

Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

Corrado Caruso*

ORIGINALISM AND THEORY OF THE CONSTITUTION: A CRITIQUE TO DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION

ABSTRACT: The *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* has made extensive use of the originalist canon to overrule two historical Supreme Court precedents recognizing the right to abortion. The article analyzes its arguments, highlighting their contradictions and criticizing the general conception of the Constitution sketched by the decision.

KEYWORDS: Originalism; abortion; right; judicial review; constitutional changes

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* ha fatto ampio ricorso al canone originalista per superare due storici precedenti della Corte suprema che avevano riconosciuto il diritto all'aborto. Il saggio analizza i principali passaggi della decisione, evidenziandone le contraddizioni e criticando la generale concezione della Costituzione che emerge dalla pronuncia.

PAROLE CHIAVE: Originalismo; aborto; diritti; controllo di costituzionalità; mutamenti costituzionali

SOMMARIO: 1. Una sentenza "politica" – 2. *Dobbs* (e *Bruen*) in sintesi – 3. Contraddizioni "originaliste" – 3.1. Una giurisprudenza ideologica? – 4. La posta in gioco. L'efficacia nel tempo come condizione di validità della Costituzione – 4.1. Quanto è neutrale la Costituzione "neutrale"? – 5. Una lezione dall'Italia.

1. Una sentenza "politica"

D *obbs v. Jackson Women's Health Organization* è una sentenza di caratura *dottrinale*: la sua motivazione trascende il caso concreto per coinvolgere la portata e i limiti del *judicial review of legislation*, il rapporto tra questo e le istituzioni rappresentative, il "posto" nell'ordinamento costituzionale dei nuovi diritti, le dinamiche del *federalizing process* nella ripartizione verticale del potere politico. La sua lettura, da affiancare alla coeva *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* (par. 2), deve dunque tenere in considerazione le implicazioni rispetto al *tipo* di ordinamento o alla *forma di stato* che la pronuncia contribuisce a disegnare. Osservazione, quest'ultima, inevitabile in un sistema ove, anche grazie ai confini mobili tra legalità ordinaria e legittimità costituzionale, si è creato un sistema di "due leggi".

* Professore associato di diritto costituzionale, Università di Bologna; Emil Noël Fellow, New York University. Mail: corrado.caruso@unibo.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

timità costituzionale, «non c'è [...] questione politica che non finisca presto o tardi in una questione giudiziaria», e ciascun giudice, «forte del diritto di proclamare le leggi incostituzionali, [...] penetra sempre più negli affari politici»¹ concorrendo a determinare gli indirizzi generali del Paese².

Dobbs è, quindi, una sentenza *politica*, perché contribuisce a definire i fini fondamentali di una determinata comunità organizzata³. Non è possibile allora ragionare dell'originalismo, centrale nella trama argomentativa di *Dobbs, in astratto*, limitandosi, in un raffinato esercizio di stile, a interrogarsi sulla sua collocazione nella numerosa famiglia delle dottrine originaliste⁴. Simile canone va invece giudicato *concretamente*, valutandone la coerenza rispetto agli obiettivi, in termini di politica costituzionale, che la sentenza mira a soddisfare (par. 3).

Come testimoniato dall'ampio dibattito sorto nelle immediatezze della decisione⁵, i temi toccati da *Dobbs* superano la specificità giuridica e culturale dell'ordinamento statunitense per sollevare altrettanti problemi di teoria costituzionale relativi alla *definizione*⁶ e agli *scopi* della Costituzione (par. 4)⁷. Senza entrare nel dettaglio di quanto si andrà esponendo, *Dobbs* sposa una concezione *statica* e apparentemente *formale* della Carta fondamentale, relegando i processi di integrazione materiale

¹ Così già A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Roma, 2007, 272-273.

² La critica alla configurazione hamiltoniana del potere giudiziario quale potere neutro trova conferma "empirica" sin dagli albori del XX secolo, quando il penetrante sindacato della Corte Suprema mise in discussione la legislazione economico-sociale del Paese. Cfr. il seminale saggio di E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano, 1996.

³ V. C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-politica-dell-originalismo>.

⁴ Cfr. la dettagliata analisi di L. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, consultabile in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta>.

⁵ Sul punto, si rinvia al dibattito promosso dal direttivo dell'Associazione italiana dei costituzionalisti inaugurata dalla lettera AIC 7/2022, *Originalismo e Costituzione*, a firma del sottoscritto, con successivi interventi di L. VANONI, N. ZANON, Q. CAMERLENGO, O. CHESSA, M. D'AMICO, G. RAZZANO, F. PEDRINI, C. VALENTINI, C. BOLOGNA, Adde A. BURRATI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *diritticomparati.it*; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *Rassegna* 3, 2022, 196 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *ivi*, 181 ss.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La "Rivista Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, 23 ss. Nella letteratura d'oltreoceano v. J.M. BALKIN, *Getting Rid of Fundamental Rights. Discussion Questions for Dobbs*, in *Balkinization*, 11 luglio 2022 (<https://balkin.blogspot.com/2022/07/getting-rid-of-fundamental-rights.html>); *Id.*, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, in <http://bit.ly/3Int3sB>; C. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of Bolling v. Sharpe*, in <http://bit.ly/3xJGiyO>; J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper 22-39* (<https://ssrn.com/abstract=4144889>).

⁶ Insiste su tale aspetto F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/una-lezione-teorica-dell-originalismo-l-interpretazione-di-quale-costituzione>.

⁷ Non vi è discussione teorico-generale intorno al significato di Costituzione che possa eludere tali fondamentali interrogativi. Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.

dell'ordinamento in uno spazio costituzionalmente neutro. La pronuncia rappresenta una reazione alla diffusa pretesa secondo cui ciascun bisogno individuale debba trasformarsi in diritto soggettivo immediatamente azionabile e ai tentavi di marginalizzare l'intermediazione legislativa a favore dell'attivismo giudiziale.

L'alternativa tra concezioni formali e diluizioni giurisprudenziali della Costituzione è però da evitare: l'esperienza italiana, proprio con riguardo all'interruzione di gravidanza, testimonia l'esistenza di una terza via per sistematizzare i rapporti tra Costituzione, comunità politica ed evoluzione sociale (par. 5).

2. *Dobbs* (e *Bruen*) in sintesi

La portata e i significati di *Dobbs* risultano ancora più evidenti a volere affiancare la sua lettura a *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, una pronuncia decisa (anch'essa a maggioranza) pochi giorni prima⁸. Le due decisioni toccano tematiche distinte e arrivano ad esiti diversi (la prima accoglie le doglianze di incostituzionalità, la seconda le rigetta); sono però accomunate dall'ampio ricorso al canone originalista, da una comune tensione ideologica e da una analoga visione politico-costituzionale dell'ordinamento.

Bruen ha ritenuto incostituzionale una legge dello Stato di New York che subordinava il diritto di portare armi all'ottenimento di una licenza, rilasciata sulla base di una «giusta causa» (*proper cause*) connessa ad uno «*special need for self-protection*». Ad avviso della Corte, simile previsione è contraria alla Costituzione perché non trova adeguati precedenti normativi né negli anni della «fondazione» dell'ordine costituzionale statunitense, e cioè nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del II emendamento, né in quelli della «ricostruzione», successivi alla Guerra civile e all'adozione del XIV emendamento, che ha consentito di opporre le garanzie del *Bill of Rights* anche agli Stati federati (grazie alla dottrina dell'*incorporation*, definitivamente affermata con la giurisprudenza della Corte Warren a partire dagli anni Sessanta del Novecento). Nella tradizione costituzionale americana, scrive il Justice Thomas, non vi è alcun riferimento storico che possa giustificare il requisito della *giusta causa* prescritto dalla legge dello Stato di New York⁹.

