

Sentenza *Dobbs* e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica “direzione” dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana

Pietro Insolera*

THE DOBBS RULING AND SURROUNDINGS. PESSIMISTIC NOTES ON THE PROBLEMATIC “DIRECTION” TAKEN BY THE CURRENT UNITED STATES SUPREME COURT’S MAJORITY

ABSTRACT: Starting from the recent *Dobbs* ruling, in which the U.S. Supreme Court overruled *Roe v. Wade*, the 1973 landmark decision which affirmed the federal constitutional right to abortion under the substantive component of the XIV Amendment due process clause, as well as from a number of other recent U.S. Supreme Court’s rulings on fundamental rights, the essay makes a critical overall reflection on the originalist methodological approach adopted by the current majority of the Supreme Court. Reasoning on the overall evolution of the historical, political and ideological context that has led to such recent outcomes, one wonders what could be the future jurisprudential development in various jurisprudential areas, potentially leading to other sea changes in established judicial doctrines – especially through the discard of settled multifactor balancing tests in favour of more rigid text/history/tradition based tests – mainly in a direction of lowering the standard of protection of fundamental rights. The article also reflects on the possible negative consequences on the institutional legitimacy of the Supreme Court resulting from the excessive politicisation of its work, which have already taken place in light of the swift and strong conservative turn, in particular after *Dobbs*.

KEYWORDS: United States Supreme Court; substantive due process and right to abortion; constitutional interpretation; conservative legal movement; originalism/living constitutionalism

ABSTRACT: Prendendo le mosse dalla recente sentenza *Dobbs*, con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha annullato *Roe v. Wade*, la storica decisione del 1973 che affermava il diritto costituzionale federale all’aborto in base alla componente sostanziale della clausola del *due process* del XIV Emendamento, e da una serie di altre recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti sui diritti fondamentali, il saggio sviluppa una riflessione critica complessiva sull’approccio metodologico originalista adottato dall’attuale maggioranza della Corte Suprema. Ragionando sull’evoluzione complessiva del contesto storico, politico e ideologico che ha portato a questi recenti

* Assegnista di ricerca in diritto penale presso l’Università degli Studi del Sannio – Benevento. Mail: pietroinsolera@gmail.com. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

risultati, ci si chiede quali potrebbero essere i futuri sviluppi in varie aree giurisprudenziali, potenzialmente in grado di portare ad altri cambiamenti radicali nelle dottrine giudiziarie consolidate – in particolare attraverso l’abbandono dei consolidati test di bilanciamento multifattoriale a favore di test più rigidi basati su testo/storia/tradizione – prevalentemente in direzione di un abbassamento dello standard di protezione dei diritti fondamentali. L’articolo riflette anche sulle possibili conseguenze negative sulla legittimazione istituzionale della Corte Suprema derivanti dall’eccessiva politicizzazione del suo lavoro, che hanno già avuto luogo alla luce della rapida e netta svolta conservatrice, in particolare dopo *Dobbs*.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema degli Stati Uniti d’America; *due process* sostanziale e diritto all’aborto; interpretazione costituzionale; movimento giuridico conservatore; originalismo/*living constitutionalism*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Dobbs*: una sentenza sbagliata? – 2.1. La “riemersione” del cd. *History Test* – 2.2. *Liberty together with Equality?* – 2.3. Il *substantive due process* impone antidemocraticamente una specifica filosofia morale? – 2.4. Una Costituzione neutrale? – 2.5. *Stare decisis* costituzionale – 2.6. Delegittimazione della Corte – 3. I problemi istituzionali-strutturali, l’antidemocraticità e la lunga marcia del cd. *conservative legal movement* – 4. Delegittimazione della Corte, originalismo e scenari di arretramento nella tutela dei diritti, oltre il diritto all’aborto e gli altri cd. diritti non enumerati (*privacy rights*): il “problema” dell’VIII Em – 5. Ancora sulla sentenza *Dobbs* e sull’avversione nei confronti dei giudizi di bilanciamento nel sindacato di costituzionalità da parte della maggioranza attuale della Corte Suprema – 6. *Rule of Law* o *Rule of Five?* – 7. Ancora sulla legittimazione della Corte Suprema statunitense – 8. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Le note che seguono, senza velleità di analizzare la discussa sentenza in materia di diritto all’aborto recentemente emessa dalla Corte Suprema degli U.S.A.¹, intendono offrire alcuni spunti di riflessione generale relativi a due aspetti.

Anzitutto, il forte “segnale” che tale pronuncia – considerata anche unitamente ad altre sentenze dell’*October Term 2021* – potrebbe rappresentare per la direzione futura della giurisprudenza costituzionale americana in materia di diritti fondamentali della persona. In secondo luogo, le ripercus-

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022), estensore Alito (condivisa da Thomas, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett, nel solo dispositivo dal Presidente Roberts, opinione dissenziente estesa congiuntamente da Breyer, Sotomayor, Kagan), che ha confermato la legittimità costituzionale di una disposizione statale del Mississippi che vieta tutti gli aborti dopo la quindicesima settimana di gravidanza, prevedendo eccezioni per le emergenze mediche e per i casi di “grave anomalia fetale”, ma non per i casi di stupro o incesto, e sancito, per quel che più rileva, l’*overruling* delle celebri sentenze *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), che avevano, rispettivamente, affermato e confermato, pur limitandola, la protezione costituzionale federale del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza della donna prima della cd. *fetal viability* (possibilità autonoma di sopravvivenza del nascituro fuori dal grembo materno), in forza della componente sostanziale riconducibile alla *liberty* della *due process clause* del XIV Em.

sioni sulla legittimazione istituzionale dell'organo, determinate da una decisione "generazionale", di nettissima rottura rispetto alla giurisprudenza precedente.

2. *Dobbs*: una sentenza sbagliata?

Come detto, non è scopo di questo scritto svolgere un'analisi esaustiva della complessa tematica dell'aborto e della sentenza *Dobbs*. Si vuole piuttosto sviluppare una riflessione critica che collochi tale decisione nel più ampio contesto di diverse tendenze giurisprudenziali emerse negli ultimi anni in materia di diritti della persona, in particolare dopo la costituzione di una super-maggioranza di orientamento conservatore, in seguito all'avvicendamento del giudice Kennedy con Kavanaugh (2018) e del giudice Ginsburg con Barrett (2020). A tal fine, può essere dunque utile, in via preliminare e sintetica, illustrare i motivi principali per cui la valutazione della sentenza che ha disposto l'*overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey* non può che essere critica² da parte di chi scrive, anticipando peraltro alcune argomentazioni svolte nel proseguo; ciò anche per tentare di scongiurare l'impressione che le presenti riflessioni siano dettate più da un aprioristico disaccordo ideologico, che non da una argomentata analisi giuridica.

2.1. La "riemersione" del cd. *History Test*

Anzitutto, il ragionamento della maggioranza pare inficiato da un errore metodologico di fondo. L'*opinion* del giudice Alito si discosta senza alcuna plausibile giustificazione dalla metodologia di *constitutional adjudication* consolidata in materia di cd. *unenumerated rights* da oltre cinquant'anni nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense (e che, invero, affonda le sue radici in tempi e decisioni ben più risalenti)³. Viene in altri termini abbandonato l'approccio fino ad oggi prevalente alla definizione normativa del significato e della portata dei diritti fondamentali rientranti nello spettro di

² Tra le molte valutazioni negative della sentenza, nella dottrina americana di orientamento *liberal*, cfr. p. e. L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, in *The New York Review of Books*, September 22, 2022 issue; E. CHEMERINSKY, *Erwin Chemerinsky commentary: Ending Roe is a pure exercise of Republican power*, <https://www.wctrib.com/opinion/columns/erwin-chemerinsky-commentary-ending-roe-is-a-pure-exercise-of-republican-power>, 28 giugno 2022; J.E. FLEMING, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: "The Roar of a Wave that Could Drown the Whole World"*, https://www.bu.edu/law/files/2022/07/Fleming_Selected-articles-on-Dobbs-for-Const-Day-Program-Sept.-15-and-Discussion-Sept.-16.pdf, 10 luglio 2022; B. MEYLER, *Dobbs and the Supreme Court's Wrong Turn on Constitutional Rights*, <https://law.stanford.edu/2022/06/27/dobbs-and-the-supreme-courts-wrong-turn-on-constitutional-rights/>, 27 giugno 2022. Nella letteratura italiana, cfr. riferimenti *infra* nota 39.

³ Il riferimento è al cd. *Modern substantive due process*, il cui inizio convenzionalmente si suole individuare nella sentenza *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), che sancì l'incostituzionalità di una disposizione che criminalizzava l'utilizzo di metodi anticoncezionali da parte delle coppie sposate (pur, come noto, con un *reasoning* parzialmente diverso fondato sulle "penombre" ed "emanazioni" di altri Emendamenti posti a tutela di diritti della persona, ritenuti in grado di dare sostanza e fondamento costituzionale al diritto implicito di *privacy*, cfr. *infra* § 6, nota 97). Per un'applicazione più risalente della stessa dottrina di garanzia tramite l'invalidazione di discipline statali che invadevano irragionevolmente la vita familiare, ed in specie le scelte dei genitori nel percorso educativo dei figli, proibendo, sotto sanzione penale, rispettivamente, l'insegnamento della lingua tedesca e la possibilità di frequentare scuole private, cfr. p. e. i *seminal cases*: *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

protezione sostanziale della *liberty* nella *due process clause* del XIV Em.⁴, che ha generato il riconoscimento in numerosi precedenti di diritti riconducibili a sfere di autonomia e autodeterminazione dell'individuo, necessariamente sottratte all'ingerenza della azione dei pubblici poteri (e, perciò, alla piena disponibilità delle maggioranze politiche), in ambiti quali l'integrità corporea e le scelte più personali e intime, che determinano l'identità e il destino di ogni persona e del suo nucleo familiare⁵. Fino alla sentenza *Dobbs*, la complessa opera di ricostruzione del contenuto e della portata delle libertà fondamentali protette dalla clausola del *due process* sostanziale non è mai stata limitata soltanto ai riferimenti testuali precisi degli emendamenti nella Dichiarazione dei Diritti⁶ o alla tradizione

⁴ Dispone la *Section 1* del XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America: «*Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge [due process of law]; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi*». Come è noto, oltre a prevedere garanzie di natura procedurale, la clausola del *due process*, secondo la consolidata (ma non incontroversa) giurisprudenza della Suprema Corte, offre una protezione di natura sostanziale ai diritti fondamentali dell'individuo a fronte di leggi arbitrarie o irrazionali rispetto allo scopo perseguito. Sulla vastissima letteratura relativa al c.d. *substantive due process* ed alle complesse questioni che esso storicamente solleva, limitandoci ad alcuni riferimenti in lingua italiana, si v. p.e. C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011, spec. 190 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009, 149-175; P. PASSAGLIA, *I diritti e le libertà fondamentali*, in AA. VV., G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 2020, 247 ss., 273-276; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, C. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2022, 114-15, 117-18.

⁵ Oltre alle decisioni in materia di aborto ed alle sentenze *Meyer*, *Pierce* e *Griswold* citate, si considerino p.e., precedentemente alla decisione *Roe: Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (diritto di sposare una persona di razza differente); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) (diritto di acquistare e utilizzare contraccettivi anche per persone non sposate); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942) (diritto a non essere sterilizzati senza consenso); *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) (diritto, in determinate circostanze, a non sottoporsi a interventi chirurgici involontari, alla somministrazione forzata di farmaci o ad altre procedure sostanzialmente analoghe). Decisioni emesse nel periodo tra *Roe* e *Casey: Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977) (diritto dei minori di anni 16 a ricevere pubblicità su strumenti anticoncezionali); *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753 (1985), *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990) (diritto, in determinate circostanze, a non sottoporsi a interventi chirurgici involontari, alla somministrazione forzata di farmaci o ad altre procedure sostanzialmente analoghe); *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987) (diritto di sposarsi per i detenuti); *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977) (diritto di risiedere con i parenti). Dopo la decisione *Casey: Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) (diritto di intrattenere rapporti sessuali in privato tra persone dello stesso sesso), *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) (diritto di sposare persone dello stesso sesso). Per una ampia e argomentata difesa di questa *judicial doctrine* v. da ultimo J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties. A defense of Substantive Due Process*, London-Chicago, 2022, spec. 19-69. Il volume, pubblicato prima della sentenza *Dobbs*, è discusso nel blog *Balkinization*, con interventi di C.A. BALL, D. NEJAIME, R. SIEGEL, I. WURMAN, S. MAYERI, C. KAVENY, S. LEVINSON, G. KRISHNAMURTHI, A. AHMED, nonché, in chiusura del simposio, dello stesso A.

⁶ Questo è piuttosto il *contenuto minimo* di protezione della clausola, nel senso che l'applicabilità dei diritti fondamentali espressamente previsti nei primi dieci Emendamenti è stata estesa anche alle azioni dei governi statali e locali (oltre, come in origine previsto, a quella del governo federale) attraverso il processo di cd. *incorporation* tramite la *due process clause* del XIV em., v. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, 511-519; analizza il dibattito storico tra le contrapposte dottrine della cd. *Total incorporation* e la cd. *Selective incorporation* nell'evoluzione giurisprudenziale, tra gli altri, M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015, 280 ss. Come noto, la dottrina della cd. *selective incorporation* fu enunciata compiutamente dal giudice Cardozo, che, nel ca-

storica e giuridica di protezione di un determinato diritto all'epoca del *Bill of Rights* (1791) o della ratifica del XIV Em. (1868), ricostruita al massimo livello di specificità possibile, ma presupponeva necessariamente un *collegamento sistematico* tra diversi diritti e sfere di protezione, da sviluppare attraverso un "giudizio ragionato" e di stampo casistico, proprio della cultura giuridica di *common law*⁷. Attraverso l'applicazione di quello che è stato definito il metodo del cd. *rational continuum of ordered liberty* o *reasoned judgment*, espresso per la prima volta con memorabile eloquenza dal secondo giudice Harlan⁸ (e riaffermato con fermezza nella decisione *Casey*⁹, nonché alla base di successive *landmark decisions* come *Lawrence* e *Obergefell* sui diritti degli omosessuali), la libertà della *due process clause* deve interpretarsi come principio operante ad un *elevato livello di generalità-astrattezza*, ed essere riempito di significato tramite un *moral reading*, una interpretazione evolutiva per valori,

so *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325-26 (1937), delineò i caratteri dei diritti applicabili nei confronti dei governi statali: «*the process of absorption [...] [applied to rights where] neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed [...] principles of justice so rooted in the tradition and conscience of our people as to be ranked as fundamental*» e «*implicit in the concept of ordered liberty*».

⁷ Sul cd. *common law constitutionalism* si v. l'importante contributo di G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, sui temi qui trattati, anche per approfondimenti storici e comparatistici, in pt. 112-118, 120-123, 137-164.

⁸ *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 541 (1961) (Harlan, J., dissenting from dismissal on jurisdictional grounds), oggetto di impugnazione era la medesima disposizione che sarebbe stata successivamente invalidata in *Griswold*, che la maggioranza ritenne però di non vagliare nel merito per vizi procedurali. Sulla grande influenza del *dissent* nella giurisprudenza successiva e nella cultura costituzionale statunitense, v. M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 343 ss.; H.J. POWELL, *John Marshall Harlan and Constitutional Adjudication: An Anniversary Rehearing*, in *Belmont Law Review*, 2021, 62 ss., spec. 67 ss., 86 ss.; J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 30-31, e, per una ricostruzione della giurisprudenza sui diritti non enumerati dalla pronuncia *Casey* in avanti in termini di sostanziale continuità con questa metodologia, *ibidem*, 39-42. Su quest'ultimo aspetto, sia permesso altresì il rinvio a P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy*, in *Riv. dir. comp.*, 1, 2020, 97 ss., 124 ss., 126-129, 135-36.

