favorevole alla *Living Constitution*, sui limiti che il *judicial review* deve avere per rispettare il principio democratico (vedi il dibattito sorto dopo il caso *Obergefell* che ha riconosciuto il diritto costituzionale al matrimonio omosessuale).

Nella famosa nota 4 del caso *Carolene Products*, la Corte suprema nel 1938, appena divenuta indulgente nei confronti del *New Deal* dopo il braccio di ferro con il Presidente Roosevelt, spiegherà che rispetto alle decisioni di natura economica, adottate dai poteri dotati di legittimazione democratica, la Corte deve osservare il massimo *self-restraint*, riservando uno scrutinio più stretto ai casi in cui la legislazione a) violi manifestamente un diritto indicato in costituzione; b) escluda i cittadini dal processo politico; 3) porti un pregiudizio verso determinate minoranze.

Sono posizioni in parte analoghe a quelle espresse da Jesse Choper nel volume *Judicial Review and the National Political Process*, pubblicato nel 1980. In quello scritto lo studioso sosterrà l’opportunità che la Corte suprema si sottragga ove possibile al compito di dirimere questioni tra *governmental actors* (inclusi i rapporti tra federazione e stati), in cui gli interessi costituzionali coinvolti sono già rappresentati nell’arena politica. E questo non solo per rispettare il principio democratico o la separazione dei poteri, ma per utilizzare con oculatezza il patrimonio di legittimazione di cui il giudice costituzionale gode, patrimonio che rischia di impoverirsi quando la Corte suprema sia costretta a svolgere un ruolo arbitrale tra soggetti istituzionali. Tale patrimonio deve invece, secondo Choper, essere utilizzato prevalentemente per difendere individui e minoranze che non riescano a trovare, nel circuito democratico, rappresentanza per le loro istanze.

Nel far questo, però, la giustizia costituzionale, come sosteneva il giudice Breyer con posizione non dissimile da Ruth Ginsburg (Razzano), deve preservare quando possibile la *national conversation*, nella quale “una nuova comprensione della legge emerga dal basso”, ed evitare di fermare un processo politico di riforma rischiando di accrescere lo scontro. Al giudice costituzionale resta il compito di proteggere i diritti anche non espliciti, che emergano come fondamentali nell’ordinamento costituzionale, quando essi siano vittime dell’“indifferenza delle masse” o della “riluttanza delle élite” (Bognetti).