Forse ancora più estreme le considerazioni della *majority opinion* redatta dal Justice Alito nel caso *Dobbs*. Con questa decisione, la Corte suprema ha salvato una legge del Mississippi che vieta l'interruzione di gravidanza a partire dalla quindicesima settimana. Sono stati così superati due storici precedenti che avevano riconosciuto il diritto all'interruzione di gravidanza, ancorandolo ora al diritto alla *privacy*¹⁰, ora alla libera autodeterminazione della donna desunta da una concezione sostanzialistica della *due process clause*¹¹. La prima sentenza (*Roe*) aveva dato origine a uno scrutinio di legittimità ripartito per trimestri, a seconda dello stato di avanzamento della gravidanza: mentre nel

⁸ Su tale pronuncia v. P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna 3, 2022, 143 ss.; A. FIORENTINO, *Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, ivi, 12 ss.

⁹ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, cit., 29-30.

¹⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹¹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

primo trimestre l'interruzione doveva essere lasciata nella piena disponibilità della donna, nei trimestri successivi la discrezionalità legislativa degli Stati aumentava fino a diventare massima nel terzo, quando le legislazioni statali avrebbero potuto vietare l'aborto a meno che questo non fosse stato necessario a salvare la vita della madre o a evitare un pregiudizio irreparabile alla sua salute. La seconda pronuncia (*Casey*), pur confermando il diritto fondamentale all'interruzione di gravidanza, aveva realizzato un *partial overruling* di *Roe*, sostituendo la ripartizione in trimestri con una distinzione in due fasi, a seconda del grado di sviluppo del feto e della sua capacità di sopravvivere al di fuori del grembo materno (cd. *viability*). Prima di questo momento, la regolazione legislativa dell'interruzione di gravidanza sarebbe stata ammissibile solo ove non avesse integrato un limite "eccessivo" alla capacità di scelta della donna (*undue burden test*)¹².

Dobbs ribalta tali precedenti. Secondo la Corte, i diritti non espressamente previsti dai primi nove emendamenti alla Costituzione possono essere tutelati solo ove siano «profondamente radicati» nella storia e nella tradizione statunitense ed essenziali allo «schema di una ordinata libertà»¹³, di una libertà cioè non assoluta ma ben ponderata, capace di «predeterminare i [propri] limiti e definire i [propri] confini» rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti¹⁴.

L'interruzione di gravidanza non risponderebbe al modello di una «ordinata libertà». L'aborto era considerato illecito penale dalla *common law* (secondo la lettura che ne davano, diversi secoli fa, i suoi studiosi: Bracton, Coke, Hale, e Blackstone) e dagli ordinamenti statali all'indomani dell'entrata in vigore del XIV em. Nel 1868, ricorda Alito, l'interruzione di gravidanza era punita, a prescindere dallo stato di avanzamento della gestazione, dalla stragrande maggioranza delle legislazioni statali.

In ogni caso, continua la *majority opinion*, fino a *Roe* nessuno Stato riconosceva un diritto all'aborto in senso proprio. I giudici di *Roe* e di *Casey* avrebbero dunque misconosciuto il consolidato assetto normativo degli Stati della Federazione e realizzato una «usurpazione del potere del popolo» e dei suoi legittimi rappresentanti in nome di una lettura partigiana della Costituzione. È necessario guardarsi, ammonisce la Corte suprema, dalla «naturale tendenza umana a confondere ciò che il [XIV] emendamento protegge con le proprie ardenti visioni della libertà di cui dovrebbero godere gli Americani»¹⁵.

La *majority opinion* non ha dunque esitato ad allontanarsi dallo *stare decisis*: il rispetto dei precedenti non può essere invocato quando questi violino il testo costituzionale, disconoscano la storia della Nazione o esprimano test giudiziali *not workable*, capaci cioè di sprigionare effetti applicativi imprevedibili o disorientare cittadini e istituzioni¹⁶.

3. Contraddizioni "originaliste"

Bruen e *Dobbs* sollevano plurimi interrogativi. Il primo quesito riguarda la portata del canone originalista accolta dalla pronuncia in esame. È ormai acquisito da tempo, nella discussione d'oltreoceano,

¹² Cfr., per una sintesi di tali precedenti, A. SPERTI, *Il diritto all'aborto*, cit., 25; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione*, cit., 198.

¹³ *Dobbs*, cit., 5, traduzione nostra.

¹⁴ *Ivi*, 31.

¹⁵ *Ivi*, 17.

¹⁶ *Ivi*, 43 ss.

come non sia possibile desumere l'intenzione originaria dalla volontà concreta dei singoli Padri fondatori (cd. *old originalism* o *original intent originalism*)¹⁷, per la difficoltà di individuare la prospettiva prevalente in un organo collegiale dalle molteplici voci o il fine complessivo delle intenzioni particolari dei *Framers* e dei soggetti istituzionali chiamati a dar vita al nuovo patto costituzionale¹⁸.

A rilevare è piuttosto il significato *oggettivo* delle disposizioni costituzionali nel contesto (storico, politico e culturale) di adozione. In altri termini, a essere determinante è l'*original meaning*, la "pre-comprensione", socialmente e storicamente situata, delle disposizioni costituzionali da parte di una data comunità politica nel momento in cui ha scelto di dotarsi di una *higher law* (cd. *new originalism* o *public meaning originalism*)¹⁹.

Tale distinzione può essere ulteriormente frammentata in ulteriori sotto-categorizzazioni, corrispondenti ad altrettante frange di tale corrente dottrinale²⁰, alcune delle quali tentano di coniugare il significato originario delle disposizioni costituzionali con un loro adattamento evolutivo²¹. Di simili compromessi non vi è traccia nell'originalismo accolto dalle pronunce appena passate in rassegna, le quali declinano il paradigma del *public meaning originalism* alla luce della dottrina (persino) precedente alla Carta del 1787 e al contesto normativo coevo o immediatamente successivo agli emendamenti costituzionali. Questi elementi disegnano una sorta di *tradizionalismo normativo* da cui trarre i *confini* e l'*oggetto* delle libertà da garantire nell'ordinamento del *tempo presente*²².

Nelle sue implicazioni pratiche, l'originalismo mira ad ancorare il giudice al testo, allontanando la tentazione delle corti di adottare leggi in forma di sentenza. Secondo i suoi sostenitori, l'originalismo eviterebbe alla giurisdizione costituzionale di sconfinare nel *legislative realm*, impedendo ai giudici di decidere secondo canoni di opportunità politica. L'originalismo avrebbe, dunque, il pregio di conferire oggettività alla decisione giurisdizionale, depurandola da intuizionismi o valutazioni morali.

¹⁷ Su tali aspetti v. diffusamente O. CHESSA, *I giudici del diritto: problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 147 ss. V. anche la tripartizione, interna alla dottrina originalista, proposta da G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency*, in *DPCE online*, 1, 2021, 976.