⁹ Cfr. *Casey*, opinione della Corte, 848-850. Si noti che la stessa sentenza *Roe*, 152-53, pur tramite un *reasoning* non particolarmente rigoroso né attento al dato testuale costituzionale, senza recepire la metodologia enucleata dal secondo giudice Harlan in *Poe v. Ullman* e non escludendo che un diritto di *privacy* sufficientemente ampio da includere il diritto di scegliere della donna, entro certi limiti, l'interruzione della gravidanza potesse trovare fondamento nel IX Em. («*L'interpretazione di alcuni diritti previsti dalla Costituzione non potrà avvenire in modo tale da negare o disconoscere altri diritti goduti dai cittadini*») o nella "penombra" di altri Emendamenti (I, IV, V), in definitiva collocava tale diritto esattamente nella componente sostanziale della *due process* del XIV Em. Riceveva invece direttamente il metodo del *rational continuum of ordered liberty* sviluppato da Harlan II, ad esempio, l'opinione concorrente in *Roe* del giudice Potter Stewart, 167-171. Justice Stewart, come Harlan II, era stato spesso in dissenso nelle decisioni più attiviste della Corte Warren (1953-69). Egli, analogamente ad altri *Justices* di nomina repubblicana – non certamente ardenti *liberal* – che hanno aderito alla dottrina del *due process* sostanziale, riconducendovi un (bilanciabile) diritto all'aborto (p. e. Powell, O'Connor, Souter) ha sviluppato una *jurisprudence* contraddistinta dal *restraint*, dalla ricerca del compromesso, dalla tendenza a decidere quanto strettamente necessario per risolvere il caso oggetto di giudizio, senza spingersi oltre (favore per il cd. *narrow ruling* o *Judicial minimalism*), prediligendo lo sviluppo incrementalistico e graduale del diritto (cfr. B.W. HEINEMAN, *Great Judge, Great Justice*, <https://wapo.st/40s87sN>, 11 dicembre 1985). Si tratta di giuristi privi di una ben definita *judicial philosophy*, caratterizzati da un approccio metodologicamente pluralista, casistico-pragmatico, antidogmatico, proprio della tradizione di *common law*, con la preoccupazione centrale di rispettare il principio dello *stare decisis*, per preservare i sottesi valori di certezza, stabilità dei rapporti, prevedibilità, uniformità e affidamento.

sottoposti a *bilanciamenti flessibili* con i legittimi contro-interessi pubblici rilevanti¹⁰, consentendo ai giudici supremi mediante ragionamento analogico di espandere gli ambiti di protezione sostanziale della persona di caso in caso, conformemente alle evoluzioni e ai progressi sociali in atto. Giudici che sono certamente limitati e orientati in questo difficile compito dalla storia e dalla *tradizione giuridica*¹¹ nell'esercizio della loro ampia discrezionalità (che non può diventare soggettiva arbitrarità), ma non mai *vincolati rigidamente* alle prescrizioni normative del passato, che non sono dunque dispositive o dirimenti (piuttosto, rappresentano un mero punto di partenza, ancorché essenziale, nell'analisi costituzionale).

I precedenti *Roe* e *Casey* hanno operato in questo modo: sono stati costruiti mediante l'espansione analogica del contenuto di protezione precedentemente affermato nelle decisioni sul diritto al controllo della sfera riproduttiva della donna, sposata o meno (accesso agli e uso degli anticoncezionali)¹², le quali a loro volta originavano dal previo riconoscimento dei diritti di autodeterminazione nell'ambito familiare (matrimonio¹³, scelte nell'educazione dei figli¹⁴), nonché della tutela rispetto a

¹⁰ Contrariamente a quanto si afferma nella sentenza *Dobbs*, in base al *case law* consolidato non è affatto automatico che le azioni dei pubblici poteri limitative dell'esercizio di un diritto non enumerato che non sia profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione debbano superare soltanto un test minimale di razionalità per essere giudicate costituzionali. All'opposto, come è stato sottolineato (p. e. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 50 ss.; 68-69; J.H. CHOPER, S.F. ROSS, *The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process*, in *Journal of Constitutional Law*, 2018, 983 ss., 996-998), le misure incidenti su tali diritti impliciti sono state storicamente sottoposte a tipologie di scrutinio complesse e variabili, a forme di bilanciamento tra diritti individuali e interessi statali flessibili e differenziate, in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ambito dei test di proporzionalità tra raggiungimento dello scopo legittimo perseguito dalle misure e loro impatto sui diritti individuali, diffusi nelle giurisdizioni europee e sovranazionali. Il cd. *undue burden standard* elaborato in *Casey* per vagliare le limitazioni al diritto all'aborto funzionali a meglio proteggere il contro-interesse della tutela della vita prenatale prima della cd. *viability* (superando il più incisivo *strict scrutiny* imposto da *Roe*) rientra in questa eterogenea categoria, così come il cd. *rational basis test with bite* applicato per invalidare la fattispecie che criminalizzava i rapporti omosessuali in privato in *Lawrence* e molte altre forme di cd. *intermediate* o *heightened scrutiny* sul fondamento giustificativo delle leggi rispetto agli scopi perseguiti, rinvenibili p.e. nei succitati casi *Griswold*, *Obergeffell*, *Meyer*, *Pierce*. Come osservano i dissenzienti, l'adozione di un test rigido basato esclusivamente su storia e tradizione sembra implicare il rifiuto dell'idea stessa di bilanciamento giudiziale degli interessi confliggenti nel settore della regolamentazione dell'aborto, o forse in ogni altro contesto costituzionale (11-12, nota 1). Sul sistema dei cd. *tiers of review* nella giustizia costituzionale americana, v. *funditus infra* § 6, nota 102.

¹¹ Tradizione intesa però in senso necessariamente dinamico-evolutivo, e non misurata staticamente e rigidamente con esclusivo riferimento all'epoca del *Bill of Rights* (1791) o della ratifica del XIV Em. (1868). Nelle parole del secondo giudice Harlan: «*Il due process non è stato ridotto ad alcuna formula; il suo contenuto non può essere determinato con riferimento ad alcun codice. Il meglio che si possa dire è che nel corso delle decisioni di questa Corte ha rappresentato l'equilibrio che la nostra nazione, costruita su postulati di rispetto per la libertà dell'individuo, ha trovato tra questa libertà e le esigenze della società organizzata. Se l'attribuzione di contenuto a questo concetto costituzionale è stato necessariamente un processo razionale, di certo non è stato un processo in cui i giudici si sono sentiti liberi di vagare dove la speculazione non guidata li avrebbe portati. L'equilibrio di cui parlo è l'equilibrio raggiunto da questo Paese, tenendo conto di quelle che la storia insegna essere le tradizioni da cui si è sviluppato, nonché di quelle da cui si è distaccato. Questa tradizione è vivente. Una decisione di questa Corte che si discosti radicalmente da essa non potrebbe sopravvivere a lungo, mentre una decisione che si basa su ciò che è sopravvissuto è probabile che sia solida. Nessuna formula potrebbe sostituire, in questo campo, il giudizio e la moderazione*». Cfr. *Poe v. Ullman*, 367 U.S., 542. Si v. anche *infra* nel testo § 6, nota 97.

¹² Sentenze *Griswold*; *Eisenstadt*.

¹³ Sentenza *Loving*.

trattamenti tali da invadere la sfera intangibile dell'integrità del corpo (si pensi ad una gravidanza forzata). A loro volta, *Roe* e *Casey*, grazie alla loro forza generativa sul piano normativo, hanno costituito, in linea di coerenza logica, linfa vitale per le successive affermazioni giudiziali di ulteriori nuovi diritti ricavati per analogia: si pensi al diritto all'intimità in privato garantito agli omosessuali in *Lawrence*, poi sviluppatosi nel diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso in *Obergefell*.

La maggioranza in *Dobbs* sostituisce questa metodologia sedimentata con qualcosa di profondamente diverso, e, in definitiva, inconciliabile¹⁵.

Basandosi su affermazioni ricorrenti in pronunce riconducibili alla cd. *Incorporation* dei diritti fondamentali del *Bill of Rights* agli stati (originariamente tale da limitare solo l'azione del governo federale) e, soprattutto, sul precedente *Washington v. Glucksberg*, con il quale si affermò la costituzionalità di una legge dell'Oregon che sanzionava penalmente il suicidio medicalmente assistito dei malati terminali, la maggioranza asserisce che la metodologia corretta e consolidata per identificare le libertà fondamentali presidiate dal *due process* è *esclusivamente* ancorata alla e dipendente dalla storia e dalla tradizione giuridica. Queste ultime, per assicurare oggettività e limitare al massimo la discrezionalità giudiziale, debbono essere intese in termini *restrittivi*, quasi positivisticamente (si direbbe una sorta di Costituzione-codice) quali *concrete historical practices* configurate al massimo livello di specificità possibile¹⁶ (dunque, in sostanza, le fonti di *common law* rilevanti nella disciplina dell'aborto, ma soprattutto la *statutory law* statale vigente in materia al momento della ratifica del XIV Em., 1868). Ricostruito in tal modo lo standard di giudizio, la maggioranza applica tale cd. *history test* (ripetiamo, in precedenza minoritario, e finanche espressamente ripudiato, in giurisprudenza¹⁷), verifica che nel

¹⁴ Sentenze *Meyer*; *Pierce*.

¹⁵ Cfr. *Dobbs*, 14 ss., 25, 35-36.

¹⁶ A giudizio della maggioranza, soltanto i diritti «*implicit in the concept of ordered liberty*» e «*deeply rooted in this Nation's history and tradition*» considerate al momento della ratifica del XIV Em. possono trovare tutela nella *liberty* della *due process clause*, da identificare, secondo le seguenti rigide coordinate ermeneutiche: «*Il metodo consolidato dell'analisi del substantive due process ha due caratteristiche principali: in primo luogo, noi abbiamo osservato regolarmente che la clausola del due process protegge quei diritti fondamentali e quelle libertà che sono oggettivamente "radicate profondamente nella storia e nella tradizione di questa nazione" e "implicite nel concetto di libertà ordinata", così che "non esisterebbero né libertà né giustizia se esse venissero sacrificate" [...] in secondo luogo noi abbiamo richiesto nei casi relativi al substantive due process una "descrizione accurata" dell'interesse di libertà affermato*», cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S., 720-21, (1997).

¹⁷ Cfr. J. LEPORE, *The History Test. How Should the Courts Use History?*, all'URL <https://www.newyorker.com/magazine/2017/03/27/weaponizing-the-past>, 27 marzo 2017. Si v. oltre a *Glucksberg*, le sentenze *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) [overruled da *Lawrence v. Texas*]. Cfr. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 39, 220, secondo cui: «*Glucksberg è la decisione più importante del modern substantive due process soltanto per coloro che si oppongono e desiderano cancellare tale dottrina. Essa ha fornito un metodo di controllo del danno per i giudici conservatori che avversavano tali decisioni ma non disponevano dei voti necessari per annullarle e pertanto si sono dovuti accontentare di limitarne la portata*». Come statuisce la sentenza *Obergefell*, 671, sui matrimoni gay: «*Quandanche l'approccio del caso Glucksberg potesse essere appropriato con riferimento al diritto oggetto di giudizio in quel caso (suicidio medicalmente assistito), esso è incoerente con l'approccio che questa Corte ha utilizzato nel discutere di altri diritti fondamentali, tra cui il matrimonio e l'intimità*». Per una discussione critica della metodologia restrittiva nell'individuazione dei diritti fondamentali non enumerati in questi casi, fino a *Dobbs* minoritaria in giurisprudenza, v. volendo P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2017, 132 ss., spec. 171-79.

common law l'aborto era tendenzialmente criminalizzato dopo il cd. *quickening* (primo momento in cui il feto si muove), ma specialmente – lo step dirimente nel giudizio – che nel 1868 quasi tutti gli stati dell'Unione criminalizzavano tale pratica (v. appendice all'opinione di maggioranza, 79 ss.), che non può quindi costituire un diritto fondamentale profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione e implicito nel concetto di "libertà ordinata".

Se si abbraccia questa prospettiva (cd. *history test*), *Roe* e *Casey* – come probabilmente tutti gli altri *substantive due process cases* – sono state erroneamente decise e potrebbero dover essere *overruled* (nel caso in cui siano integrati gli ulteriori criteri per disporre il superamento di un precedente costituzionale, come ritiene la maggioranza in *Dobbs*).

Ma qui iniziano i problemi.

Come argomenta il parere contrario¹⁸, è assai difficile espungere i soli precedenti sul diritto all'interruzione della gravidanza senza minare alle fondamenta l'intero edificio concettuale della cd. *modern substantive due process jurisprudence*, con buona pace delle rassicurazioni della decisione della Corte e della *concurring* di Kavanaugh, trattandosi di una *judicial doctrine* organica, unitaria e costruita appunto progressivamente sul collegamento/ampliamento sistematico in via analogica tra sfere di libertà personale intimamente interconnesse tra loro, bilanciate poi con i contro-interessi pubblici legittimi rilevanti. Quanto al profilo di *differenziazione* che caratterizzerebbe il diritto all'aborto¹⁹, rendendolo unico sul piano etico e diverso rispetto agli altri – l'estinzione della vita prenatale²⁰ – anche a voler dare credito di buona fede alla maggioranza (ma l'opinione concorrente di

¹⁸ *Dobbs*, opinione dissidente, 4-6, 19-20, 21-30.

¹⁹ Può essere utile osservare, in prospettiva storica, che il *rapporto di analogia* tra diritto all'interruzione di gravidanza e altri diritti non enumerati desunti dal *due process* sostanziale relativi alla sfera intima, familiare e dell'integrità corporea è stata già effettuata in passato (da *Roe* nel 1973 in avanti) – ovviamente ad un diverso livello di intensità e secondo variabili considerazioni giuridiche e pragmatiche – da molteplici giudici di nomina repubblicana e democratica, e segnatamente: Douglas, Brennan, Stewart, Marshall, Burger, Blackmun, Powell, Stevens, O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer, Roberts, Sotomayor, Kagan. Tale valutazione di fondo, nel medesimo periodo, non è stata condivisa dai giudici White, Rehnquist, Scalia, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett. Il mero dato numerico stride con la sentenza *Dobbs* (39), ove si afferma che la dottrina del precedente vincolante: «*limita la judicial hybris e ci ricorda di rispettare il giudizio di coloro che si sono confrontati con importanti questioni nel passato*», citando N. GORSUCH, *A Republic, If You Can Keep It*, New York, 2019, 217: «*La dottrina del precedente è un modo di accumulare e trasmettere l'apprendimento delle generazioni passate, una fonte di saggezza consolidata più ampia di quella che può essere trovata in qualsivoglia singolo giudice o collegio di giudici*».

²⁰ *Dobbs*, 32, 37. La *ratio distinguendi* rispetto agli altri diritti impliciti addotta a giustificazione dell'*overruling* dalla maggioranza – l'estinzione della vita prenatale – si presta ad alcune critiche, risultando in certa misura "disorientante". Anzitutto, la decisione sembra accogliere una sorta di versione del cd. *Harm principle*, elaborato originariamente da John Stuart Mill e riformulato da Joel Feinberg (v. sul punto C. KAVENY, *The World Turned Upside Down: What's Up with the Harm Principle?*, in <https://balkin.blogspot.com/2022/10/the-world-turned-upside-down-whats-up.html>, 24 ottobre 2022). Ma la vita prenatale non ha *copertura costituzionale diretta* nel XIV Em. (il feto, pacificamente, in uno stato secolarizzato come la democrazia statunitense, non è, sul piano *normativo costituzionale*, una *persona* che può essere privata della vita). Si tratta piuttosto – al di là delle convinzioni morali e religiose di ciascun cittadino – come si è spiegato, di un «*indirect interest supported by both humanitarian and pragmatic concerns. [...] The State may also have a broader interest in expanding the population, believing society would benefit from the services of additional productive citizens—or that the potential human lives might include the occasional Mozart or Curie. These are the kinds of concerns that comprise the State's interest in potential human life*» (v. *opinion* del giudice Stevens in *Casey*, 914-15; analogamente anche

Thomas, che afferma la necessità di superare l'intera dottrina, induce ad essere scettici), esso non sembra un presidio in grado di garantire un argine effettivo contro futuri *overruling*.

Non foss'altro perché, proprio come l'ampliamento del contenuto di protezione delle previsioni costituzionali ed il connesso riconoscimento di nuovi diritti in sede giudiziale si sviluppa nel futuro in modi e secondo molteplici variabili imprevedibili al momento delle decisioni, parimenti operano la contrazione del significato normativo delle stesse previsioni e l'annullamento (*rectius* de-costituzionalizzazione federale) degli stessi diritti²¹.