¹⁸ O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit.

¹⁹ V. R. BORK, *The Tempting of America*, New York, 1991, 143 ss.; A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1998, 37-41. Bork e Scalia sono giunti ad abbracciare il *public meaning originalism* dopo un progressivo allontanamento dall'*intentionalism*.

²⁰ Cfr. L.B. SOLUM, *Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record*, in *B.Y.U. Law Review*, 2017, 1621, 1627, che individua almeno cinque tipologie di originalismo: *public meaning originalism*, *original intentions originalism*, *ratifiers' understanding originalism*, *original methods originalism*, *original law originalism*.

²¹ È il caso, ad esempio, del *living originalism* di J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge MA, 2011, volto a valorizzare la *ratio* o il *principio* sotteso al significato originario e, dunque, a riaffermare, per ciascuna generazione, uno spazio di aggiornamento interpretativo delle disposizioni costituzionali. Questa impostazione ricalca il tentativo di composizione teorica portato avanti da R. DWORKIN, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, in *Fordham L. Rev.*, 65, 1997, 1249-1256, che distingue tra "*semantic intention*", relativa a ciò che i *Framers* intendevano dire inserendo un determinato concetto in Costituzione, e "*political or expectation intent*", e cioè la concreta finalità politica che gli stessi miravano a perseguire attraverso l'inserimento di una data previsione in Costituzione. Mentre la fedeltà dell'interprete alla Costituzione richiederebbe, ad avviso dell'A., il rispetto della prima, il *political intent* andrebbe confinato in uno spazio giuridicamente irrilevante.

²² In tal senso, J.M. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition – Discussion Questions for Dobbs, Part One*, in <https://balkin.blogspot.com/2022/07/more-on-text-history-and-tradition.html>.

I due casi che qui si presentano smentiscono però questa conclusione. La Corte suprema ha mostrato uno spiccato attivismo: in *Bruen* è stata annullata una legge dello Stato di New York che regolava l'utilizzo di armi, allargando, con un evidente tasso di creatività giurisprudenziale, la portata applicativa del II emendamento. Nonostante la Corte suprema avesse già affermato l'incostituzionalità di previsioni statali che vietassero, in via generale, il diritto di possedere armi per esigenze di legittima difesa all'interno della propria abitazione²³, mai la portata del II emendamento era stata allargata fino ad ammettere che il *right to bear arms* potesse essere esercitato al di fuori delle mura domestiche. Anzi, la stessa Corte aveva specificato che le esigenze di autodifesa lasciavano impregiudicate limitazioni a carico di talune tipologie di soggetti (pregiudicati, malati mentali, etc.) o in relazione ad alcuni luoghi sensibili (scuole, edifici governativi, etc.)²⁴.

L'evoluzione giurisprudenziale circa la portata del II emendamento porta a dubitare dell'oggettività dell'originalismo e della sua neutralità applicativa. La selezione del materiale storiografico rilevante ai fini della individuazione del significato originario postula precise scelte di valore suscettibili di condurre a esiti interpretativi assai distanti. Non a caso, le indagini dottrinali sullo "scopo originale" del II emendamento divergono sensibilmente: a fronte di chi ha rinvenuto in questa disposizione un'ipotesi di autodifesa individuale volta alla prevenzione di reati²⁵, vi sono state voci che hanno individuato la *ratio* dell'emendamento in un «*military check of federalism*», una sorta di diritto di resistenza esercitabile in caso di esondazioni autoritarie ad opera del governo centrale²⁶. Altri ancora hanno ritenuto che la finalità della previsione non fosse quella di riconoscere un *diritto soggettivo* dell'individuo, quanto, piuttosto, quello di offrire una *garanzia oggettiva* a favore della giuridica esistenza degli Stati in un sistema (ancora) prevalentemente confederale²⁷.

Una spiccata creatività contraddistingue anche *Dobbs*. In questo caso, la legge del Mississippi oggetto di scrutinio è stata salvata a prezzo dell'*overruling* di due *landmark decisions* come *Roe* e *Casey*. La Corte suprema si è così allontanata dallo *stare decisis* che, nell'ordinamento statunitense, è *garanzia* di certezza del diritto e *limite* al potere creativo dei giudici e alle loro erratiche preferenze²⁸. Sulla deroga a tale fondamentale principio si è concentrata la critica della *dissenting opinion*: non è sufficiente, ad avviso dei *dissenters*, la presunta erroneità di un precedente affinché questo possa essere su-

²³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). L'applicazione del II emendamento alla legislazione degli Stati, attraverso la sua *incorporation* nel XIV emendamento, è stata poi definitivamente sancita da *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010). Riferimenti in P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo*, cit., 149.

²⁴ *District of Columbia v. Heller*, cit. Sottolinea tale aspetto anche P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo*, cit., *ibidem*.

²⁵ D.B. KATES Jr., *Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment*, in Mich. L. Rev., 82, 1983, 204.

²⁶ A.K. AMAR, *The Bill of Rights, Creation and Reconstruction*, New Haven, 1998, 50.

²⁷ Cfr. R.G. WEATHERUP, *Standing Armies and Armed Citizens: An Historical Analysis of the Second Amendment*, *Hastings Const. L.Q.*, 2, 1975, 961. Era questa, peraltro, l'interpretazione seguita dalla Corte Suprema nella giurisprudenza precedente a *District of Columbia v. Heller*.

²⁸ V., per argomenti simili, F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge MA, 2009, 43-44.

perato²⁹. Sarebbe viceversa necessario, sempre secondo la minoranza, una sua oggettiva obsolescenza dovuta a un cambiamento del contesto normativo (*legal doctrine*) o a un mutamento fattuale (*factual change*). Al di fuori di queste ipotesi, l'*overruling* sarebbe ammesso solo ove non si fosse radicato un legittimo affidamento, da parte dei consociati, sul principio giurisprudenziale precedentemente enunciato³⁰. Nessuna di queste condizioni sarebbe stata soddisfatta nel caso di specie: l'opinione di maggioranza avrebbe ignorato l'aspettativa di «decine di milioni di donne americane che si sono affidate e continuano ad affidarsi al diritto di scegliere» sull'interruzione di gravidanza³¹.

Al di là di tali critiche, il consolidamento di questa legittima aspettativa, maturata negli ultimi cinquant'anni, svela un'ulteriore contraddizione del *reasoning* della maggioranza: se la tradizione è capace di sprigionare effetti normativi, se è l'esperienza dell'ordinamento a definire l'essenza e i confini delle situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti, non è chiaro quale sia la *ragione giuridica* in grado di escludere due fatti normativi come *Roe* e *Casey* dall'*acquis* del sistema costituzionale. Vi è, dunque, un salto logico-argomentativo, nella trama dell'opinione di maggioranza, colmato da un giudizio di valore che può essere così compendiato: *Roe* e *Casey* non appartengono (*rectius*: non devono appartenere) alla tradizione costituzionale statunitense perché assiologicamente inconsistenti rispetto alla gerarchia dei valori individuata, oggi, dal collegio giudicante.