In definitiva, l'impostazione radicalmente originalista/tradizionalista adottata in *Dobbs* – priva di solido supporto nel precedente – produce un esito inaccettabile in una liberal-democrazia costituzionale contemporanea moralmente pluralista: rende dispositiva – attraverso la de-costituzionalizzazione e la piena discrezionalità rimessa ai legislatori – oggi, nel 2022, la valutazione normativa sottesa al XIV Em. ratificato nel 1868, quando le donne non erano parte della comunità politica statunitense (il XIX Em., che attribuì il diritto di voto alle donne, fu come noto ratificato nel 1919). Come afferma l'opinione dissenziente, i diritti riproduttivi erano estranei al significato pubblico originario della *due*

l'opinion di Blackmun, 932). Può osservarsi poi che, nella giurisprudenza sui diritti fondamentali americana, argomentazioni (soltanto implicitamente) connesse all'*harm principle* sono state talvolta impiegate in decisioni espansive delle libertà individuali, come *Lawrence*, che censurò la criminalizzazione dei rapporti omosessuali in privato (volendo, v. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 131-135) o *Obergefell* che riconobbe il diritto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche sul presupposto che tali pratiche non determinano alcuna lesione dei diritti altrui. Proprio in questi casi, i giudici dissenzienti di orientamento conservatore (tra i quali Roberts, Alito, Thomas, ancora in carica), accusavano le maggioranze di imporre antidemocraticamente attraverso il *judicial review* una specifica filosofia libertaria basata sull'*harm principle*, tale da mettere in pericolo tutta la legislazione basata su nozioni di moralità tradizionale, paventando "chine scivolose" di liceizzazione di pratiche storicamente sanzionate penalmente (p.e. poligamia, incesto, zoorastia, consumo di stupefacenti, prostituzione), si v. rif. nota 27 *infra*. Per una confutazione di queste statuizioni, v. ora J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 149-170. Si noti quindi l'incoerenza: da un lato (in *Dobbs*) si conferma la legittimità costituzionale delle limitazioni legislative (anche nella forma di sostanziale annullamento) del diritto all'aborto, in ragione della *natura unica* di tale diritto, che diversamente dagli altri comporta la lesione di un contro-interesse (ancorché privo di rilevanza costituzionale); dall'altro, ci si oppone alle censure d'incostituzionalità di disposizioni che senza dubbio limitano delle sfere di libertà (la cui costituzionalizzazione, comunque la si veda, pare quanto meno più plausibile rispetto a quella della *potential life*), agitando lo spettro che dal riconoscimento di tali diritti si giunga a legittimare comportamenti lesivi per i diritti altrui. Implicitamente, in definitiva, pare dunque essere smentito (o quantomeno revocato in dubbio) l'elemento di fondo che, secondo *Dobbs*, distinguerebbe gli altri diritti non enumerati (intimità e matrimonio omosessuali) dall'aborto: l'insussistenza di una lesione dei diritti altrui, con tutte le conseguenze in punto di persuasività del *distinguishing*. In dottrina [C. KAVENY, *The World Turned Upside Down*, cit.], premesso che non è affatto chiaro come il riferimento implicito all'*harm principle* si inserisca coerentemente nella teoria costituzionale e nell'analisi del precedente della maggioranza di *Dobbs* e che, diversamente dalla prospettiva liberale, che tende a conferire una consistenza empiricamente verificabile al *social harm*, «*social conservatives are more inclined to recognize less tangible harms to morals and institutions, such as the losses involved in a broadening set of family structures, particularly order and stability*», si è osservato, rispetto alla possibile de-costituzionalizzazione del *same sex marriage*: «*Justice Alito defends leaving Obergefell untouched because, unlike abortion, the practice of same-sex marriage does not cause harm. But he leaves that claim unsupported by the citation of evidence. Social conservatives would beg to differ. So I began to wonder: Is Justice Alito actually inviting arguments by social conservatives that same-sex marriage has caused harm, so the right to marry someone of the same sex should be rolled back?*».

²¹ *Dobbs*, opinione dissenziente, 27-28.

process clause, semplicemente perché: «*People did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did. So it is perhaps not so surprising that the ratifiers were not perfectly attuned to the importance of reproductive rights for women's liberty, or for their capacity to participate as equal members of our Nation. Indeed, the ratifiers – both in 1868 and when the original Constitution was approved in 1788 – did not understand women as full members of the community embraced by the phrase "We the People" [...] Those responsible for the original Constitution, including the Fourteenth Amendment, did not perceive women as equals. When the majority says that we must read our foundational charter as viewed at the time of ratification (except that we may also check it against the Dark Ages), it consigns women to second-class citizenship*» (analoghe considerazioni valgono rispetto agli *statutes* vigenti all'epoca che criminalizzavano l'aborto, emanati da assemblee legislative composte da soli uomini).

2.2. Liberty together with Equality?

Quanto sopra osservato permette di segnalare brevemente quello che ci sembra il secondo vizio principale della sentenza *Dobbs*, collegato all'errore di metodo sopra descritto. L'opinione di maggioranza mostra di non (volere) comprendere²² affatto quanto sia importante il nesso logico-sistematico tra libertà della *due process clause* ed *equal protection clause* del XIV Em., che si rinforzano reciprocamente nel supportare il diritto di scelta della donna, come emerge dalle argomentazioni della sentenza *Casey*²³ (riprese e sviluppate dai dissenzienti in *Dobbs*), che valorizza appieno l'argomento della discriminazione di genere provocata da normative che impediscono completamente *ab initio* (salvo circoscritte eccezioni a tutela della salute e della vita della donna) l'esercizio del diritto di scegliere, entro certi limiti posti dalle legittime *regulation* statali, l'interruzione della gravidanza²⁴.

²² *Dobbs*, 10-11, cfr. le critiche di L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit.

²³ Come rilevano i dissenzienti in *Dobbs*, 23-24, sulla sentenza *Casey*: «*Anche la sentenza Casey ha riconosciuto la necessità di estendere la sfera costituzionale della libertà a un gruppo precedentemente escluso. La Corte capì allora, come la maggioranza di oggi non capisce, che gli uomini che ratificarono il Quattordicesimo Emendamento e scrissero le leggi statali dell'epoca non consideravano le donne come cittadini pieni e uguali. Una donna allora, scrisse la sentenza Casey, "non aveva capacità giuridica separata dal marito". Le donne erano viste solo "come il centro della vita domestica e familiare", senza "uno status giuridico pieno e indipendente ai sensi della Costituzione". Ma questo non poteva più essere vero secondo Casey: Lo Stato non poteva più insistere sulla "visione storicamente dominante del ruolo della donna". E la parità di cittadinanza, si rese conto la decisione Casey, era ineluttabilmente legata ai diritti riproduttivi. "La capacità delle donne di partecipare in condizioni di parità alla "vita della nazione" – in tutti i suoi aspetti economici, sociali, politici e legali – "è stata facilitata dalla loro capacità di controllare la propria vita riproduttiva". Senza la possibilità di decidere se e quando di avere figli, le donne non potevano – nel modo in cui gli uomini davano per scontato – determinare come avrebbero contribuito alla società che le circondava*». Ma v. anche, per l'importanza del principio di eguaglianza nelle motivazioni di *Casey*, pur a fronte di un *holding* "formalmente" di violazione solo della *due process clause*, le opinioni parzialmente concorrenti nel giudizio e parzialmente dissenzienti dei giudici Stevens (920) e Blackmun (928 e nt. 4).

²⁴ Come si è rilevato, la violazione del principio di eguaglianza non fu posta a fondamento di *Roe*, perché non era un argomento "culturalmente" disponibile allora, ovvero sia pienamente sviluppato nella cultura e nella società americana, nonché, di riflesso, nella giurisprudenza costituzionale coeva, e dunque poteva apparire come passo troppo radicale (rispetto alla *privacy*) nello sviluppo, necessariamente graduale, della *judicial doctrine*, cfr. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 178-182, ove ult. rif. alla copiosa letteratura americana che, dopo *Roe*, ha proposto di fondare il cd. *right to choose* sull'*equal protection clause*. Si vedano le ulteriori considerazioni nel testo, al § 7 e note 133-135.

2.3. Il *substantive due process* impone antidemocraticamente una specifica filosofia morale?

In terzo luogo, la *majority opinion* – pur non dichiarandolo apertamente – sembra concepire tutto il filone giurisprudenziale del *substantive due process* (e le decisioni sul diritto all'interruzione volontaria della gravidanza oggetto di *overruling*, in specie) come imposizione illegittima di preferenze filosofiche/ideologiche o intuizioni morali dei giudici di volta in volta in maggioranza, tale da usurpare indebitamente la funzione legislativa (e, dunque, sostituire le scelte espresse dal popolo mediante i rappresentanti eletti, in spregio alla separazione dei poteri). In particolare, si sostiene la riproduzione in tali pronunce dei macroscopici errori, del cd. *legislating from the bench*, commessi nella notoria *Lochner era* (ca. 1887-1937)²⁵, allorché la maggioranza conservatrice invalidava sistematicamente per vizio di irragionevolezza sostanziale la legislazione sociale sui salari minimi e sull'orario massimo di lavoro, secondo una concezione assolutistica della *liberty of contract*, basata su una filosofia politica ispirata al darwinismo sociale e al *laissez faire*, "incorporata" nel *due process* sostanziale (cd. *economic substantive due process*).

A giudizio della maggioranza in *Dobbs* (così come di altri giudici critici in passato verso tale dottrina, come Scalia²⁶ e Rehnquist, per esempio) a fondamento dell'usurpazione delle prerogative del popolo sovrano nell'ambito del cd. *Modern substantive due process* vi sarebbe una ulteriore e diversa "scuola di pensiero": l'assolutizzazione libertaria dell'autonomia individuale oltre i limiti legittimamente posti dall'ordine sociale e dalla legge²⁷.

²⁵ *Dobbs*, 14-15. Sulla differenza tra *economic substantive due process* e *modern substantive due process*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 127-147, nonché *infra* nel testo § 7.

²⁶ P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali*, cit., 171 ss.

²⁷ Si leggano ad esempio le critiche all'elevato "livello di generalità" con cui viene configurato il diritto di *privacy* enunciato in *Roe* o la "libertà di fare scelte intime e personali centrali per la dignità e l'autonomia personale", nella riformulazione di *Casey*, entro cui viene ricondotto il diritto all'aborto, fondate soprattutto sulle potenziali conseguenze in termini di liceizzazione di condotte lesive di diritti altrui derivanti da tale configurazione. *Dobbs*, 30-31, 32: «*While individuals are certainly free to think and to say what they wish about "existence," "meaning," the "universe," and "the mystery of human life," they are not always free to act in accordance with those thoughts. License to act on the basis of such beliefs may correspond to one of the many understandings of "liberty," but it is certainly not "ordered liberty"; "These attempts to justify abortion through appeals to a broader right to autonomy and to define one's "concept of existence" prove too much. Those criteria, at a high level of generality, could license fundamental rights to illicit drug use, prostitution, and the like. None of these rights has any claim to being deeply rooted in history*». Similmente, v. l'opinione dissenziente di Scalia in *Lawrence*, 599, decisione che affermò il diritto all'intimità in privato degli omosessuali: «*La legge del Texas cerca innegabilmente di promuovere la convinzione dei cittadini che certe forme di comportamento sessuale sono "immorali e inaccettabili", lo stesso interesse promosso dalle leggi penali contro la fornicazione, la bigamia, l'adulterio, l'incesto tra adulti, la bestialità e l'oscenità. La sentenza Bowers ha ritenuto che si trattasse di un legittimo interesse dello Stato. La Corte oggi giunge alla conclusione opposta. La legge del Texas, afferma, "non persegue alcun interesse legittimo dello Stato che possa giustificare la sua intrusione nella vita personale e privata dell'individuo". La Corte abbraccia invece la dichiarazione del giudice Stevens nel suo dissenso in Bowers, secondo cui "il fatto che la maggioranza in uno Stato abbia tradizionalmente considerato una particolare pratica come immorale non è una ragione sufficiente per sostenere una legge che proibisce tale pratica". Questo decreta di fatto la fine di tutta la legislazione morale. Se, come afferma la Corte, la promozione della moralità sessuale maggioritaria non è nemmeno un interesse legittimo dello Stato, nessuna delle leggi sopra citate può sopravvivere a uno scrutinio minimale di razionalità*». Anche l'opinione dissenziente del Chief Justice Roberts in *Obergefell v. Hodges*, -- U.S. ---, 135 S. Ct. 2584, 2622 (2015), in risposta agli argomenti della maggioranza secondo cui il riconoscimento del diritto di contrarre matrimonio agli omosessuali non avrebbe determinato alcuna lesione di diritti altrui:

Si consenta di rilevare che tale concezione della dottrina pare quanto meno miope: come è stato sostenuto²⁸, tale filone giurisprudenziale si caratterizza, all'opposto, per essere stato gradualmente sviluppato, prevalentemente in chiave di preservazione e, *non a caso*, da molti giudici tradizionalmente considerati, secondo i consolidati canoni della scienza politica, conservatori moderati – alcuni dei quali ammirati cultori del *judicial restraint* – o tutt'al più moderatamente progressisti (p. e. Stewart, Harlan II, Blackmun, Burger, Powell, O'Connor, Souter, Stevens, Kennedy).

Si è proceduto in tale ambito attraverso la ragionata estensione per analogia delle sfere di libertà individuale, soprattutto per riaffermare valori positivi tradizionalmente già consolidati e riconosciuti nella società come meritevoli di tutela secondo la (essenziale interpretazione) della Costituzione, ma adattandoli ed estendendoli anche a nuove istanze espresse "dal basso", dal corpo sociale, provenienti da gruppi storicamente svantaggiati o subordinati (come la rivendicazione dei diritti degli omosessuali in *Lawrence, Obergefell*) o, nel caso di *Roe* e *Casey*, la libertà e l'eguaglianza della donna (*i.e.* piena possibilità di partecipare nella società e di controllare la propria vita), che non riuscivano a trovare piena attuazione nel circuito politico-democratico²⁹.

«Quest'affermazione dell'"harm principle" suona meglio nella filosofia che nel diritto. L'innalzamento della più piena autorealizzazione dell'individuo al di là dei limiti che la società ha espresso tramite la legge può essere o non essere una filosofia morale appetibile [...] rispettare quella prospettiva richiede che la Corte sia guidata dal diritto, e non da nessuna specifica scuola di pensiero sociale. Come disse una volta il giudice Henry Friendly, riecheggiando l'opinione dissenziente del giudice Holmes in *Lochner*, il Quattordicesimo Emendamento non dà più attuazione a *On Liberty* di John Stuart Mill di quanto non dia attuazione a *Social Statics* di Herbert Spencer».

²⁸ Da ultimo J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., *passim*, con ult. rif.

²⁹ Come osservano D. NEJAIME, R. SIEGEL, *The Wages of Crying *Lochner!**, <https://bit.ly/3HY5R5d>, 20 ottobre 2022, «*Courts provided venues in which to circumvent deliberative blockages created by decades of criminalization and to open conversations about legitimate uses of the criminal law in private life. Ultimately, both women and LGBTQ people asserted liberty and equality-based claims to engage in the conduct that the law had long banned [...] courts protecting substantive due process rights in cases from *Griswold* to *Obergefell* were intervening in conditions of political inequality and stigma and were supporting the democratic participation of marginalized groups. When analyzed with attention to the background conditions confronting those who asserted constitutional liberty claims, we can see, [...] the Court's modern substantive due process decisions are, like equal protection decisions protecting racial minorities, examples of democracy-reinforcing judicial review*». Certamente si muove da una concezione assiologicamente pregnante (e non neutra) dei principi costituzionali di libertà ed eguaglianza in una democrazia costituzionale, e da una certa visione di moralità politica. Ciò che conferisce coerenza e legittimazione in una democrazia costituzionale moralmente pluralista al *due process* moderno, sostiene p. e. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., è che esso, letto "organicamente", garantisce le libertà essenziali per la «*democrazia deliberativa*», che consente alle persone di deliberare sulla «*giustizia delle istituzioni e delle politiche sociali di base*», e per l'«*autonomia deliberativa*», che permette alle persone «*di applicare la loro capacità di concepire il bene*» per deliberare e decidere «*come vivere la propria vita*» (37). Questi diritti costituiscono le «*precondizioni significative per l'autogoverno personale*» (42), che «*assicurano i presupposti affinché le persone possano prendere alcune decisioni fondamentali che riguardano il loro destino, la loro identità o il loro modo di vivere, indipendentemente dalle loro opinioni morali o religiose, senza essere costrette dallo Stato*» (146). Quanto ai criteri a disposizione della Corte nel complesso giudizio in materia, i diritti possono essere riconosciuti attraverso il processo del costituzionalismo di *common law* [«*That tradition is a living thing*», richiamando Harlan II] (117). Nel giustificare *Obergefell*, Fleming scrive che la Corte ha «*seguito e consolidato il cambiamento sociale che si è verificato attraverso i processi democratici e giudiziari*». I sondaggi dell'opinione pubblica (non diversamente da quanto avviene oggi in riferimento all'aborto) indicavano «*che la maggioranza della popolazione nazionale era favorevole al matrimonio per le coppie dello stesso sesso*». La Corte – nella difficile analisi – deve tenere in debita considerazione «*i processi di cambiamento costituzionale, compresi i mo-*

Al contrario, la volontà di *cancellare* questa dottrina, in ragione della ritenuta incompatibilità con i limiti istituzionali dell'ufficio giudiziario federale, dell'antidemocraticità intrinseca e del suo essere veicolo, a livello contenutistico/sostanziale, di una impostazione filosofica radicalmente individualista e libertaria è un dato *relativamente nuovo*, riconducibile a idee che iniziarono a circolare tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta negli ambienti giudiziari e accademici, e che caratterizzano i cd. *movement conservatives* (e sono collegate alla nascita ed alla affermazione delle varie teorie originaliste – p. e. *original intent; original public meaning; new originalism* – quale *reazione* politica e culturale all'attivismo giudiziale degli anni sessanta e settanta)³⁰.

Si tratta in effetti di giuristi che hanno sovente agitato lo spauracchio della dichiarazione di illegittimità di tutta la cd. *moral legislation*, quale probabile conseguenza dell'applicazione di una robusta componente di protezione sostanziale della *due process clause*³¹. Una “china scivolosa” (cd. *Slippery slope*) che ad oggi non si è mai realizzata, e che – aggiungiamo – ben difficilmente potrebbe verificarsi, alla luce del fatto che, come detto, alla base della linea giurisprudenziale in discussione e della sua progressiva estensione risiede soprattutto l'affermazione di valori positivi di per sé stessi dotati di copertura costituzionale e riconoscimento sociale (ancorché talora solo in via di consolidamento), e non la assoluta e incontrollata realizzazione dell'individuo oltre le forme e i limiti posti dall'ordinamento, ovvero a prescindere dalla/in opposizione alla direzione in atto nell'evoluzione della coscienza sociale³².

2.4. Una Costituzione neutrale?

Un ulteriore profilo di criticità risiede nella posizione più volte espressa sia dall'opinione di maggioranza sia, in particolare, dalla opinione concorrente di *Justice* Kavanaugh, secondo cui, stante il “si-

vimenti sociali, la desuetudine e l'abrogazione democratica delle leggi che vietano» una pratica, tutti elementi che dimostrano «*un consenso contemporaneo in evoluzione a favore di un particolare diritto*» (93). Le «*precondizioni per il cambiamento costituzionale*» includono «*i movimenti sociali, la desuetudine applicativa, l'applicazione infrequente e l'abrogazione democratica*» delle restrizioni ai diritti (81). Si noti che questa criteriologia, insuscettibile di essere ingabbiata in categorie positivistiche e tale da esaltare indubbiamente la “anima politica” del giudice costituzionale, si avvicina al metodo dell'*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society* applicato dalla Corte suprema nei casi relativi alle pene crudeli ed inusuali sotto l'VIII Em. (v. *infra* § 4), nonché, in certa misura, alla valutazione della “evoluzione della coscienza sociale” nella giurisprudenza costituzionale italiana (v. *infra* nt. 131).

³⁰ Sulla importante distinzione tra cd. *preservative conservatism*, orientamento al quale sono variamente ascrivibili la maggior parte degli alti magistrati di nomina repubblicana che hanno sostenuto la *modern substantive due process doctrine* (tra i quali quelli nelle maggioranze delle decisioni *Roe* e *Casey*) e cd. *counterrevolutionary conservatism*, al quale possono essere ascritti i giudici supremi oggi in maggioranza, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 11, 39, 69, 188, 217-18, nonché le riflessioni svolte *infra* diffusamente nel testo.

³¹ Cfr. *supra* nota 27.

³² È questo il motivo, p. e., per cui non pare del tutto condivisibile la posizione espressa dal *Chief Justice* Roberts nel parere contrario alla sentenza *Obergefell*, secondo cui la costituzionalizzazione del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso avrebbe aperto la porta alla censura delle normative che proibiscono la poligamia (oggi criminalizzata in tutti i 50 stati), eventualità improbabile oggi e nel futuro prossimo (per inesistenza di solida e diffusa rivendicazione nella società, anche in ragione dei ritenuti effetti lesivi sulle donne e sulla prole derivanti da tale pratica), J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 88-94, 165-69. Un discorso per certi versi analogo potrebbe farsi – *mutatis mutandis* e con diverse specificazioni – con riguardo ad altre pratiche come l'incesto, la bestialità, la prostituzione, il consumo di stupefacenti.

lenzio” della Costituzione, che non fa testuale menzione dell’aborto, la Corte dovrebbe mantenersi rigorosamente neutrale su una questione moralmente così divisiva e oggetto di profondo e sincero disaccordo tra i cittadini, spettando – in democrazia – al popolo attraverso i propri rappresentanti eletti nei parlamenti l’ultima parola sul bilanciamento dei contrapposti interessi nella regolamentazione della materia³³. A tali rilievi – difficilmente conciliabili con il tenore e il significato del IX Emendamento alla Costituzione³⁴ – potrebbe risponderci, ad esempio, che neppure le parole “matrimonio” o “contraccettivi” sono testualmente previste nella Carta fondamentale o nella Dichiarazione dei Diritti; così come non è previsto che la *freedom of speech* del I Em. protegga la condotta di chi brucia la bandiera a stelle e strisce, o che sia proibito condannare a morte un reo mentalmente disabile (e la lista potrebbe andare avanti a lungo)³⁵.

A prescindere dal dato testuale, dal significato pubblico originario delle norme costituzionali e dalla tradizione giuridica consolidata al tempo della ratifica, certe sfere sono sottratte alla disponibilità delle maggioranze politiche proprio perché rientrano nella protezione costituzionale, così come determinata attraverso un’elaborazione (necessariamente) complessa, critica e ragionata, della Corte – che corrisponde ad un preciso dovere giudiziale di interpretare la legge fondamentale – sul significato normativo delle previsioni costituzionali nello sviluppo dei precedenti.

In questa sfera protetta rientra(va) il diritto fondamentale della donna di scegliere se portare a termine una gravidanza o meno, pur nelle forme e negli stringenti limiti consentiti dalla regolamentazione legislativa statale posta a presidio dei legittimi contro-interessi rilevanti, su tutti la protezione della vita prenatale. Disconoscere questa realtà, e attribuire *integralmente* al legislatore la piena disponibilità del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, significa *imporre* (tramite la legislazione statale o federale) una particolare concezione morale sull’inizio della vita umana e nei fatti *costringere* un gran numero di donne a portare a termine gravidanze indesiderate, con enormi danni per loro, per le loro famiglie e, in ultima analisi, per la società.

³³ Per una aspra critica alla “retorica” della neutralità, v. *Dobbs*, opinione dissenziente, 20-21.

³⁴ Cfr. p. e. L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit., ove ult. rif.

³⁵ Fare leva sul silenzio testuale e sulla asserita neutralità assiologica della Costituzione è una argomentazione fragile, inconciliabile con il *case law* consolidato nei più disparati ambiti della giurisprudenza costituzionale statunitense, soprattutto relativo a norme-principio caratterizzate da eccedenza di contenuto assiologico (p. e.: *free speech, unreasonable searches and seizures, due process of law, equal protection of the laws, cruel and unusual punishment*). Conservano ancora oggi persuasività, p. e., le parole del giudice Blackmun nella sua *opinion* nella sentenza *Casey* (930-31), in risposta all’argomento testualista: «*Were this a true concern, we would have to abandon most of our constitutional jurisprudence. [T]he “critical elements” of countless constitutional doctrines nowhere appear in the Constitution’s text. The Constitution makes no mention, for example, of the First Amendment’s “actual malice” standard for proving certain libels, see New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). Similarly, the Constitution makes no mention of the rational-basis test, or the specific verbal formulations of intermediate and strict scrutiny by which this Court evaluates claims under the Equal Protection Clause. The reason is simple. Like the Roe framework, these tests or standards are not, and do not purport to be, rights protected by the Constitution. Rather, they are judge-made methods for evaluating and measuring the strength and scope of constitutional rights or for balancing the constitutional rights of individuals against the competing interests of government*»; v. anche le considerazioni sull’*undue burden standard* nell’opinione dissenziente in *Dobbs*, 33-34.

2.5. *Stare decisis* costituzionale

Inoltre, si mostra discutibile e problematica la analisi della Corte in punto di *stare decisis* costituzionale. In particolare – senza potere approfondire – il criterio del cd. *poor reasoning* (scadente qualità dell'iter logico-giuridico delle motivazioni) sembra essere indebitamente enfatizzato, a detrimento degli ulteriori indici rilevanti (p. e. l'impossibilità di applicare in modo coerente ed uniforme il precedente; nonché l'incompatibilità con altre *judicial doctrines* costituzionali); il *reliance interest* delle donne, ovvero sia l'affidamento sulla (ribadiamo, limitata) disponibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza in caso di insuccesso della contraccezione, con tutte le conseguenze che questo affidamento ha sulla effettiva possibilità di partecipare in condizioni di piena eguaglianza alla vita sociale ed economica della nazione, consolidatosi non poco nel corso di cinquant'anni, viene indebitamente svalutato e considerato privo di sufficiente concretezza e, in definitiva, inafferrabile³⁶. A ciò si aggiunge che la più parte dei precedenti citati dalla maggioranza, per dimostrare che lo *stare decisis* costituzionale non è un principio inderogabile, avendo numerosissime volte la Corte nella sua storia corretto propri precedenti errori, non si mostrano del tutto conferenti: vuoi perché nella stragrande maggioranza dei casi si tratta di *overruling* che hanno riconosciuto (e non de-costituzionalizzato) diritti individuali o innalzato il livello della loro tutela, all'opposto di *Dobbs*; vuoi (soprattutto) perché, come spiega l'opinione dissenziente – diversamente da altri *overruling* celebri invocati a sostegno dalla maggioranza³⁷ – nessun mutamento fattuale o della comprensione/significato della realtà fattuale relativa all'interruzione della gravidanza nella società è intervenuta nei trent'anni tra la sentenza *Casey* e la sentenza *Dobbs*, rendendo in qualunque modo obsoleta la valutazione effettuata nella prima decisione citata (un precedente “*sul valore del precedente*”).

2.6. Delegittimazione della Corte

Infine, possono considerarsi particolarmente problematici le modalità e la tempistica dell'*overruling*. *Dobbs* è frutto di una super-maggioranza conservatrice alla Corte suprema costituitasi, come noto, in maniera fortemente controversa, attraverso pratiche assai discutibili – in termini di forzatura dei meccanismi istituzionali – da parte della maggioranza repubblicana al Senato, nelle ratifiche dei tre giudici nominati da Donald Trump. Ciò ha determinato un documentato crollo di fiducia nei confronti dell'istituzione ed un inasprimento della (già da tempo molto forte) polarizzazione politica. Una pro-

³⁶ Si v. p.e. D. DWYER, *After Roe Ruling, is 'stare decisis' dead? How the Supreme Court's view of precedent is evolving*, <https://abcnews.go.com/Politics/roe-ruling-stare-decisis-dead-supreme-court-view/story?id=84997047>, 24 giugno 2022. Sulla svalutazione dei cd. *reliance interests* generati da *Roe* e *Casey*, e sui grandi costi sociali e umani che l'*overruling* di tali decisioni implica, v. p. e. N. VARSAVA, *Precedent, Reliance, and Dobbs*, di prossima pubblicazione in *Harvard Law Review*, 2023, consultabile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4152020. Per ulteriori considerazioni critiche sulla analisi in punto di *constitutional stare decisis* svolta in *Dobbs*, v. *infra* § 4 e nota 72.

³⁷ Segnatamente: *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), che superò *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) e con essa l'intera dottrina del cd. *Economic substantive due process* iniziata in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), scongiurando il cd. *Court packing plan* rooseveltiano; nonché *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), la celeberrima decisione con la quale si pose formalmente fine alla segregazione razziale nelle scuole statunitensi, superando la dottrina “*separate but equal*” avallata in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Si cfr. *Dobbs*, 40, 69-70, con *Dobbs*, opinione dissenziente, 43-47.

nuncia di questo tipo non può che delegittimare ulteriormente l'organo giudiziario federale di vertice, avvalorando le più ciniche valutazioni sul fatto che esso non si differenzi affatto, nel suo modo di operare, dalle due *political branches of government*³⁸.

3. I problemi istituzionali-strutturali, l'antidemocraticità e la lunga marcia del cd. *conservative legal movement*

Molti osservatori, anche in Italia, hanno espresso preoccupazione per una decisione che, senza iperboli, può essere definita sconvolgente³⁹.

Vale la pena osservare però, anzitutto, che essa – ben al di là della “bozza” fuoriuscita ad inizio maggio⁴⁰ – era preannunciata, in quanto frutto di istanze politiche e culturali assai radicate e risalenti, perseguite negli ultimi quarant'anni con grande determinazione (supportata da fiumi di dollari e instancabile attivismo politico-giudiziario: il cd. *conservative legal movement*⁴¹) e infine realizzate grazie a un *mix* di fattori.

³⁸ Come annuncia amaramente l'opinione dissenziente in *Dobbs*, 6: «*The Court reverses course today for one reason and one reason only: because the composition of this Court has changed [...] Today, the proclivities of individuals rule. The Court departs from its obligation to faithfully and impartially apply the law. We dissent*»; cfr. anche. *Mitchell v. W. T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 636 (1974) (Stewart, J., dissenting), «*A basic change in the law upon a ground no firmer than a change in our membership invites the popular misconception that this institution is little different from the two political branches of the Government. No misconception could do more lasting injury to this Court and to the system of law which it is our abiding mission to serve*». Tra i commentatori si è parlato di *institutional suicide* della Corte, v. N. FELDMAN, *Ending Roe is Institutional Suicide for Supreme Court*, in <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-24/supreme-court-abortion-ruling-in-dobbs-is-institutional-suicide>, 24 giugno 2022. Su questo essenziale profilo v. *amplius infra* §§ 6-8.

³⁹ Limitandosi alla dottrina italiana, si v. i commenti prevalentemente critici di L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere “egregiously wrong from the start”*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 32 ss.; C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, *ivi*; N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, *ivi*; C. DE SANTIS, “*Abortion is inherently different*”: *la Corte suprema USA sancisce l'overruling di Roe e Casey*, in *Diritti comparati blog*, 12 luglio 2022; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, *ivi*, 14 luglio 2022; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievi della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE ON LINE*, 13 luglio 2022; E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in www.questionegiustizia.it; S. DE VIDO, *Blessed be the fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in <http://www.sidiblog.org/2022/07/25/blessed-be-the-fruit-unanalisi-di-genere-della-sentenza-dobbs-della-corte-suprema-statunitense-alla-luce-del-diritto-internazionale-dei-diritto-umani/>, 25 luglio 2022. Cfr. anche *supra* nota 2 ove ult. rif.

⁴⁰ J. GERSTEIN, A. WARD, *Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows*, in <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>, 2 maggio 2022; v. le critiche di A.W. ALSCHULER, L.H. TRIBE, *Some Questions for the Alito's Five*, in <https://verdict.justia.com/2022/06/09/some-questions-for-the-alito-five>, 9 giugno 2022.

⁴¹ Cfr. S.M. TELESE, *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for the Control of the Law*, Princeton, 2008; in particolare, sull'overruling di Roe come “trionfo” a lungo agognato del *conservative legal movement*, e sui fattori politici che ne hanno “ritardato” il raggiungimento, cfr. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, bozza di prossima pubblicazione consultabile in <https://bit.ly/3x5LzAh>, 1 ss., spec. 9-16.

Tra questi si può annoverare, sul piano strutturale-istituzionale, la “obsolescenza” della disciplina costituzionale relativa a nomina presidenziale, ratifica senatoriale e, specialmente, mandato vitalizio dei giudici (“*during good behavior*”, art. III, sez. 1, Costituzione)⁴², non a caso oggetto di ampia discussione in chiave di riforma, e di studio da parte di una commissione presidenziale⁴³, che si è unita a fattori casuali, “errori” di valutazione nella scelta strategica sul *retirement* da parte di precedenti giudici supremi, “*constitutional hardball*”⁴⁴ dei repubblicani nel rifiuto di valutare la nomina di Obama nel 2016 (l'attuale *Attorney General* Merrick Garland), finendo per consegnare al Presidente Trump ben tre nomine di giudici supremi in quattro anni (Gorsuch, Kavanaugh, Barrett)⁴⁵.

Il risultato è una super-maggioranza conservatrice attuale della Corte Suprema profondamente disallineata dal paese reale/pubblica opinione americana, come forse di rado lo è stata nella sua storia, per quanto sempre approssimativi e inesatti possano essere i rilevamenti sul punto⁴⁶.

Questo anche perché nella elezione del Presidente – il fattore che dovrebbe garantire, sul lungo periodo, tramite il potere di nomina, la natura “non troppo antimaggioritaria” dell’operato della Corte – entrano in gioco ulteriori aspetti strutturali, come il sistema del collegio elettorale⁴⁷, che, attribuendo in proporzione maggior peso in termini di rappresentanza agli stati meno popolosi, tende a favorire il partito repubblicano⁴⁸.

⁴² Si v. in generale le riflessioni di S. CASSESE, *La Costituzione americana: debolezza di un modello*, in *Corriere della Sera*, 4 novembre 2020.