Peraltro, la creatività di *Dobbs* trova conferma nel suo traboccamento *ultra petitem*: come osservato dal Chief Justice Roberts nella sua opinione concorrente, il *petition of certiorari* non chiedeva la cancellazione del diritto all'aborto quanto il superamento del requisito della *pre-viability* e, dunque, del periodo di gestazione entro cui i legislatori statali non avrebbero potuto introdurre alcun tipo di limitazione a tale situazione soggettiva³².

3.1. Una giurisprudenza ideologica?

Le incongruenze, interne al canone originalista, di *Bruen* e *Dobbs* tradiscono la caratura *ideologica* di tali pronunce, nel senso che la particolare *Weltanschauung* della maggioranza orienta e conforma la dottrina interpretativa, indirizzandone gli esiti.

In queste decisioni l'argomento originalista assurge a stratagemma retorico-persuasivo, funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore che riveda alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili³³. Messe a contesto, *Bruen* e

²⁹ La portata del vincolo del precedente segna una ulteriore linea di frattura all'interno della Corte, emersa a partire da *Janus v. American Federation of State County and Municipal Employees*, 585 U.S. ____ (2018). Cfr. sul punto G. ROMEO, *The Supreme Court's debate*, cit., 595 ss.

³⁰ Cfr. BREYER, SOTOMAYOR, AND KAGAN, JJ., *dissenting*, 31.

³¹ BREYER, SOTOMAYOR, AND KAGAN, JJ., *dissenting*, 32.

³² ROBERTS, C. J., *concurring in judgment*.

³³ Il timore di un possibile *overruling* delle pronunce rilevanti per la tutela dei diritti civili è espresso nella *dissenting opinion*, 4-5. Tenta di rispondere a simile preoccupazione l'opinione di maggioranza, nel senso di circoscrivere l'*holding* al solo diritto all'aborto (66). V. però l'opinione concorrente del Justice THOMAS (3): la Corte suprema dovrebbe rivedere tutti i casi che hanno sancito nuovi diritti sulla base di una concezione sostanziale della *due process clause*. Si tratta, in particolare, di *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) sul diritto di utilizzare e acquistare contraccettivi; *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) sull'incostituzionalità delle *sodomy laws*; *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015), sul matrimonio omosessuale. Sul punto v. C. BOLOGNA,

Dobbs testimoniano l'irresistibile ascesa di tale canone nella giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali³⁴. *Nihil sub sole novum*, forse: come notava Tocqueville un paio di secoli or sono, il giudice è il depositario del potere, per sua natura conservatore, della tradizione, e somiglia «al sacerdote egiziano: come questi è l'unico interprete di una scienza occulta»³⁵.

Anche se non mancano tentativi di una sua declinazione progressista³⁶, non deve dimenticarsi come l'originalismo abbia storicamente rappresentato una reazione alla innovativa giurisprudenza della Corte Warren in tema di diritti civili³⁷. La rinnovata fortuna di tale criterio trova perciò spiegazione anche nella composizione del collegio e nelle particolari sensibilità politico-culturali che caratterizzano i giudici nominati da Donald Trump durante il suo mandato³⁸. Vi è, infatti, un legame tra l'originalismo e il *partisan entrenchment* dei giudici di recente nomina presidenziale³⁹. I profili di questi giudici rispondono a una precisa corrente politico-ideologica, a un *conservative legal movement* che è andato formandosi negli ultimi anni tra chierici ed operatori del diritto. Tra gli obiettivi di questo movimento, che riflettono altrettanti *cleavages* che oggi dividono la società americana⁴⁰, vi sono la valorizzazione del potere degli Stati rispetto a quelli della Federazione, il superamento o quanto meno la rivisitazione dei "nuovi" diritti civili, la de-regolamentazione del finanziamento della politica, l'interpretazione estensiva del II emendamento⁴¹.

L'originalismo diviene così strumento di una precisa politica costituzionale, realizzata da giudici che coltivano prospettive di egemonia sulla società. La scelta di superare consolidati precedenti attraverso un risicato voto a maggioranza squarcia il velo della sacralità giudiziale, adombra il volto neutrale del chierico e muove la giustizia costituzionale verso i lidi del volontarismo decisionista.

Polarizzazione, attivismo, superamento dei precedenti possono però portare a una crisi di legittimazione della Corte Suprema, alla sua perdita di credibilità di fronte alle istituzioni politiche e ai cittadini che non si riconoscono nelle sue decisioni. In effetti, il significato della Costituzione non riposa esclusivamente nelle più o meno raffinate interpretazioni delle *élites* in toga, ma anche nelle letture, più o

Aborto e originalismo nei diritti in *Rivista Il Mulino on-line*, <https://www.rivistailmulino.it/a/aborto-e-originalismo-nei-diritti>.

³⁴ Oltre a *Dobbs* e a *Bruen v. anche Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020) sui licenziamenti discriminatori in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere del lavoratore. Su tale pronuncia, interessante anche per la diversa declinazione cui va incontro il canone originalista nell'opinione di maggioranza e nella *dissenting* a firma del Justice KAVANAUGH, v. N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in *Quad. cost.*, 2020, 839 ss.

³⁵ A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 271.

³⁶ Cfr., ad esempio, A.R. AMAR in *The Bill of Rights*, cit., *Id. America's Constitution. A Biography*, New York, 2005.

³⁷ Riferimenti in O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 143.

³⁸ Simile tendenza è stata segnalata, alla vigilia di *Dobbs*, da G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation*, cit., 274.

³⁹ V. J.M. BALKIN, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, cit.

⁴⁰ Sulle faglie dell'attuale politica americana cfr. F. PETRONI, *Fiamme sulla collina. L'America in crisi assedia sé stessa*, in *Limes*, 11, 2022, 43 ss.

⁴¹ Un contributo fondamentale alla formazione di questo movimento viene dalla *Federalist Society*, organizzazione di tendenza particolarmente attiva nelle *law schools* statunitensi. Cfr. A. HOLLIS-BRUSKY, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*, New York, 2015.

meno avanzate, dei soggetti (formazioni sociali, movimenti organizzati, comuni cittadini) che costellano il sistema politico⁴².

4. La posta in gioco. L'efficacia nel tempo come condizione di validità della Costituzione

L'argomento originalista pietrifica *ex auctoritate* il senso della Costituzione, estrapolandone l'unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu. L'originalismo elide l'elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, ne pregiudica la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale. I principi enunciati nelle Costituzioni, infatti, non richiamano valori statici o meta-storici, ma sono «punti di vista storicamente condizionati», la cui validità dipende da un consenso sociale che origina dal patto costituzionale e va sviluppandosi nella vita dell'ordinamento⁴³.

Una Costituzione pietrificata rischia di risultare inutile, frustrando la sua stessa ragione d'essere. Le Costituzioni devono *durare per unire*, mantenersi efficaci nel tempo o, per dirla con Hart, essere generalmente riconosciute dai consociati per svolgere la loro funzione unificante⁴⁴. Là ove non fossero capaci di unire le generazioni presenti alle passate, di orientare l'evoluzione sociale nella continuità istituzionale, scolorirebbero in un'istantanea del passato, nella fotografia sbiadita di una comunità politica superata dalla storia. Una Costituzione sclerotizzata darebbe forza all'obiezione democratica, di stampo jeffersoniano, in forza della quale ciascuna generazione ha il diritto di darsi una nuova costituzione che ne rifletta la volontà⁴⁵.