⁴³ Cfr. *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States. Final Report December 2021*, in <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf>. Sui lavori della commissione presidenziale v. nella dottrina italiana N. CEZZI, *La Corte suprema come problema*, in *Diritti comparati blog*, 3 maggio 2021; C. BOLOGNA, *La Commissione per la riforma della Corte suprema: gli Stati Uniti e il demos basileus*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 691 ss.

⁴⁴ Lett. “gioco sporco costituzionale”. L’espressione è di M. TUSHNET, *Constitutional Hardball*, in *J. Marshall L. Rev.*, 2004, 523 ss; v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 227-28.

⁴⁵ Senza contare, cosa assai rilevante *pro futuro*, i numerosissimi magistrati federali da lui nominati nelle corti d’appello e distrettuali, la pressoché totalità dei quali condivide l’impostazione originalista-testualista dei giudici supremi, v. R.R. RUIZ, R. GEBELOFF, *As Trump Leaves the White House, His Imprint on the Judiciary Deepens*, in <https://www.nytimes.com/2020/12/17/us/politics/trump-judges-appeals-courts.html>, 17 dicembre 2020.

⁴⁶ Si v. ad es., tra le molte ricerche convergenti sul punto, S. JESSEE, N. MALHOTRA, M. SEN, *A decade-long longitudinal survey shows that the Supreme Court is now much more conservative than the public*, in *PNAS*, 119, 24; cfr. anche M. SCHERER, *Supreme Court goes against public opinion in rulings on abortions, guns*, in <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/24/supreme-court-goes-against-public-opinion-rulings-abortion-guns/>, 24 giugno 2022.

⁴⁷ Cfr. p. e. F. TONELLO, *La grande truffa del sistema elettorale americano*, in *MicroMega*, 2020, 6, 164 ss.; D.M. WEST, *It’s time to abolish the Electoral College*, in <https://www.brookings.edu/policy2020/bigideas/its-time-to-abolish-the-electoral-college/>, 15 ottobre 2019.

⁴⁸ Si consideri, ad esempio, che i presidenti repubblicani eletti dal 1968 a oggi hanno nominato quindici dei venti giudici che sono stati confermati all’Alta Corte, sebbene si siano aggiudicati la maggioranza dei consensi elettorali nelle presidenziali soltanto in sei delle quattordici consultazioni svoltesi in questo periodo di tempo. Tale squilibrio, in rapporto al *voto popolare* dei cittadini dell’Unione, non è “compensato” neanche dalla conferma senatoriale, specialmente se, come ormai sempre avviene, vista l’exasperata polarizzazione politica, la votazione è divisa quasi interamente per linee partitiche tra repubblicani e democratici (v. p. e. le ratifiche delle nomine di Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett). Su questi aspetti cfr. *amplius* p. e. R. WHEELER, *Pack the Court? Putting a popular imprint on the federal judiciary*, in <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2019/04/03/pack-the-court-putting-a-popular-imprint-on-the-federal-judiciary/>, 3 aprile 2019; V.C. JACKSON, *Reflection on the Supreme Court, the Senate, and Sandy Levenson*, in *Balkanization*, 29 aprile 2022; E. GRANDE, *Le recenti sentenze della*

La Corte negli ultimi cinquanta anni è sempre stata “a destra”, ma perennemente controllata da giudici “moderati” (cd. *swing justices*, che sfuggivano a “incasellamenti” ideologici) sulle questioni socialmente ed eticamente più divisive⁴⁹.

Oggi non è più così.

4. Delegittimazione della Corte, originalismo e scenari di arretramento nella tutela dei diritti, oltre il diritto all’aborto e gli altri cd. diritti non enumerati (*privacy rights*): il “problema” dell’VIII Em.

Sono gravi i danni alla legittimazione dell’organo di garanzia e in sensibile calo la fiducia nel *rule of law* da parte dei cittadini statunitensi⁵⁰, fosche le prospettive future, in vari settori giurisprudenziali, che questa radicale e ampia virata *originalista*, o forse meglio dire *tradizionalista*⁵¹, potrebbe comportare.

Corte Suprema statunitense, cit.; come osserva J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 8: «il Partito Repubblicano è riuscito a mantenere e persino ad accrescere una maggioranza conservatrice della Corte Suprema, pur perdendo il suo status di partito di maggioranza negli Stati Uniti. Il Partito Repubblicano ha beneficiato della ripartizione sbilanciata dei seggi del Senato, che permette agli Stati meno popolati che tendono a votare repubblicani di avere un’influenza sproporzionata in Senato, e di conseguenza un’influenza sproporzionata sulle nomine giudiziarie. Inoltre, dal 2000, il Partito Repubblicano ha conquistato due volte la presidenza senza vincere il voto popolare nazionale. In effetti, dal 1992 in poi, il Partito Repubblicano ha vinto il voto popolare in un’elezione presidenziale solo una volta, nel 2004».

⁴⁹ Sulla nozione di “*swing justice*” v. K.M. MCGAVER, *Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in *Minn. L. Rev.*, 2017, 1247 ss.; N. DEVINS, *Substantive Due Process, Public Opinion, and the “Right” to Die*, in C. BRADLEY (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge (Ma.), 2005, 327 ss., 337, che osserva «I giudici “ago della bilancia” non hanno preferenze fisse e, in quanto tali, è più probabile che prestino attenzione alle opinioni degli ufficiali eletti, delle elites e del popolo americano». Per un approfondimento sulla *jurisprudence* del più celebre *swing justice* della Corte Suprema in tempi recenti (specialmente, dal 2005 al 2018), v. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 97 ss.

⁵⁰ Che si attestava, prima della sentenza *Dobbs*, attorno al 25%, cfr. J.M. JONES, *Confidence in the U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low*, <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>, 23 giugno 2022.

⁵¹ Sulla distinzione tra originalismo (specialmente nella più nota variante testualista dell’*original understanding* sostenuta e resa celebre soprattutto da Antonin Scalia, giudice associato della Corte, 1986-2016, sulla quale v. ora l’approfondito lavoro di G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, Torino, 2022) e approccio interpretativo storico/tradizionalista fatto proprio nelle recenti sentenze sull’aborto e sul diritto a portare armi in luoghi pubblici si cfr., con varietà di accenti, C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4145922; N. FELDMAN, *Supreme Court ‘Originalists’ Are Flying a False Flag*, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-07-17/supreme-court-s-conservative-originalists-are-flying-a-false-flag>, 17 luglio 2022. Per una riccamente argomentata analisi in chiave adesiva della crescente applicazione della metodologia interpretativa definita come *traditionalism*, soprattutto nel corso dell’*October Term 2021*, in diversi settori giurisprudenziali, v. M.O. DEGIROLAMI, *Traditionalism Rising*, di prossima pubblicazione in *Journal of Contemporary Legal Issues*, bozza consultabile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4205351.

Ciò anche ben oltre gli altri diritti cd. non enumerati fondati sulla medesima base normativa del *due process* sostanziale del XIV Em. (cd. *privacy rights*), la cui cancellazione⁵² è stata evocata esplicita-

Special Issue

⁵² Occorre invero precisare che Justice Thomas nella *concurring opinion* in *Dobbs* (3-4), coerentemente alla sua posizione originalista espressa in numerosi precedenti, pur ripudiando tutta la dottrina del *due process* sostanziale, lascia aperta la possibilità che alcuni diritti fondamentali non testualmente previsti dal *Bill of Rights* possano trovare protezione costituzionale nella cd. *privileges or immunities clause* del XIV Em.: «Dopo aver annullato queste decisioni palesemente errate, rimarrebbe da chiedersi se altre disposizioni costituzionali garantiscono la miriade di diritti che i nostri casi di substantive due process hanno generato. Ad esempio, si potrebbe considerare se uno qualsiasi dei diritti annunciati nelle cause sul substantive due process di questa Corte siano "privilegi o immunità dei cittadini degli Stati Uniti" protetti dal Quattordicesimo Emendamento. Per rispondere a questa domanda, dovremmo decidere importanti questioni preliminari, tra cui se la privileges or immunities clause protegga qualsiasi diritto che non sia enumerato nella Costituzione, e, in caso affermativo, come identificare tali diritti. Detto questo, anche se la clausola protegge i diritti non enumerati, la Corte dimostra in modo conclusivo che l'aborto non è uno di questi in base ad alcun approccio interpretativo plausibile». Per una formulazione più articolata della posizione di Thomas sul punto, che implicherebbe per essere accolta la radicale rivisitazione di precedenti assai consolidati [v. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873)] le sue *concurring opinions* nei recenti casi *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019) e, soprattutto, *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), cfr. al proposito p. e. J.R. WEAVER, *Privileges or Immunities: More Than a Nullity, But Not Boundless*, <https://fedsoc.org/commentary/fedsoc-blog/privileges-or-immunities-more-than-a-nullity-but-not-boundless>, 11 dicembre 2020.



mente dal giudice Clarence Thomas nella sua opinione concorrente in *Dobbs*⁵³ (tra gli altri: *gay rights*⁵⁴, uso anticoncezionali⁵⁵).

In un tempo non troppo lontano, Thomas poteva essere considerato giurista isolato ed eccentrico, oggi, “giudice anziano”, è invece, probabilmente, leader intellettuale ed ideologico della Corte⁵⁶.

Penso anche alla decisione del giorno precedente sull’ulteriore espansione del diritto a possedere e portare armi del II Em. ai luoghi pubblici⁵⁷ (con connessa riduzione dello spazio legittimo di *regulation* da parte degli Stati e delle autorità locali per prevenire la piaga della violenza connessa all’uso di armi da fuoco: qui non si trova traccia della *deference* nei confronti della discrezionalità politica dei legislatori statali, all’opposto “sacralizzata” in *Dobbs*⁵⁸, o anche alle recenti tendenze in materia di VIII Em., clausola che vieta pene crudeli e inusuali e manifestamente eccessive⁵⁹.

⁵³ Come visto sopra (v. note 20-21) La opinione di maggioranza in *Dobbs* *distingue* invece i precedenti sul diritto all’aborto rispetto a quelli, sui quali essi di fondano direttamente, relativi alla autonomia nelle scelte personali nella vita familiare, al matrimonio, all’uso di anticoncezionali, nonché all’invulnerabilità dell’integrità del corpo, oltreché quelli cronologicamente successivi riguardanti i diritti degli omosessuali ad intrattenere rapporti sessuali in privato e a contrarre matrimonio, facendo riferimento alla «*critical moral question*», propria soltanto dell’interruzione della gravidanza, che comporta la distruzione di una «*potential life*» o di un «*unborn human being*». Ciò renderebbe l’aborto “intrinsecamente differente”, e metterebbe al riparo gli altri precedenti da ulteriori *overturnings* (30-32, 66, 71-72). Come osservano lucidamente i dissenzienti, tuttavia, guardando anche alla *concurrence* di Thomas, arginare la logica espansiva del *reasoning* della sentenza della Corte in *Dobbs* è pressoché impossibile – con buona pace delle plurime rassicurazioni – alla luce della unitarietà logico-giuridica dell’intera elaborazione giurisprudenziale sui diritti costituzionali non enumerati (4-5): «*nessuno dovrebbe essere sicuro che questa maggioranza abbia finito il suo lavoro. Il diritto riconosciuto da Roe e Casey non è isolato. Al contrario, la Corte lo ha collegato per decenni ad altre libertà consolidate che riguardano l’integrità corporea, le relazioni familiari e la procreazione. Ovviamente, il diritto di interrompere una gravidanza è nato direttamente dal diritto di acquistare e utilizzare anticoncezionali. A loro volta, questi diritti hanno portato, più recentemente, ai diritti all’intimità e al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Sono tutti parte dello stesso tessuto costituzionale, che protegge l’autonomia decisionale sulle decisioni più personali della vita. La maggioranza (o, per essere più precisi, la maggior parte di essa) è ansiosa di dirci oggi che nulla di ciò che fa “mette in dubbio i precedenti che non riguardano l’aborto”. Ma come potrebbe essere? L’unica motivazione per ciò che la maggioranza fa oggi è che il diritto di abortire non è “profondamente radicato nella storia”: Fino alla sentenza Roe, sostiene la maggioranza, non si pensava che l’aborto rientrasse nella garanzia di libertà della Costituzione. Lo stesso si potrebbe dire, però, della maggior parte dei diritti che la maggioranza sostiene di non voler cancellare. La maggioranza potrebbe scrivere una decisione altrettanto lunga che dimostrasse, ad esempio, che fino alla metà del XX secolo “non c’era alcun supporto nel diritto americano per un diritto costituzionale di ottenere [contraccettivi]”. Quindi una delle due cose deve essere vera. O la maggioranza non crede davvero nel proprio ragionamento. O, se ci crede, tutti i diritti che non hanno una storia che risale alla metà del XIX secolo sono insicuri. O gran parte dell’opinione della maggioranza è ipocrisia, oppure altri diritti costituzionali sono minacciati. Delle due l’una». V. anche 19-30 del *dissent*.*

⁵⁴ *Lawrence v. Texas*; *Obergefell v. Hodges*.

⁵⁵ *Griswold v. Connecticut*; *Eisenstadt v. Baird*; *Carey v. Population Services International*.

⁵⁶ Sia permesso rinviare al nostro *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un’invettiva del giudice Thomas*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2018, 288 ss., ove ult. rif.

⁵⁷ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), su cui v. N.G. Cezzi, “Le origini sono un inizio che spiega”. *NYSRPA v. Bruen e il porto d’armi come diritto costituzionale tradizionale*, in *Diritti Comparati Blog*, 18 ottobre 2022.

⁵⁸ Si potrebbe spiegare questa “discrepanza” osservando che il diritto a possedere e portare armi è previsto espressamente dal testo del II Em. della Carta dei Diritti (diritto enumerato), contrariamente alla *privacy*. Tutta-

Attraverso la stessa metodologia *lato sensu* originalista, tramite quella che viene criticamente detta “*law office history*” (ricerca storica “amatoriale” da parte di giuristi)⁶⁰, si pretenderebbe anche in quest’ultimo ambito, similmente a quanto fatto in *Dobbs* – in nome della separazione dei poteri e della democrazia (*rectius*: di una visione rigidamente assoluta e incondizionata delle stesse, che peraltro si presta pure al sospetto di porsi “ad intermittenza”, a seconda cioè delle preferenze politiche dei *Justices* in maggioranza) – di annullare la discrezionalità giudiziale, garantire neutralità e oggettività nella *constitutional adjudication*, attribuendo significato certo e conclusivo a fonti storiche molto spesso equivoche e ambigue, sovente selezionate *ad hoc* tramite cd. *cherry picking* per ridurre il contenuto di garanzia delle previsioni costituzionali, “fissandolo” al 1791 (*Bill of Rights*, di cui fa parte l’VIII Em.) o al 1868 (anno in cui fu ratificato il XIV Em., la cui *liberty* della *due process clause* costituisce base normativa del diritto all’aborto)⁶¹.

via, se si considera la consolidata e risalente tradizione costituzionale di protezione dei diritti fondamentali non enumerati (v. p. e. A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit., § 3), e ci si avvede anche, dall’altra parte, che il diritto del II Em., quanto meno nella sua natura di diritto individuale della persona (e non, secondo la lettura tradizionalmente più accreditata, come *collective right* inestricabilmente connesso al servizio nelle milizie statali necessarie a scongiurare la tirannia del governo federale), è stato affermato per la prima volta soltanto nel 2008 (con la pronuncia assai innovativa *District of Columbia v. Heller*), le diverse modulazioni del grado di deferenza nei confronti delle determinazioni legislative non sembrano trovare grandi giustificazioni, se non nelle preferenze politiche dei giudici in maggioranza. Sulla fragilità delle tesi originaliste affermatesi in *Heller*, e sulla loro funzionalizzazione ad affermare “attivisticamente” – contro il precedente e contro le determinazioni legislative – un preciso orientamento politico dei giudici conservatori allora in maggioranza, v. ancora, volendo, P. INSOLERA, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A.*, cit., ove ult. rif.

⁵⁹ V. di recente *Bucklew v. Precythe*, 587 U.S. ____ (2019), estensore Gorsuch, in materia di metodi di esecuzione della pena capitale, che contiene *dicta* molto “aggressivi” sulla necessità di una interpretazione rigidamente originalista della clausola, incompatibile con il precedente consolidato, su cui v. criticamente J.D. BESSLER, *Bucklew v. Precythe: The Supreme Court’s Tortured Death Penalty Jurisprudence*, in *The George Washington Law Review – On the Docket*, 17 aprile 2019.