Con queste sentenze, e con *Dobbs* in particolare, la (maggioranza della) Corte Suprema dimentica che l'ordinamento costituzionale non può ridursi al solo testo costituzionale o al suo significato originario: la Costituzione è la cuspide di un più ampio sistema che ricomprende il contesto normativo e i valori di cui sono depositarie forze politico-sociali che si rinnovano nel tempo⁴⁶. Può essere che *Roe* e *Casey* fossero eccessivamente creative o esprimessero test poco funzionali: esse però erano figlie della stagione dei diritti civili, di una fase di cambiamento politico trasfuso nell'ordinamento attraverso un vero e proprio *momento costituzionale*⁴⁷. Non è questa la sede per approfondire il tema dei

⁴² Cfr. M.V. TUSHNET, *Taking back the Constitution: activist judges and the next age of American law*, New Haven, 2020.

⁴³ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 57.

⁴⁴ Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 119 ss. La norma di riconoscimento è il presupposto di validità dell'ordinamento giuridico. Essa svolge una funzione di aggregazione del consenso sociale intorno alle norme giuridiche *poste*, affinché queste possano essere seguite e applicate. È la norma generale di riconoscimento che consente all'ordinamento (e dunque anche alla Costituzione, che dell'ordinamento è la norma superiore) di essere efficace e, quindi, persistere nel tempo. Persino un normativista come Kelsen riconosce che l'efficacia è condizione di validità del sistema giuridico: «le norme [...] sono in vigore per il fatto che la norma fondamentale per la loro produzione [...] viene presupposta come valida [...]»; ma esse sono in vigore soltanto quando (cioè fino a quando) quest'ordinamento giuridico è efficace. Appena la Costituzione, cioè l'ordinamento giuridico come totalità che si fonda su di essa, perde la sua efficacia, anche l'ordinamento giuridico e quindi ogni singola sua norma perde la propria validità». Così H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 242.

⁴⁵ T. JEFFERSON, *Political writings*, New York, 1999, 596.

⁴⁶ Cfr. A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 265-267.

⁴⁷ Cfr. le note tesi di B. ACKERMAN, *We the people. 3: the civil rights revolution*, Cambridge MA – London, 2014, 288-289, il quale muove dall'idea che, nei momenti eccezionali dell'ordinamento, le corti trasformino le grandi

rapporti tra la Costituzione e i mutamenti costituzionali, e cioè quei cambiamenti, per dirla con Mortati, «che hanno luogo senza l'impiego delle forme legali per ess[i] previst[i]»⁴⁸. È però ormai comunemente accettato che anche gli ordinamenti retti da Costituzioni rigide conoscano questi mutamenti, e che anzi la capacità di governare questi cambiamenti senza sfociare nell'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale sia prova di buona salute della Costituzione o, quanto meno, di una felice *integrazione* tra norma costituzionale e realtà sociale⁴⁹. Il rapporto tra Costituzione e mutamento costituzionale rimanda, in fondo, alla dialettica tra il diritto formale, positivizzato nel testo costituzionale, e i *fatti normativi* che segnano l'evoluzione del sistema giuridico. Dal punto di vista teorico-generale, affinché l'apporto dei mutamenti costituzionali possa essere apprezzato dall'interprete, è necessaria una *prospettiva istituzionalistica* che riconosca normatività ad elementi che, considerati in termini formali, ne sarebbero privi⁵⁰.

Certo, vi può essere un momento in cui, ormai superato dalla fattualità, l'atto normativo esaurisca la propria capacità ordinante, cedendo il passo a un nuovo ordine costituzionale. I mutamenti costituzionali possono condurre a torsioni patologiche, in grado di negare l'identità della Costituzione e, dunque, dei principi supremi che definiscono il codice genetico dell'ordinamento. Tale negazione si ha non solo con l'instaurazione violenta di un nuovo ordine, ma anche quando il «ceto dirigente [...] indirizza l'azione dello Stato verso [...] interessi e [...] concezioni» che «risultino irriducibili a quelli che orientavano l'assetto prima vigente»⁵¹; quando, in altre parole, a seguito dell'esaurimento dei fini e dei valori delle forze dominanti che sostenevano le formule costituzionali, l'originaria costituzione materiale si trasforma a tal punto da negare il presupposto o la condizione di validità della costituzione formale⁵². Finché però la tensione tra questi due momenti è in equilibrio, finché vi è una complessiva *congruenza assiologica* tra fatti normativi sopravvenuti e principi supremi non si assiste all'instaurazione di un ordine nuovo ma al fisiologico sviluppo dell'ordine esistente.

La Costituzione dà forma giuridica all'unità politica di un popolo, giuridificando gli interessi e le aspettative di una comunità in un dato momento storico, ma non coincide con l'ordine concreto, storicamente situato, da cui essa promana. L'unità politica formalizzata nella Costituzione, infatti, non si

rivendicazioni delle masse in «canoni costituzionali», in principi vincolanti per gli sviluppi dell'ordinamento, lasciando ai poteri rappresentativi lo sviluppo e l'attuazione del principio enunciato.

⁴⁸ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 187. Su tali dinamiche, che non si arrestano al momento positivo della riforma costituzionale (*Verfassungsänderung*), ma ricomprendono anche il mutamento (o la trasformazione) costituzionale (*Verfassungswandlung*), risultato delle pratiche legislative, amministrative e giudiziali che operano nell'ordinamento a prescindere da una modifica formale e dalla volontà intenzionale di riformare la Costituzione, cfr. G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, M. CARDUCCI (a cura di), Lecce, 2004, 18. La dottrina ha dedicato rinnovata attenzione al tema delle modifiche tacite e dei mutamenti costituzionali: v. R. BIN, A. MANGIA (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2020; M. IADICICCO, *Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2018, 1 ss.

⁴⁹ V. F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*». *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2020, 66-67.

⁵⁰ F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*», cit., 49.

⁵¹ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 213.

⁵² Cfr. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, 793-794.

«pone solo per mantenere un ordine esistente, ma [...] tende allo svolgimento progressivo di esso»⁵³, e, dunque, ad un processo storico per ciò stesso dinamico, «ricettivo di nuovi interessi (che assurgono a valori costituzionali) e sospensivo di originarie istanze costituenti (che giuridicamente affievoliscono di fronte all'imprevedibile corso della storia)»⁵⁴. La Costituzione, dunque, non è solo «statuto organizzativo»⁵⁵, ma è anche «ordine vitale che comprende il processo di vita politica dello Stato, in cui esso diviene reale attraverso l'inclusione continua e dinamica del singolo» e delle forze sociali⁵⁶.

4.1. Quanto è neutrale la Costituzione "neutrale"?

Anche per tali ragioni, non può essere accolta l'idea, espressa dalla *concurring* del Justice Kavanaugh e autorevolmente rilanciata nel dibattito successivo a *Dobbs*, della Costituzione "neutrale"⁵⁷. In base a questa lettura, allorché una situazione soggettiva non sia esplicitamente prevista dal *testo* della Costituzione, questa resterebbe nella disponibilità del legislatore, alla libera dialettica delle forze politiche chiamate a decidere attraverso un voto (per eleggere o per decidere⁵⁸) a maggioranza. In tal senso, tutte le rivendicazioni non espressamente richiamate dal testo costituzionale sarebbero, per ciò stesso, costituzionalmente irrilevanti. Questa tesi, volta a contenere gli eccessi creativi della giurisdizione costituzionale, sottostima taluni elementi che, una volta esplicitati, paiono smentirne le premesse.