⁶⁰ Si possono richiamare, ad esempio, le critiche di J.P. STEVENS, *Associate Justice* dal 1975 al 2010, sui limiti di un’interpretazione costituzionale esclusivamente “storicistica”: «*l’affidamento sulla storia, anche quando l’interpretazione degli eventi passati è completamente accurata e indiscussa, fornisce una guida insufficiente per comprendere il significato della nostra Costituzione. Dovremmo tenere a mente che anche se noi ci affidiamo molto – come dovremmo – alla saggezza dei singoli giudici nel prendere innumerevoli decisioni che interpretano e applicano regole di diritto, i giudici sono storici meramente amatoriali. Le loro interpretazioni degli eventi passati, come l’interpretazione della storia legislativa, sono spesso discutibili e a volte semplicemente sbagliate. L’analisi storica è solitamente rilevante e interessante, ma essa è uno soltanto dei numerosi criteri guida per un saggio giudizio*». Cfr. J.P. STEVENS, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, 222-223.

⁶¹ Secondo C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema*, cit., «*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*».

Nei prossimi anni potremmo così assistere, in ipotesi, all'*overruling*, o comunque allo "svuotamento"⁶², di precedenti che, ad esempio, vietano la condanna a morte e l'esecuzione dei minori o dei disabili mentali, fondati su letture della Carta apertamente *dinamico-evolutive*, fino ad oggi consolidate (come d'altra parte era *Roe v. Wade* del 1973, ripetutamente riaffermata in seguito⁶³), antitetiche a quella rigidamente storica e originalista sostenuta dai magistrati oggi in maggioranza.

Vale la pena soffermarsi un attimo su questo punto, di grande importanza dalla prospettiva penalistica.

Si pensi in primo luogo al fatto che tutte le decisioni della Corte che pongono limiti costituzionali di proporzionalità sostanziale alla pena capitale (cd. *capital* o *categorical proportionality doctrine*), escludendo categoricamente, in quanto manifestamente eccessiva, l'applicazione dell'estrema sanzione nei confronti di varie "categorie di rei" (minori⁶⁴, disabili mentali⁶⁵) e per "tipologie di reato" (escludendo di fatto tutti i reati diversi dall'omicidio volontario⁶⁶), nonché le sentenze che vietano l'ergastolo senza possibilità di *parole* nei confronti dei condannati per reati diversi dall'omicidio commessi da minorenni⁶⁷ (o anche per l'omicidio, se l'ergastolo è *mandatory*, previsto in via di automatismo per legge⁶⁸), sono frutto di una progressiva elaborazione giurisprudenziale fondata su una metodologia interpretativa spiccatamente dinamico-evolutiva (*ex se* anti-originalista, riconducibile al giudizio costituzionale per valori, cd. *moral reading* o *living constitution*), oggi consolidata⁶⁹.

Ora, qui non si vuole certo sostenere che è scontato o automatico che questa giurisprudenza, relativa ad un'altra clausola costituzionale, la cui interpretazione è *independente* rispetto al cd. *due process*

⁶² La protezione contro le pene manifestamente eccessive, in particolare rispetto all'ergastolo senza possibilità di *parole* nei confronti di soggetti condannati per omicidi commessi da minorenni, è stata significativamente indebolita dalla maggioranza conservatrice nella recente decisione *Jones v. Mississippi*, 593 U.S. (2021), sulla quale v., volendo, F. COPPOLA, P. INSOLERA, *Ergastolo senza possibilità di parole irrogato a minorenni sotto l'VIII Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Un'analisi critica alla luce della pronuncia della Corte Suprema Jones v. Mississippi 593 U.S. __ (2021)*, in *Ind. pen.*, 2022, 204 ss.

⁶³ Sui dati di "contesto politico" e sulla correlata composizione della Corte con magistrati prevalentemente di nomina repubblicana, ma non tutti riconducibili al cd. *conservative legal movement* (si pensi alle nomine di O'Connor e Kennedy negli anni '80 da parte di Reagan e a quella di Souter da parte di Bush padre nel 1990), che hanno precluso per lungo tempo il superamento di *Roe* e la auspicata de-costituzionalizzazione del diritto all'aborto, ad esempio nella nota sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992, v. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 12-13.

⁶⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)

⁶⁵ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)

⁶⁶ *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982) *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008)

⁶⁷ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010)

⁶⁸ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012)

⁶⁹ Sviluppata a partire dal notissimo precedente della Corte Warren, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958), ove si stabilì che «*the Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*», essendo la previsione costituzionale posta a presidio antimaggioritario del supremo valore della dignità umana, da interpretarsi inevitabilmente in maniera flessibile, a seconda delle istanze e delle tendenze emergenti nella società americana. Su questo corposo e consolidato filone di precedenti v. autorevolmente C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death. The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge (Ma)-London, 2016, 163-165, 272 ss., 304 ss.; K. GREENAWALT, *Interpreting the Constitution*, New York, 2015, 107-133; nella dottrina italiana, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, spec. 6-15, 24-30.

sostanziale⁷⁰, sarà in un futuro prossimo indebolita o finanche ribaltata dalla maggioranza conservatrice attuale.

Ben può essere, all'opposto, che in un ipotetico caso futuro, diversamente da quanto avvenuto per il diritto all'aborto in *Dobbs*, non si ritengano soddisfatti i molteplici criteri relativi allo *stare decisis* costituzionale necessari per disporre l'*overruling*.

Tuttavia, come l'aspro confronto tra opposte tesi sullo *stare decisis* della maggioranza e dei dissenzienti nella sentenza *Dobbs* da ultimo ben dimostra⁷¹, l'ampissimo margine di discrezionalità nella valutazione di tali fattori, di cui giocoforza gode in via esclusiva la (maggioranza della) Corte, non garantisce affatto tale esito "conservativo" del precedente (*a fortiori* se la versione dello *stare decisis* costituzionale è assai "debole", come quella accolta in *Dobbs*⁷²).

Si potrebbe però osservare – cercando rassicurazioni – che il "contesto politico" nel quale è maturata la decisione che ha annullato il diritto costituzionale federale all'aborto e quello del diritto penale sanzionatorio sono sensibilmente diversi.

Nel primo caso, connotato da una selvaggia e perdurante polarizzazione politica che, a partire da *Roe* nel 1973, è andata intensificandosi costantemente, senza mai attenuarsi; nel secondo ambito, invece, raggiunto un picco di "punitivismo" e di supporto diffuso a politiche cd. *tough on crime*, collocabi-

⁷⁰ Si tratta di una "indipendenza" relativa, che necessita alcune precisazioni. Entrambe le previsioni costituzionali (componente sostanziale della *due process clause* del XIV Em. e *cruel and unusual punishment clause* dell'VIII Em.) pongono naturalmente limiti sostanziali alla discrezionalità politica dei legislatori statali e del Congresso nell'esercizio del potere di criminalizzare e punire, a tutela di diritti fondamentali dell'individuo. A conferma del collegamento sistematico tra le due norme, si osservi ad esempio come l'VIII Em. sia stato talvolta utilizzato dalla Corte, seppur in tempi risalenti, per invalidare norme penali precettive (si direbbe) irragionevoli rispetto allo scopo e non soltanto quantificazioni sanzionatorie eccessive rispetto al disvalore del reato, v. ad es. *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), che censura la criminalizzazione del mero *status* di tossicodipendente (una condotta materialmente inoffensiva, diremmo). Dall'altro lato, si osservi come alcuni dei più celebri *substantive due process cases* riguardino l'invalidazione di scelte legislative di criminalizzazione irragionevoli rispetto allo scopo (*Griswold, Roe, Lawrence*). Si noti dunque come la svolta in senso storico-tradizionalistico e restrittivo nel test applicato in *Dobbs* abbia conseguenze significative anche in materia penale, rappresentando un indebolimento dello statuto costituzionale di garanzia, del quale peraltro vi erano già stata avvisaglia in precedenti decisioni, cfr. *Kahler v. Kansas*, 589 U.S. ____ (2020), che applica un cd. *history test* simile a quello di *Dobbs* e ritiene conforme al *due process* sostanziale una disposizione del Kansas *de facto* abolitiva della *insanity defense* (causa di esclusione dell'imputabilità), facendola dipendere esclusivamente dall'eventuale insussistenza dell'elemento soggettivo del reato. Criticamente sulla decisione si può vedere *amplius* F. COPPOLA-P. INSOLERA, *Sulla (mancanza) di protezione costituzionale dell'insanity defense negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2021, 87 ss.

⁷¹ Si cfr. *Dobbs*, opinione della Corte, 39-72 con *Dobbs*, opinione dissenziente, 30-61.

⁷² Versione "debole" della dottrina del precedente costituzionale vincolante – tutta sbilanciata sul fattore della "quality of precedent's reasoning" – "anticipata" dalla decisione, redatta dallo stesso Alito e condivisa da altri quattro giudici di nomina repubblicana, *Janus v. AFSCME*, No. 16-1466, 585 U.S. ____ (2018), su cui v. B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, Report del Congressional Research Service, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>, 24 settembre 2018, 12-13; criticamente M. GENTILES, *Will Dobbs (and Janus) Overrule Stare Decisis?*, in <https://bit.ly/3DJ3Gjk>, 10 maggio 2022. Invero, se il vaglio per stabilire la vincolatività di un dato precedente dipende soprattutto dalla ritenuta *grave errore* della motivazione e dagli *effetti dannosi* dello stesso, svalutando o comunque sminuendo l'importanza degli altri criteri rilevanti (*Workability of the Precedent's Rule or Standard; Whether the Precedent Is Inconsistent with Related Decisions; Whether There Is a Changed Understanding of Relevant Facts; Reliance on the Precedent*), la dottrina dello *stare decisis* rischia di diventare un vincolo alla discrezionalità giudiziale soltanto virtuale.

le grossomodo nei primi anni del XXI secolo, si è gradualmente sviluppato, negli ultimi quindici anni circa, preso atto dei fallimenti morali ed economici dell'incarcerazione di massa, un vasto e variegato movimento di supporto politico *bipartisan* alla cd. *criminal justice and sentencing reform* (ancorché “frenato” dalla recrudescenza della criminalità violenta in alcune aree urbane seguita alla pandemia e dai problemi di ordine pubblico connessi alle proteste scatenate dall'uccisione di George Floyd)⁷³. Parimenti, la pena capitale, dopo il “via libera” della Corte nel 1976⁷⁴ e un successivo aumento nella frequenza delle condanne e delle esecuzioni culminato sul finire degli anni '90 del XX secolo, ha visto diminuire costantemente i propri numeri, divenendo di fatto sempre più rara e concentrata in poche contee a livello geografico⁷⁵. A livello politico, anche tra i repubblicani non mancano oggi convinte voci abolizioniste⁷⁶.

Questi dati di “contesto politico” fanno forse sembrare più improbabile l'ipotesi di un futuro mutamento giurisprudenziale netto in questo, diverso, settore giurisprudenziale.

Ciononostante, se è vero – come ci avverte la maggioranza in *Dobbs*, nel ripudiare espressamente un aspetto essenziale della più robusta “formulazione” dello *stare decisis* articolata in *Casey* per confermare la sentenza *Roe* – che la Corte non può essere minimamente influenzata nell'esercizio del *judicial review* dalla *public opinion* o dalla valutazione delle conseguenze potenziali delle proprie decisioni nella società (*i.e.* dalla percezione che i cittadini hanno delle stesse, dell'organo, del suo operato, della sua “integrità” quale applicatore tecnico e neutrale delle regole di diritto, in grado di garantire stabilità normativa, a prescindere delle variabili opinioni politiche delle maggioranze di giudici che fisiologicamente si alternano⁷⁷), e se è vero che la dottrina costituzionale della proporzionalità della pena è edificata su una metodologia interpretativa evolutiva, sovente individuata come bersaglio polemico dai giudici di orientamento conservatore/originalista, quale esemplificazione paradigmatica di illegittimo “attivismo giudiziale” progressista antidemocratico (cd. *legislating from the bench*), proprio come *Roe v. Wade*⁷⁸ – se è vero, come credo si possa affermare, tutto ciò – è quanto

⁷³ V. in una letteratura vastissima, da ultimo, l'interessante raccolta di saggi brevi curata dal *Brennan Center For Justice*, intitolata *Punitive Excess* e disponibile all'URL https://www.brennancenter.org/series/punitive-excess?_ga=2.71308307.1058125125.1661771067-1926937139.1658411074.

⁷⁴ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), che confermò la costituzionalità di diverse normative statali che subordinavano l'applicabilità dell'estrema sanzione all'accertamento di circostanze aggravanti dell'omicidio tassativamente definite in sede legislativa (cd. *Guided discretion approach*), ritenute tali da rimediare alla arbitrarietà applicativa precedentemente censurata in *Furman v. Georgia*, dando origine a quell'imponente e complessa elaborazione giurisprudenziale che si suole chiamare *Super due process of death*, in quanto prevede garanzie costituzionali procedurali inapplicabili nel settore delle pene carcerarie, cfr. C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., *passim*.

⁷⁵ V. S. BREYER, *Against the Death Penalty*, J.D. BESSLER (ed.), Washington D.C., 2016, 78.

⁷⁶ V. p. e. <https://conservativesconcerned.org/>.

⁷⁷ *Dobbs*, opinione della Corte, 66-69.

⁷⁸ V. ad esempio, tra le moltissime, la aggressiva opinione concorrente di Scalia in *Glossip v. Gross*, 576 U.S. 863 (2015) – in risposta alla opinione dissenziente estesa da Breyer e sottoscritta da Ginsburg che sollecitava una rivalutazione complessiva della costituzionalità della *death penalty* – secondo cui *Trop v. Dulles* ha segnato la genesi «della proliferazione di labirintiche restrizioni alla pena capitale, promulgate da questa Corte in forza di un'interpretazione dell'Ottavo Emendamento che le diede autorità di divinare “gli standard di decenza in evoluzione che segnano il progresso di una società in via di maturazione”, un compito per il quale siamo eminentemente inadatti [...] Quel caso ha causato più danno alla nostra giurisprudenza, al nostro sistema federale, e alla nostra società, rispetto ad ogni altro che mi possa venire in mente», ma posizioni analoghe sono state ripetute

meno lecito provare una certa preoccupazione rispetto alla futura possibilità di “tenuta” di questa consolidata *judicial doctrine* di garanzia.

Non è una coincidenza che in una recente intervista (si noti, dettaglio di non poco conto, precedente alla sentenza *Dobbs*), una delle studiosi americane più autorevoli della pena capitale, Carol Steiker, ha affermato che è *possibile*, seppur improbabile, che l'*evolving standards of decency test* e la *capital proportionality doctrine*, che ne costituisce la progenie giurisprudenziale, possano essere in futuro cancellate dall'attuale maggioranza della Corte tramite *overruling*, aggiungendo che è più verosimile ipotizzare un indebolimento/erosione graduale della dottrina, o nella migliore delle ipotesi, un mantenimento dello *status quo* giurisprudenziale⁷⁹.

Si tratta dunque di scenari davvero inquietanti, ma concretamente possibili. Essi – occorre rilevare in conclusione – potrebbero essere forse scongiurati nell'ipotesi (invero piuttosto remota, almeno a parere di scrive) in cui l'attuale maggioranza conservatrice apra in futuro alla possibilità di interpretare espansivamente il divieto di pene crudeli e inusuali su basi originaliste (e non evolutive), riconoscendo nell'*original public meaning* della parola *cruel* un divieto di pene manifestamente sproporzionate in rapporto al disvalore del reato, conformandosi alle indicazioni di parte della dottrina⁸⁰.

5. Ancora sulla sentenza *Dobbs* e sull'avversione nei confronti dei giudizi di bilanciamento nel sindacato di costituzionalità da parte della maggioranza attuale della Corte Suprema

Tornando alla pronuncia sull'aborto, credo che la sentenza *Dobbs*, da italiani, oltre a ricordarci che i diritti e la democrazia non sono mai scontati e che bisogna sempre sorvegliare e prendersene cura, ci rammenti una volta di più quanto enorme e impattante sia lo strumento (pur essenziale) del controllo di costituzionalità (*judicial review*). Esso richiede, per funzionare efficacemente ed evitare abusi, il

tamente assunte dai giudici ancora oggi in servizio Thomas, Alito, e, possiamo ragionevolmente ipotizzare, vista la loro *judicial philosophy* originalista-testualista, potrebbero essere condivise in futuro da Gorsuch, Kavanaugh, Barrett. Ben potrebbero questi giudici ritenere tutta la *line of cases* succitata «*egregiously wrong*» e «*demonstrably erroneous*», in quanto priva di ogni fondamento nel testo della Costituzione, che prevede espressamente la pena capitale e riserva in via esclusiva agli Stati sovrani ogni valutazione sulla sua regolamentazione (ed eventuale limitazione).

⁷⁹ Si v. intervista di A. COHEN a C. STEIKER, *The Eighth Amendment, the Death Penalty, and the Supreme Court*, in <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/eighth-amendment-death-penalty-and-supreme-court>, 22 febbraio 2022. Si v. pure L. BRONNER, A. THOMSON-DEVEAUX, *Want To Know Where The Supreme Court Goes Next? Look At Alito's And Thomas's Dissents*, in <https://fivethirtyeight.com/features/want-to-know-where-the-supreme-court-goes-next-look-at-alitos-and-thomass-dissents/>, 20 luglio 2022.