In primo luogo, e per restare a *Dobbs* (ma una considerazione simile potrebbe valere anche per *Bruen*), la controversia sul riconoscimento del diritto all'aborto è, anzitutto una *questione interpretativa*, un dilemma cioè sul significato (formale o sostanziale) da ascrivere alla *due process clause* e, dunque alla lettera della Costituzione. Procedimento intellettuale complesso, l'attività interpretativa consta di due momenti: l'ascrizione ad un testo di possibili significati e la successiva *scelta* del significato in funzione applicativa della disposizione⁵⁹. L'interpretazione, dunque, non è solo atto di conoscenza, è anche atto di volontà. Ritenerne che l'aderenza al testo o alla lettera della Costituzione rap-

⁵³ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, 64.

⁵⁴ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 417. A conclusioni simili mi pare giunga M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 3, 2013, 1-5.

⁵⁵ Come invece vorrebbe la concezione kelseniana, che affida alla Costituzione il compito di «regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione». Così H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 152-153.

⁵⁶ Così R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 285.

⁵⁷ Cfr. KAVANAUGH, J., *concurring*; N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in <http://bit.ly/3ko7Qqs>.

⁵⁸ Su questa distinzione, analiticamente rilevante quando si discute del principio di maggioranza, sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Majority*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2021, 5.

⁵⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 380 ss. In Italia le tesi kelseniane riecheggiano nella distinzione proposta da V. CRISAFULLI, tra disposizione e norma (*Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 195 ss.), e nella teoria scettica della interpretazione proposta da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 49 ss. Cfr. però la critica di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 438, il quale adotta una prospettiva cognitivista dell'interpretazione. A parere dell'A., i criteri interpretativi, a partire dal canone letterale, fisserebbero il significato «più corrett[o]» della disposizione, ovvero il «"sol[o]" [...] che sia legittimo seguire». Posizioni simili nei lavori di A. VIGNUDELLI, tra i quali, in particolare, *Il documento normativo: caratteristiche, problemi e metodologie di significazione*, in Id., *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, 129 ss.

presenti un'operazione oggettiva non tiene conto della *realtà* del procedimento interpretativo, che contiene sempre un elemento insopprimibile di volizione soggettiva tanto spiccato quanto più è indeterminato l'enunciato linguistico. In fondo, il ricorso all'originalismo serve proprio a mascherare questo momento volontaristico: il richiamo a un criterio esterno al procedimento interpretativo dovrebbe produrre un *vincolo* l'interprete, così da confermare la «volontà ordinante» del Costituente storico sullo sviluppo dell'ordinamento⁶⁰.

In secondo luogo, la tesi che riduce la “materia” costituzionale al solo testo della Costituzione⁶¹ pecca di eccessivo formalismo. L'ordinamento giuridico, sviluppatosi nel corso del tempo *a partire* dal testo costituzionale, è costellato da normative che, nonostante siano di rango ordinario, contribuiscono a delinearne l'identità. Come già aveva intuito Costantino Mortati⁶², la materia costituzionale eccede il testo costituzionale, nel senso che vi sono norme che sviluppano le disposizioni della Carta e contribuiscono, in una interazione biunivoca tra Costituzione e materiale legislativo sottostante, all'ascrizione di senso al testo costituzionale⁶³. Questa funzione di *riempimento* semantico non è svolta solo dalle *fonti* subordinate: la scelta intorno al significato interpretativo è orientata dalle opzioni ermeneutiche, dagli argomenti, dai precedenti della giurisprudenza costituzionale e dalle prassi istituzionali. Insomma, l'interprete si colloca sempre in un contesto *vivente*⁶⁴, ed è grazie alle relazioni con tale complesso sistema che il procedimento interpretativo arriva a maturazione.

Ridurre la Costituzione (o meglio: *il concetto* di Costituzione) al testo costituzionale rischia di diluire la sua specificità, come se essa fosse un *comune* atto normativo. Tra enunciati costituzionali e normazione ordinaria vi è invece una alterità qualitativa: la Costituzione «non si realizza e non può mai realizzarsi interamente nelle norme, perché non è in nessun caso ordine compiuto»⁶⁵; non pone, quindi, confini certi e predeterminati, validi in sé in quanto normativi⁶⁶, ma «delinea piuttosto delle traiettorie, indica le frontiere di un processo continuo di positivizzazione»⁶⁷.

La tesi della neutralità della Costituzione muove da un postulato culturale implicito, che esaurisce la funzione della Costituzione nella garanzia dell'individuo (e dei suoi beni) *contro* lo Stato. Questo assunto, plausibile per le Carte liberali del XVIII e del XIX secolo (e forse anche per la Costituzione – o meglio, per il *testo* – statunitense), non può valere per il contesto costituzionale italiano, retto del

⁶⁰ V. M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48.

⁶¹ N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.

⁶² C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 169 ss.

⁶³ V., sul punto, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 229 ss. Se, per un verso, «la funzione condizionante della norma costituzionale [...] non potrebbe compiutamente spiegarsi senza la possibilità di costruire un universo semantico *prioritario* e *indipendente* rispetto a tutto il sistema normativo sottostante», per altro verso «bisogna rinunciare a considerare il diritto costituzionale il fondamento semantico di tutti i rami del diritto [...]. L'“intensione” e l'“estensione” delle parole della Costituzione variano da caso a caso e possono portare a significati ed applicazioni più ampi, equivalenti o più ristretti rispetto alle parole usate dal legislatore ordinario» (ivi, 235, 236).

⁶⁴ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 444.

⁶⁵ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 185.

⁶⁶ Per una concezione della Costituzione quale documento «auto-fondante», v. invece A. PACE, *Introduzione*, in *Id.*, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, IX.

⁶⁷ Così A. MORRONE, *Sovranità*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 70.

principio dell'*homme situé*⁶⁸. Tale principio, risultato del felice incontro, in Costituente, tra il personalismo comunitario delle forze cattoliche e il materialismo delle sinistre non solo ha portato, sin dal testo costituzionale, a una moltiplicazione degli *status* meritevoli di tutela (il cittadino; il lavoratore; la donna lavoratrice; i coniugi; i figli, i disabili, etc.) ma ha anche condotto al riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive *oltre* la lettera della Costituzione, assecondando un processo continuo di *promozione* della personalità individuale⁶⁹.

A ben vedere, il tentativo di circoscrivere la materia al testo costituzionale ha un obiettivo di politica istituzionale: riservare alle istituzioni rappresentative le scelte fondamentali di sviluppo dell'ordinamento⁷⁰.