⁸⁰ Si v. tra tutti le teorie di J.F. STINNEFORD, *Back to the Future: Originalism and the Eighth Amendment*, in M.J. RYAN, W.W. BERRY III (eds.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, New York, 2020, 28 ss., ove ult. rif. Si noti tuttavia che la auspicata possibilità di rileggere in chiave originalista il senso e la portata della *cruel and unusual punishment clause* per rafforzare lo statuto costituzionale di garanzia, riconoscendo un divieto di pene evidentemente sproporzionate, si scontra non soltanto con la giurisprudenza assai consolidata, costruita integralmente su opposte basi metodologiche evolutive (cd. *living constitution*), cui si è fatto cenno sopra, ma anche con il fatto che l'argomento originalista-testualista in rapporto a tale previsione costituzionale è stato quasi sempre utilizzato in passato per negare la sussistenza di una protezione costituzionale contro le pene eccessive (capitale e detentive), effettivamente non contemplata dal testo della clausola, cfr. p. e. in questo senso la *plurality opinion* di Scalia (condivisa dal Presidente Rehnquist) in *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991), sulla quale v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 20-23.

rispetto di delicati equilibri istituzionali, grande cautela e autolimitazione, nonché senso di altissima responsabilità, da parte non solo di chi lo esercita direttamente, ma anche di tutti gli *attori politici* che contribuiscono alla formazione ed al funzionamento dell'organo⁸¹.

Ancora, la politica come sede più appropriata per compiere scelte etiche e proteggere i diritti, vorrebbe dirci la maggioranza della Corte in *Dobbs*, restituendo i bilanciamenti in via esclusiva ai legislatori statali.

Ma se la politica ormai è ridotta a sterile scontro ideologico e identitario, spesso bloccato e incapace di trovare mediazioni e agire per il bene comune dei cittadini, siamo sicuri sia stata una buona idea riportare la questione nel circuito democratico-rappresentativo?

La forma di *balancing* costituzionale (cd. *undue burden test*) che vigeva, fino a ieri, per vagliare la costituzionalità delle misure limitative del diritto di scelta della donna, a tutela dell'interesse della vita prenatale, era certamente imperfetta, molto discrezionale, incerta e malleabile (questo gli originalisti lo detestano⁸²), ma aveva funzionato dignitosamente, garantendo un livello minimo accettabile di protezione uniforme su scala nazionale, nonostante le spinte criminalizzanti in molti stati.

Si noti poi un aspetto estremamente significativo per capire l'evoluzione storico-politica complessiva: tale *balancing test* era stato elaborato nella *plurality opinion* della sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992⁸³, che riaffermò *Roe*, pur limitandone la portata, da tre giudici supremi *di nomina repubblicana*⁸⁴: O'Connor, Kennedy, Souter; si veda, dunque, come lo sforzo di diffusione di idee nelle università, *think tanks* e l'"indottrinamento", che richiamavo in apertura, in relazione all'approccio originalista – il cd. *conservative legal movement* – abbia finalmente raggiunto uno dei propri obiettivi principali, raccogliendo i tanto attesi "frutti maturi".

Giuristi moderati e *ragionevolmente pluralisti* nei metodi interpretativi, aperti al compromesso e alla mediazione, a valutazioni pragmatiche sulle conseguenze reali delle pronunce sulla vita delle perso-

⁸¹ Senso di responsabilità e delle istituzioni che, credo, difficilmente possa sostenersi abbia costituito la "busso-la" della amministrazione Trump e della maggioranza repubblicana al Senato tra il 2017 e il 2021, cfr. p. e. l'analisi di E. GRANDE, *USA, Kavanaugh alla Corte Suprema: verso una dittatura Trump?*, in *Micromega*, 8 ottobre 2018; EAD., *Amy Coney Barrett nel dilemma democratico*, in www.questionegiustizia.it, 27 ottobre 2020.

⁸² Come avvisa la opinione della Corte nella decisione *Bruen* sopra richiamata (16), relativa al diritto ad essere armati in luoghi pubblici per scopi di autodifesa personale, che applica – ripudiando lo standard di giudizio pre-vigente di bilanciamento tra limitazione all'esercizio del diritto a portare armi e ragionevole perseguimento da parte dell'autorità pubblica degli scopi legittimi di protezione della sicurezza pubblica e prevenzione della violenza nelle aree urbane (una forma di cd. *intermediate scrutiny*) – uno standard basato sul testo del II Em. e sulla tradizione storica di precedenti forme e livelli di limitazione legislativa del diritto, da estendersi "per analogia" alle restrizioni attuali, verificandone la conformità alla tradizione: «*reliance on history to inform the meaning of constitutional text — especially text meant to codify a pre-existing right — is, in our view, more legitimate, and more administrable, than asking judges to "make difficult empirical judgments" about "the costs and benefits of firearms restrictions," especially given their "lack [of] expertise" in the field*». Nella opinione dissenziente alla sentenza *Dobbs*, che parimenti ha rigettato il test di bilanciamento giudiziale tra esercizio del diritto di scelta della donna e protezione della vita del nascituro elaborato in *Casey*, per sostituirlo con un *history test* rigido basato esclusivamente sulla tradizione storica di protezione del diritto al massimo livello di specificità, si afferma icasticamente «*To the majority "balance" is a dirty word, as moderation is a foreign concept*» (12).

⁸³ Decisione *Casey*, che aveva confermato la sentenza *Roe*, costituendo dunque un cd. "*precedent on precedent*", parimenti superato dalla sentenza *Dobbs*.

⁸⁴ Per apprezzare ancora oggi la saggezza e l'equilibrio di quella soluzione di compromesso è istruttivo rileggere le belle pagine di J. TOOBIN, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, 2007, 57 ss.

ne, sono oggi quasi estinti di fatto, in un contesto che non è eccessivo definire radicalizzato. E come ha scritto Cassese⁸⁵, l'opinione della Corte in *Dobbs*, ripudiando il compromesso, la mediazione, la cautela, l'autolimitazione – dei quali si trova traccia unicamente nel parere separato del Presidente Roberts che, ormai “isolato”, ha perso la “sua” Corte nel caso verosimilmente più importante della *life tenure*⁸⁶ – ripudia l'essenza della giustizia costituzionale ben amministrata.

Oggi negli U.S.A. assistiamo a violazioni diffuse dell'autonomia e della dignità e diminuzione dello status di pieni cittadini di milioni di donne americane, specialmente di minoranze e meno abbienti⁸⁷, e si ha una politica se possibile ancora più selvaggiamente polarizzata di prima.

Non è neanche vero che la *litigation* costituzionale sull'aborto è finita e che la Corte potrà continuare a professarsi “neutrale” sul tema⁸⁸, anzi ci saranno numerosi casi relativi ad aspetti collegati (ad es. divieti di viaggiare tra Stati per interrompere gravidanza etc.)⁸⁹. Insomma, un quadro estremamente critico.

⁸⁵ S. CASSESE, *Perché la Corte USA ha sbagliato*, in *Corriere della Sera*, 27 giugno 2022.

⁸⁶ Cfr. A. LIPTAK, *June 24, 2022: the Day Chief Justice Roberts Lost His Court*, in <https://www.nytimes.com/2022/06/24/us/abortion-supreme-court-roberts.html>, 24 giugno 2022. Il noto approccio “minimalista” al controllo di costituzionalità, basato sul *judicial restraint* thayeriano e condiviso da molti giudici supremi del passato (si pensi ad esempio a Frankfurter, al secondo Harlan, a B. White, a Souter), e lo spiccato “istituzionalismo” del *Chief Justice*, che avevano preso il centro della scena all'indomani del pensionamento del giudice Kennedy nel 2018, quando Roberts era divenuto anche giudice “ago della bilancia”, hanno perso gran parte del loro rilievo con la sostituzione di Ginsburg con Barrett nel 2020, cfr. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2020, 56 ss., 65-69. Per una analisi critica dell'approccio più cauto del *Chief Justice* in *Dobbs*, che avrebbe confermato la legittimità della legge impugnata, superando il cd. *trimester frameworks* elaborato in *Roe* e ridefinito in senso restrittivo nella successiva *Casey*, senza spingersi a fare *overruling* di tali decisioni, v. il confronto tra A. SMARICK, *John Roberts's Moderate Gambit*, in *Law & Liberty*, 12 luglio 2022 e E.R. CLAEYS, *Minimalism and Formalism in Dobbs*, *ibidem*, 9 agosto 2022.

⁸⁷ Secondo i dati dell'autorevole *Guttmacher Institute*, <https://states.guttmacher.org/policies/>, l'aborto è attualmente illegale in Alabama, Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas e Wisconsin, con limitate eccezioni. Tutte le discipline vigenti in tali Stati prevedono eccezioni per salvare la vita della donna incinta, ma soltanto alcune prevedono eccezioni in caso di gravidanza causata da stupro o incesto. Per un *focus* sulla disastrosa situazione in Texas, secondo stato dell'Unione per dimensione, che ospita il 9% della popolazione totale, v. J.L. GROSSMAN, *The Trigger Has Been Pulled: Texas's Criminal Ban on Abortion Takes Effect*, in <https://verdict.justia.com/2022/08/25/the-trigger-has-been-pulled-texas-criminal-ban-on-abortion-takes-effect>, 25 agosto 2022.

⁸⁸ Per una acuta analisi di questo aspetto, affrontato in particolare nella *concurring opinion* di Kavanaugh, v. N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.; nonché O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; criticamente v. Q. CARMENLENGO, *Originalismo e “living constitutionalism”*, tra domanda di costituzione e principi supremi, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

⁸⁹ Una rassegna in W. BAUDE, *Legal Questions about Abortion after Dobbs*, in *The Volokh Conspiracy*, 8 luglio 2022; v. pure J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 17. Vale la pena osservare che nell'opinione concorrente di Kavanaugh – il giudice supremo più “moderato” dei cinque nella maggioranza di *Dobbs* e dunque, può ipotizzarsi, “equilibratore” nei casi che potranno essere affrontati in futuro (cfr. p. e. V.D. AMAR, *The Kavanaugh Court?*, in <https://verdict.justia.com/2022/07/05/the-kavanaugh-court>, 5 luglio 2022) – viene affermato con chiarezza che eventuali divieti legislativi di viaggiare da uno stato all'altro per ottenere l'interruzione della gravidanza non sarebbero costituzionalmente tollerabili, in forza del *right to interstate travel* (su cui cfr. <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/section-1/interstate-travel/>),



C'è solo da sperare che il nostro (inteso: Italiano) inserimento in sistemi sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali e i vincoli che ne derivano, insieme all'indipendenza della magistratura, possano contribuire a scongiurare ulteriori simili involuzioni in tema di diritti, che ci sembrano inevitabile portato, su un piano più generale, dell'approccio ideologico e metodologico fatto proprio nell'esercizio del controllo di costituzionalità della maggioranza della Corte suprema in *Dobbs* (e ciò al di là del settore specifico del diritto all'aborto⁹⁰).

Anche la più lungimirante e equilibrata ripartizione tra diversi soggetti del potere di nomina dei giudici costituzionali⁹¹, insieme al mandato temporalmente definito – portato di una Legge fondamentale assai più giovane e moderna – aiutano in tal senso.

Abbiamo visto comunque che il grado di solidità e maturità di un sistema di democrazia costituzionale non è, di per sé stesso, condizione sufficiente ad assicurare la tutela di diritti fondamentali che fino a ieri si dava per scontata.

6. Rule of Law o Rule of Five?

Come diceva William Brennan – giudice associato, in servizio dal 1956 al 1990, “regista” principale⁹² della rivoluzione giudiziaria dei diritti degli anni sessanta (tra gli altri: eguaglianza, *privacy*, libertà d'espressione e di associazione, diritti di partecipazione politica, diritti degli indagati, imputati e condannati, laicità dello Stato), sotto la Corte presieduta da Earl Warren (1953-1969, precedente alla Corte presieduta da Burger, 1969-1986, periodo in cui si colloca la sentenza *Roe*, della cui maggioranza Brennan faceva parte) – bastano *cinque voti* per fare qualsiasi cosa alla Corte Suprema americana (cd. *Rule of Five*)⁹³.

così come sarebbe da ritenersi incostituzionale una sanzione penale introdotta dal legislatore retroattivamente per punire un aborto realizzato prima della sentenza *Dobbs* e delle leggi entrate (o rientrate) in vigore per effetto di quest'ultima decisione. All'opinione separata di Kavanaugh, nella misura in cui si occupa di questioni completamente al di fuori del *devolutum* del ricorso, può forse attribuirsi un preciso significato politico: un “messaggio”, proveniente dal giudice che si trova nella posizione in grado di determinare maggiormente l'esito delle questioni in materia di aborto, indirizzato ad attivisti e *litigators pro life* che potrebbero non accontentarsi della situazione post-*Dobbs*.

⁹⁰ Diversi commentatori (p. e. S. CASSESE, *Perchè la Corte USA ha sbagliato*, cit.; C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema*, cit.), hanno giustamente sottolineato che l'esperienza italiana in materia di disciplina della interruzione volontaria della gravidanza, oggi prevista dalla legge n. 194/1978, è stata resa possibile da un processo graduale di istituzionalizzazione che ha visto protagonista una pluralità di soggetti, del tutto mancato invece negli U.S.A.: la Corte costituzionale (sent. n. 27/1975), 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 194), lo stesso legislatore. Una soluzione più moderata (e forse più equilibrata) di quella statunitense, che sembrerebbe mostrare che là dove contrasti fortissimi su questioni eticamente divisive si compongono in via democratica, c'è maggiore possibilità che il compromesso resista al tempo.

⁹¹ S. CASSESE, *Perchè la Corte USA ha sbagliato*, cit.; si v. in senso parzialmente diverso le interessanti osservazioni di G. DI FEDERICO, *La Corte costituzionale non è di tutti*, https://www.ilriformista.it/la-corte-costituzionale-non-e-di-tutti-165797/?refresh_ce, 6 ottobre 2020.

⁹² Si v. al proposito l'approfondito lavoro di S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan. Liberal Champion*, Boston-New York, 2010, *passim*; in lingua italiana v. F.I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton (NJ), 1999, trad. It. *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004.

⁹³ V. ad es. M. TUSHNET, *Rule of Law or Rule of Five?*, in <https://bit.ly/3IOAO8F>.

Purtroppo questa “regola” – che ben esprime, icasticamente e con spietato realismo, l'enorme potere dell'organo – è stata oggi applicata per scopi esattamente opposti a quelli di allora.

Questi ultimi, seppur forse con taluni eccessi⁹⁴, erano in definitiva ben più *coerenti*⁹⁵, a livello normativo, con il disegno e, soprattutto, con i valori costituzionali personalistici⁹⁶ (eguaglianza, dignità, au-

⁹⁴ *Roe* è stata decisa dalla “prima” Corte Burger, la cui giurisprudenza, nonostante il mutamento di diversi componenti del collegio rispetto alla Corte Warren, specialmente nei primi anni di attività, si può ricostruire in termini di parziale continuità con quest'ultima, sotto il profilo dell'attivismo giudiziale [v. p. e. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) sulla pena capitale; in generale v. J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992]. Utilizzo il termine “eccesso” riferendolo a *Roe* perché si può discutere (e tantissimo si è discusso) ovviamente sulla correttezza e sulla solidità del *reasoning* della sentenza nell'individuare il fondamento costituzionale del diritto all'aborto nella *liberty* della *due process clause* (e non, ad esempio, nell'*equal protection clause* del XIV Em.), sul fatto che la stessa sia intervenuta in maniera troppo affrettata, interrompendo il processo politico e imponendo antidemocraticamente dall'alto una soluzione rigida in tutta la nazione, sul fatto che il cd. *trimester framework* collegato alla *viability* del feto assomigliasse terribilmente ad una rabberciata regolamentazione legislativa della materia. Infatti, molti studiosi (Cox, Ely, Tribe, Bobbitt, Amar, Tushnet) e giudici (Ginsburg) di orientamento *liberal* – citati dalla Corte in *Dobbs* – hanno criticato severamente la decisione per queste ed altre ragioni. Come si è osservato in maniera convincente, tuttavia, alcune delle autorevoli posizioni richiamate (Ely, Tribe, Bobbitt, Ginsburg) ritenevano criticabile il percorso motivazionale e la tempistica della decisione, ma non certo il suo *risultato/dispositivo*, ossia l'affermazione del *fondamento costituzionale* del diritto all'aborto – dunque correttamente riaffermato in *Casey* – così non potendo supportare in alcun modo il drammatico cambiamento dell'*overruling* effettuato in *Dobbs*. Cfr. M.C. DORF, *Dobbs Double-Cross: How Justice Alito Misused Pro-Choice Scholars' Work*, <https://verdict.justia.com/2022/07/06/dobbs-double-cross-how-justice-alito-misused-pro-choice-scholars-work>, 6 luglio 2022. Sulla piena adesione espressa da Ely alla decisione *Casey*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 179 ss.