Dietro a tale obiettivo si celano importanti motivazioni teoriche, da non sottovalutare. Le decisioni delle istituzioni rappresentative riflettono il principio di maggioranza, che non può essere degradato a mero strumento tecnico di assunzione delle decisioni collettive⁷¹. Esso è un criterio procedurale in grado di riflettere specifici valori sostanziali, cardini del costituzionalismo liberal-democratico, quali la libertà di partecipare all'autogoverno collettivo (o libertà *positiva*, à la Berlin), l'eguaglianza politica dei consociati e il pluralismo ideologico⁷². Non vi è dubbio che l'attivismo delle corti possa ingenerare una tensione con simili valori, fino a concretizzare il pericolo di un *suprematismo* giudiziale in grado di oscurare il pluralismo dei fini delle forze politiche e di sterilizzare le multiple virtualità della Carta fondamentale⁷³. Non va dimenticato, infatti, che le decisioni di incostituzionalità (e gli argomenti portati per sostenerle) portano sempre con sé un plusvalore di politicità: ad essere sopravanzato non è solo lo specifico interesse perseguito dalla legge dichiarata illegittima, ma anche la generale discrezionalità del legislatore. Peraltro, nelle motivazioni delle sentenze, le norme positive, i diritti costituzionalmente posti e i principi costituzionali vengono diluiti in argomenti⁷⁴ che, da un lato, promuovono un dialogo con le istituzioni rappresentative e la comunità degli interpreti, dall'altro però restringono l'universo del discorso politico, pretendendo di orientare le scelte degli altri attori istituzionali oltre le peculiarità del caso giudiziale⁷⁵.

⁶⁸ L'espressione, coniata da Burdeau, è stata recentemente aggiornata da G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, 2018, 107.

⁶⁹ Muove da tale consapevolezza la dottrina che, per prima, ha interpretato l'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta, tesi oggi largamente prevalente in letteratura e giurisprudenza. V. A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

⁷⁰ N. ZANON, *La Costituzione*, cit.

⁷¹ E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, 1976, 94.

⁷² Sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Majority*, cit., 6 ss.

⁷³ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, spec., 281 ss.

⁷⁴ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁷⁵ V., se si vuole, C. CARUSO, *Giustizia costituzionale*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 309.

5. Una lezione dall'Italia

Queste considerazioni rimandano a un dilemma all'apparenza ineluttabile: ammettere letture svalutative del concetto di Costituzione, rifugiandosi nell'apparente oggettività dell'interpretazione, o affidare i destini della Costituzione ai suoi guardiani, ormai assurti, secondo talune letture, a co-titolari di una funzione di indirizzo politico se non, addirittura, di *rappresentanza* dei valori costituzionali⁷⁶? Questa rigida alternativa tra concezioni formali e diluizioni giurisprudenziali della Costituzione è però da rifuggire. È infatti possibile rinvenire una via mediana, una terza via⁷⁷ che riconosca la centralità delle istituzioni e degli strumenti maggioritari nello sviluppo dell'ordinamento, cui affiancare, con un ruolo ausiliario di stimolo o di correzione, i poteri contro-maggioritari.

Per comprendere i termini di questa posizione teorica conviene tornare alla giurisprudenza della Corte suprema.

È da vedere se *Dobbs* (e *Bruen*), l'estremizzazione del Partito Repubblicano e del suo elettorato siano sintomi di un nuovo momento costituzionale, eguale e contrario a quello che, sessant'anni fa, ha portato gli Stati Uniti d'America sulla strada dei diritti e dell'emancipazione delle minoranze. Per il momento, queste tendenze sembrano portare a una «radicalizzazione conservatrice», promossa da chierici ed élites politiche contrari a taluni valori che oggi costellano il panorama assiologico statunitense⁷⁸.

Negli Stati Uniti, la debolezza dei «nuovi» diritti, tra cui quello alla interruzione di gravidanza, riposa anche nella loro origine giurisprudenziale, nella loro riduzione a semplice opzione interpretativa delle corti. *Roe* e *Casey* hanno illuso che fosse sufficiente una avanzata giurisprudenza per riconoscere e tutelare (in una parola: per *fondare*) rinnovati diritti costituzionali.

L'ordine di esecuzione, firmato all'indomani della decisione dal Presidente Biden per garantire, nonostante *Dobbs*, l'accesso ai servizi abortivi⁷⁹, conferma l'impressione di una certa arretratezza istituzionale: ciò che è mancato, in quell'ordinamento, è un processo di unificazione politica che, al di là delle differenziazioni territoriali, desse fondamento giuridico *unitario* alla interruzione di gravidanza. Non a caso, nel percorso argomentativo della *majority opinion* la necessità di garantire *the will of the people* e, dunque, uno spazio di decisione politica a favore delle istituzioni federali, va di pari passo con l'esigenza di assicurare un ampio margine di azione agli Stati. Viene così riscoperta, in tema di di-

⁷⁶ Una posizione che si sta facendo strada in quella parte della letteratura internazionale che valorizza l'opera di tutela dei diritti da parte delle corti. Cfr., tra gli altri, M. KUMM, *On the Representativeness of Constitutional Courts: How to Strengthen the Legitimacy of Rights Adjudicating Courts without Undermining Their Independence*, in C. LANDFRIED (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, 2019, 281 ss. Echi anche nella dottrina italiana: v. C. VALENTINI, *Rappresentanza politica*, in *Grammatica del costituzionalismo*, cit., 113 ss. Per una lettura tradizionale, ma ancora attuale, della rappresentanza politica, v. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 853 ss.

⁷⁷ Cfr. C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/il-caso-dobbs-e-la-terza-via>.

⁷⁸ J.M. BALKIN, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, cit., 5 ss.

⁷⁹ <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/08/03/executive-order-on-securing-access-to-reproductive-and-other-healthcare-services/>.

ritti fondamentali, una sorta di *concurrent majority*⁸⁰ o di doppio livello di decisione politica, che non solo amplifica la discrezionalità legislativa ma consente a *ciascuno stato* di muoversi liberamente, secondo gli equilibri e le maggioranze determinatisi nei rispettivi territori⁸¹. In simili contesti, connotati spesso da arretratezze culturali, spiccata omogeneità partitica⁸², sistemi elettorali disproporzionati in termini di rappresentatività⁸³, è difficile immaginare che l'interruzione di gravidanza si affermi in via politica⁸⁴, affrancandosi dalla tirannia delle maggioranze dei diversificati ordinamenti statali. Il panorama sub-federale dell'America di oggi sembra refrattario al pluralismo: in misura crescente, infatti, gli Stati sono «strumenti delle battaglie per l'identità»⁸⁵.

Questa ulteriore conseguenza rende *Dobbs* una decisione non proporzionata, che amplifica in misura esponenziale il peso e le ragioni dei poteri a detrimento dei diritti della persona⁸⁶ e, più nello specifico, della pari dignità sociale della donna. *Dobbs* non apre soltanto a possibili differenziazioni normative tra i diversi Stati: attraverso il declassamento del test di legittimità costituzionale, che passa dall'*undue burden* di *Casey* al debole *rational basis test*, la pronuncia amplifica il margine di discrezionalità legislativa, chiamata a graduare, nella valutazione della richiesta di interruzione, le cause della gravidanza, il periodo di gestazione, le condizioni di salute della donna. Questa ampia discrezionalità rischia di degradare il genere a *stigma*, a condizione personale che implica, in via di principio, una generale subordinazione dell'autodeterminazione individuale alla volontà legislativa⁸⁷.

Alla luce di tali considerazioni, può concludersi che, negli Stati Uniti, è mancato ciò che è avvenuto in Italia: l'interruzione di gravidanza, oggi disciplinata dalla legge n. 194/1978, è stata resa possibile da un processo di istituzionalizzazione che ha visto protagonista una pluralità di soggetti: la Corte costituzionale⁸⁸, i cittadini (prima con la raccolta delle firme per il referendum del 1975 e poi con il voto referendario del 1981, che ha respinto gli opposti quesiti, di matrice cattolica e radicale, sulla legge

⁸⁰ La tesi della *concurrent majority* è stata elaborata da J. Calhoun nell'ambito del cd. *constitutional compact*, teorizzato prima della guerra civile in un contesto di federalismo duale. In base alla *concurrent majority*, ciascuna decisione avrebbe dovuto coinvolgere anche la volontà dei soggetti esponenziali di *interessi* rilevanti per l'organizzazione collettiva (e, dunque, degli Stati federati). Cfr. J. CALHOUN, *A disquisition on government and a discourse on the constitution and government of the United States*, New York, 1883, 28.

⁸¹ Coglie questo aspetto della decisione S. PENASA, *People have the power!*, cit., 617. Non a caso, proprio l'approvazione, da parte di diversi Stati, di leggi restrittive in tema di aborto ha aperto la strada al giudizio di costituzionalità della Corte suprema. Cfr. D. PARIS, *Overruling Roe v. Wade?: The Increasing Politicization of Constitutional Adjudication in the U.S.*, in *VerfBlog*, 2019/7/05, che scrive, a questo proposito, di «State-driven strategic litigation».

⁸² F. PETRONI, *Fiamme sulla collina*, cit., 45, sottolinea come, ad oggi, 39 dei 50 Stati americani siano caratterizzati da un regime a partito unico (i.e., dallo stesso colore politico di governatore e legislativo). Inoltre, le contee in cui i candidati alla Presidenza vincono con una percentuale superiore all'80% sono un quarto del totale.

⁸³ Sul problema del *gerrymandering* nelle legislazioni elettorali statali cfr. A. PIERINI, *I sistemi elettorali nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, in M. OLIVIERO, M. VOLPI (a cura di), *Sistemi elettorali e democrazie*, Torino, 2007, 402.

⁸⁴ In questo senso, invece, M. D'AMICO, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/una-discussione-maschile-che-lascia-sullo-sfondo-le-donne-e-i-loro-diritti>.

⁸⁵ F. PETRONI, *Fiamme sulla collina*, cit., 45.

⁸⁶ Condivisibili le osservazioni, sul punto, di C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

⁸⁷ In questo senso mi pare vadano le osservazioni di S. PENASA, *People have the power!*, cit., 1617.

⁸⁸ Cfr. sent. n. 27/1975.

194⁸⁹), lo stesso legislatore rappresentativo. Certo, al contrario di *Roe* e *Casey*, legislatore e Corte costituzionale non hanno riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo all'aborto: nei primi 90 giorni l'interruzione di gravidanza è ammessa allorché la maternità arrechi un pregiudizio serio alla salute fisica e psichica della madre⁹⁰, sulla base dell'assunto «che non esiste equivalenza fra il diritto [...] alla vita [e] alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁹¹.

Una soluzione che, a circa quaranta anni dalla sua entrata in vigore, ha richiesto taluni interventi di manutenzione: una recente circolare del Ministero della Salute ha, ad esempio, ampliato la possibilità di ricorrere all'aborto farmacologico⁹². Inoltre, è stata ipotizzata una semplificazione delle procedure amministrative nel senso di rafforzare le garanzie di autodeterminazione della donna⁹³, e sono state adottate, dalle diverse strutture sanitarie, misure organizzative volte a limitare il diffuso ricorso all'obiezione di coscienza, che rischia di minare l'effettività dell'interruzione di gravidanza⁹⁴.

In ogni caso, la scelta codificata dalla legge n. 194/1978 è destinata a resistere nel tempo perché figlia di un ampio processo deliberativo orientato a raggiungere un'intesa tra soggetti diversi che trovano nella Costituzione una comune legittimazione⁹⁵. L'interruzione di gravidanza nel nostro ordina-

⁸⁹ La richiesta referendaria del 1975 mirava ad abrogare le disposizioni del codice penale che, a vario titolo, punivano l'aborto e i comportamenti ad esso connessi. Il referendum, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la sent. n. 251/1975, non si tenne per l'intervenuta approvazione della legge n. 194/1978. I referendum del 1981, accertata l'inammissibilità della proposta "massimale" di abrogazione della legge nel frattempo intervenuta (cfr. sent. 26/1981), hanno visto una chiara affermazione dei NO, così dotando di un plusvalore di legittimazione l'equilibrio raggiunto dalla legge 194. Riferimenti in A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 55 ss., 67 ss.

⁹⁰ Cfr. art. 4, l. n. 194/1978. Il serio pericolo va declinato in relazione ad ampie clausole come lo stato di salute, le condizioni economiche, o sociali o familiari, le circostanze in cui è avvenuto il concepimento, le previsioni di anomalie o malformazioni del concepito. Dopo i primi novanta giorni, l'interruzione di gravidanza può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6).

⁹¹ Sent. n. 27/1975.

⁹² Cfr. Min. Salute, *Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine – aggiornamento* (2020), che hanno aggiornato le precedenti Linee guida adottate nel 2010, nel senso di estendere l'aborto farmacologico fino a 9 settimane di età gestazionale senza obbligo di ricovero. Cfr. G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi) in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, 2022, 212. Con tale aggiornamento è stata data attuazione al favor, espresso dall'art. 15 della l. n. 194/1978, per l'uso delle «tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Cfr. M.P. IADICICCO, *Aborto farmacologico ed emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Quad. cost.*, 2020, 823.

⁹³ Cfr. G. BRUNELLI, *Problemi*, cit., 208 ss.

⁹⁴ Sulla scorta dell'art. 9, quarto comma, della l. 194/1978, che impone agli enti ospedalieri (e alle case di cura) di assicurare «in ogni caso» i servizi necessari all'interruzione di gravidanza, demandando alle regioni il compito di garantire l'attuazione della legge «anche attraverso la mobilità del personale», talune aziende ospedaliere hanno adottato bandi di reclutamento del personale medico disposti a dare applicazione alla legge n. 194/1978. Su tali profili cfr. B. LIBERALI, *Obiezione di coscienza nell'interruzione di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 374 ss.; D. PARIS, *In margine a due provvedimenti limitativi del diritto all'obiezione di coscienza nella Regione Lazio*, in *Quad. cost.*, 2017, 353 ss.

⁹⁵ Cfr. F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il Giudice Brennan*, Bari, 2004, 122 ss.

mento è il risultato di un proficuo dialogo tra la Corte costituzionale, recettiva o *responsive* rispetto a istanze maturate nella coscienza sociale⁹⁶, il legislatore, chiamato a delineare, nelle sue indefettibili funzioni di rappresentanza politica, la sintesi tra i diversi valori costituzionali coinvolti e i cittadini, che, con la loro attiva partecipazione, hanno suggellato questo percorso cooperativo. Un caso, dunque, di buona politica costituzionale, da prendere ad esempio nelle analisi sulla dialettica tra testo della Carta fondamentale, ordinamento giuridico ed evoluzione sociale.

Special issue

⁹⁶ Cfr. R. DIXON, *In Defense of Responsive Judicial Review*, in *UNSWLRS*, 11, 2022, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4100843.