⁹⁵ Credo che non sia inutile domandarsi quali siano – se individuabili – la coerenza normativa rispetto ai valori costituzionali e la “visione” della maggioranza della Corte Suprema di orientamento originalista oggi “dominante”. Sarebbe semplicistico ed erroneo – perché smentito dai fatti – affermare che questa metodologia ermeneutica è esclusivamente funzionale (servente) a produrre sempre, coprendoli con un velo di neutralità, esiti decisorii graditi al partito repubblicano e all'ideologia conservatrice (si v. p. e., volendo, con riguardo alle tendenze garantiste in materia penale e processuale penale, P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali*, cit., 132 ss.). Certamente, tale impostazione ha avuto storicamente dei meriti, primo fra tutti quello di restituire centralità e vigore ai limiti all'attività interpretativa giudiziale posti dal *testo* della Costituzione (e della legge ordinaria nella *statutory interpretation*), a presidio del principio di separazione dei poteri, migliore strumento di protezione dei diritti individuali, ricordando così che la sede appropriata per recepire le nuove istanze di tutela emergenti dalla società è anzitutto quella legislativa, non quella giurisdizionale. Vero ciò, vale la pena osservare però che una difesa dell'originalismo ancorata in via prevalente o esclusiva alla eliminazione (o quanto meno alla riduzione) della discrezionalità giudiziale funzionale al rispetto del principio democratico (cd. *self government*) e della separazione dei poteri si mostra difficilmente sostenibile, perché contraddetta da numerosissime pronunce nelle quali maggioranze costituite da giudici di nomina repubblicana, spesso di professata “fede” originalista, hanno invalidato scelte effettuate da organi democraticamente legittimati locali, statali e federali in maniera senza dubbio “attivistica”, sconfessando i capisaldi della dottrina (gli esempi sono tanti: si pensi, senza pretesa di completezza, alle decisioni creative ed espansive dei cd. *gun rights*, all'invalidazione delle azioni positive, all'abbattimento dei limiti legislativi ai finanziamenti alla politica, all'annullamento di disposizioni fondamentali del *Voting Rights Act*). Questo tipo di decisioni getta una forte ombra sulla genuinità e sulla “buona fede” dell'impresa originalista *tout court*, e suffraga le critiche di chi – realtisticamente consapevole che sia *impossibile* escludere del tutto valutazioni politiche e di valore dal giudizio di costituzionalità nei “casi difficili” – sostiene che tale dottrina sia spesso impiegata in maniera incoerente, se non tendenziosa, intenzionalmente selettiva ed ideologicamente orientata. Si v. ad es. tra molti E. CHEREMINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2010; G.R. STONE, D.A. STRAUSS, *Democracy and Equal-*

tonomia etc.), intesi anche (anzi, *soprattutto*) nella loro interrelazione sistematica⁹⁷, nonché supportati da una legittimazione della Corte nel contesto istituzionale e sociale diversa, figlia di stagioni politiche oggi ormai dimenticate.

ty. *The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*, New York, 2020, 11-12, 158 ss., 173-174; M.J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court*, in *Harv. L. Rev.*, 134, 1, Nov. 2020, 1 ss., spec. 178-231.

⁹⁶ Si utilizza tale termine forse in maniera impropria, rispetto al costituzionalismo americano, le cui radici per ragioni culturali ed “anagrafiche” non affondano nello stesso retroterra ideologico-culturale di matrice cattolica che fa da sfondo, ad esempio, al principio personalista della nostra Carta fondamentale di cui all’art. 2. È opportuno allora precisare che il personalismo può nondimeno riferirsi all’elaborazione sul *due process* sostanziale, così come in relazione a quella inerente a diverse altre disposizioni costituzionali (p. e. *cruel and unusual punishment clause*, *equal protection clause*, presidi forniti dal I Em sulla libertà d’espressione e di culto, clausole a tutela dell’imputato o indagato), considerando come il supremo valore della dignità umana – pur testualmente assente nella Costituzione americana – ricorra assai di frequente nelle argomentazioni a sostegno dell’ampliamento delle varie sfere di libertà individuale, e costituisca dunque il sostrato assiologico condiviso del *Bill of Rights*, potendo contribuire ad una lettura logico-sistematica ed evolutiva delle varie clausole, pur “formalmente” separate. È interessante notare che l’argomento basato sulla dignità umana è stato valorizzato, a sostegno di letture evolutive ed espansive delle *civil liberties* in diverse aree giurisprudenziali, soprattutto da giudici di religione cattolica, tra i quali Frank Murphy, Anthony Kennedy, nonché, su tutti, William Brennan. Cfr. in generale S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan. Liberal Champion*, cit., 545; volendo, P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 104 e nota. 21, ove ult. rif.; M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court. It’s Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*, New York, 2015, 249-50, 391-93; M. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 2006, 741 ss., 757 ss.; R.J. SMITH, Z. ROBINSON, *Constitutional Liberty and the Progression of Punishment*, in *Cornell L. Rev.*, 2017, 413 ss., in part. 456-468.

⁹⁷ Si prendano ad esempio, con specifico riguardo alla precipua importanza di una interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali, orientata alla tutela dei valori personalistici, le note – e pur molto diverse tra loro – impostazioni ermeneutiche sulle quali si fondò la stessa sentenza *Roe* per ritenere il *right to choose* della donna protetto dalla Costituzione, pur in assenza di alcuna previsione testuale espressa. Da una parte, pur senza recepirne il *reasoning* (ma richiamandone alcuni passaggi argomentativi), la decisione *Griswold v. Connecticut*, che individuò, per vero cripticamente, la base normativa di un diritto costituzionale di *privacy* sufficientemente ampio da proteggere l’utilizzo degli anticoncezionali nei cd. *penumbra rights* promanati da diversi emendamenti (I, III, IV, V, IX, XIV); per una recente discussione critica di questa elaborazione, rimasta isolata, v. G. VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Gentium*, XIV, 2, 2017, 63 ss., ove ult. rif. Dall’altra, la teorica dell’*incorporation* e del *substantive due process* che, più in linea con la giurisprudenza precedente, individua la sede appropriata per offrire protezione ai diritti della persona non enumerati dal *Bill of Rights*, purché essi siano «*implicit in the concept of ordered liberty*» o «*deeply rooted in this Nation’s history and tradition*», nella *liberty* della *due process clause* del XIV Em. – adottata da *Roe* e nelle decisioni successive – che fu enunciata nella già richiamata opinione dissenziente del secondo giudice Harlan in *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) e poi nella sua *concurring opinion* in *Griswold*, il quale sottolineò la necessità di interpretare la Costituzione in maniera cautamente evolutiva, attraverso un graduale *common law judging*, limitato dalla tradizione storico-giuridica e dall’aderenza al precedente, per ricostruire e, se del caso, ampliare le sfere di libertà individuale, conformemente alle evoluzioni sociali. Si v. M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 343 ss. In quell’*opinion* si gettarono le basi teoriche per lo sviluppo della linea giurisprudenziale: «*La piena portata della libertà protetta dalla Due Process Clause non può essere individuata o limitata dalle precise parole delle specifiche garanzie previste altrove nella Costituzione. Questa “libertà” non si risolve in una serie di affermazioni separate ed individuate nei termini di regole sull’espropriazione; di libertà di parola, di stampa, e di religione; di diritto a possedere e portare armi; di libertà da perquisizioni o sequestri irragionevoli; e così via. Essa costituisce un continuum razionale che, in termini generali, ricomprende una libertà da tutte le imposizioni sostanzialmente arbitrarie e dalle limitazioni non supportate da alcuno scopo legittimo [...] e che riconosce an-*

Qualche ulteriore osservazione esplicativa sulla Corte Warren si rende invero necessaria.

Non è certo questa la sede per discutere dei meriti e dei limiti di quella indimenticata stagione giurisprudenziale – i cui approdi sono stati peraltro in buona parte “depotenziati” nei decenni successivi, da Corti con maggioranze di orientamento più conservatore – oggetto delle più diverse valutazioni, anche di segno opposto, in una vastissima letteratura.

Sia allora sufficiente ricordare, in estrema sintesi, come la visione politica e costituzionale di quella Corte, soprattutto tra il 1962 e il 1969, inserendosi in una più ampia fase di progresso e avanzamento nella tutela dei diritti nella società e nella politica statunitense (e contribuendo protagonisti alla stessa), era animata dalla consapevolezza che il proprio ruolo primario nell'ordinamento fosse proteggere i diritti delle minoranze dagli abusi delle maggioranze al potere. Ciò attraverso un intervento correttivo nelle ipotesi di malfunzionamento strutturale del processo politico, tali da determinare l'esclusione o comunque precludere la piena partecipazione attraverso la rappresentanza (ad es. tramite restrizioni all'esercizio del diritto di voto, alla libertà d'espressione, all'associazionismo), ovvero nel caso in cui le leggi, pur essendo state emanate in esito ad un processo democratico partecipato, si fossero indirizzate per pregiudizio e/o ostilità a detrimento di cd. *discrete and insular minorities* (p. e. afroamericani, minoranze etniche in generale, dissidenti politici, minoranze religiose, stranieri, soggetti coinvolti nella giustizia penale).

Di qui la robustissima protezione dei *voting rights*, del *free speech* e dell'*equal protection of laws* (si pensi, anzitutto, alla celebre *Brown v. Board of Education*, che censurò la segregazione razziale nelle scuole⁹⁸).

Al fondo di questo approccio – secondo una autorevole e influente impostazione⁹⁹ – vi era dunque anzitutto la volontà di *rafforzare* tramite il *judicial review* i meccanismi della democrazia rappresen-

che quello che un giudizio ragionevole e attento deve riconoscere, cioè che determinati interessi richiedono uno scrutinio particolarmente rigoroso delle esigenze che lo Stato afferma per giustificare la loro compressione». Questo approccio – ripudiato *in toto* dalla opinione della Corte in *Dobbs* – viene richiamato adesivamente dall'opinione dissenziente in *Dobbs* (18), e vanta certamente un grado di consolidamento nella tradizione giuridica e costituzionale statunitense maggiore del cd. *history test* applicato dalla maggioranza, volto ad identificare la tradizione storica di protezione di un determinato diritto al *massimo livello di specificità* possibile, prima minoritario in giurisprudenza: *Washington v. Glucksberg*; *Michael H. v. Gerald D.*; *Bowers v. Hardwick* (overruled da *Lawrence v. Texas*), v. sul punto, tra molti, le persuasive osservazioni di J.P. STEVENS, *The Making of a Justice*, New York, 2019, 516-520, sulla metodologia del cd. *rational continuum of ordered liberty*, cfr. *supra* note 8-11.

⁹⁸ Sentenza che, *per incidens*, sebbene venga citata ripetutamente dalla maggioranza in *Dobbs* per giustificare l'*overruling* di *Roe* – e *Brown* effettivamente “capovolve” la notoria decisione *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), che aveva convalidato la segregazione razziale in base alla dottrina cd. *separate but equal* – assai difficilmente può essere difesa sulla base di argomentazioni originaliste, essendo pressoché incontrovertibile che coloro che proposero e ratificarono il XIV Em. nel 1868 non intendessero vietare la segregazione razziale nelle scuole, v. p. e. A. LIPTAK, *The Abortion Decision, Haunted by the Ghost of Brown v. Board of Education*, <https://www.nytimes.com/2022/08/01/us/politics/abortion-brown-board-education.html>, 1 agosto 2022.

⁹⁹ Si v. la notissima tesi a supporto “postumo” della giurisprudenza della Corte Warren, a partire dalla celebre *footnote 4* della decisione *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938), di J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Ma) – London, 1980, che, come ricordato dalla stessa maggioranza in *Dobbs*, era aspramente critico di *Roe v. Wade*, considerandola una illegittima sostituzione della scelta democraticamente legittimata con le preferenze politiche della maggioranza dei giudici, perciò indistinguibile dalle sentenze della cd. *Lochner Era*. In quella celeberrima nota a piè di pagina, come noto, si affer-



tativa, intesa in senso procedurale e deliberativo (cd. *representation reinforcement theory*), ed impedire che chi fosse in una posizione di potere potesse abusarne allo scopo di mantenerlo o rafforzarlo. Ciò in maniera tendenzialmente il più *neutrale* possibile¹⁰⁰, senza sostituire indebitamente nel *judicial review* i giudizi di valore espressi dagli organi democraticamente legittimati (contrariamente a quanto avvenuto nella cd. *Lochner Era*, il cui approccio “attivista” era stato unanimemente ripudiato come illegittimo)¹⁰¹.

mò che, ferma la forte presunzione di legittimità della regolamentazione legislativa in materia economico-sociale, superabile solo in caso di manifesta irrazionalità, lo scrutinio di costituzionalità avrebbe potuto essere più penetrante nei casi di violazione dei diritti specificamente previsti dai primi dieci Emendamenti, nonché nelle ipotesi in cui l'accesso al circuito democratico-rappresentativo fosse stato ostruito in ragione di vizi strutturali che impedivano la piena partecipazione, ovvero inficiato da pregiudizio esplicito nei confronti di minoranze “separate ed insulari”: «*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restrict those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*».

¹⁰⁰ Moltissime sono state in dottrina, invero, le critiche alla effettiva possibilità di determinare in maniera “neutrale”, senza muovere da una particolare visione di giustizia sostanziale e di moralità politica, i casi di malfunzionamento del processo politico e (soprattutto) di individuare le cd. minoranze separate ed isolate, in sintesi v. p. e. M.C. DORF, T.W. MORRISON, *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, New York, 2010, 59 ss.

¹⁰¹ Durante la cd. *Lochner Era* (ca. 1887-1937, che, come noto, prende il nome dalla decisione *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905, nella quale la Corte statui che una legge dello Stato di New York che fissava l'orario massimo di lavoro per i panettieri a tutela della loro salute – 10 ore al giorno o 60 ore settimanali – violava il diritto alla libertà contrattuale contenuta nel *due process* sostanziale del XIV Em.) si assistette all'utilizzo abusivo e antidemocratico della componente sostanziale della *due process clause* per invalidare sistematicamente la legislazione economico-sociale d'ispirazione progressista, in base ad una visione politico-economica esasperatamente liberista della maggioranza dei membri della Corte suprema (cd. *economic substantive due process*). Sulla *Lochner Era* v. senza pretesa di completezza E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 624-645; M. LERNER, *The Early Career of Judicial Activism*, in Id., R. CUMMINGS (ed.), *Nine Scorpions in a Bottle. Great Judges and Cases of the Supreme Court*, New York, 1994, ed. 2017, 37 ss.; M. TUSHNET (ed.), *I Dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, 2008, 81 ss., 101 ss.; M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 137 ss. Nella letteratura di lingua italiana: G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 43 ss.; E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Parigi, 1921, trad. it. a cura di R. D'ORAZIO, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Milano, 1996; più di recente v. S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, 65-121; A. PIN, *La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, 106 ss.; E. FERIOLI, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Padova, 2018, 93 ss.

Strettamente connessi alla suddetta visione politico-costituzionale, tra i lasciti più significativi della Corte Warren possono annoverarsi l'elaborazione e il consolidamento del cd. scrutinio a tre velocità, ossia dei diversi cd. *standards of review* o *tiers of scrutiny*¹⁰².

Come noto, in questo "modello" – per vero solo "tendenziale", non sempre coerentemente osservato nella giurisprudenza della Corte – mentre nel sindacato sulla legislazione economico-sociale (sistematicamente invalidata nella *Lochner Era*) deve applicarsi un test minimale di razionalità, estremamente deferenziale nei confronti delle scelte del legislatore (*rational basis test*¹⁰³), nel vaglio di legittimità costituzionale delle misure limitative dei diritti fondamentali della persona (oggetto di cd. *incorporation* e resi in gran parte applicabili rispetto all'azione delle autorità statali e locali in quella stagione giurisprudenziale) e in materia di eguaglianza, rispettivamente per il bilanciamento tra perseguimento dell'interesse pubblico/tutela dei diritti individuali e la verifica delle razionalità/coerenza

¹⁰² È noto che nel sistema di *judicial review* statunitense, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e dell'*equal protection analysis*, le leggi e i provvedimenti vengono sindacati con un sistema "a tre velocità". Il cd. *rational basis test*, controllo estremamente deferenziale di non manifesta irrazionalità (ad es. sulla legislazione economico-sociale), in base al quale la legge viene giudicata legittima se in grado di perseguire ragionevolmente qualsivoglia legittimo interesse statale ipotizzabile. Il tipo di controllo denominato *intermediate scrutiny*, per considerare la legge costituzionale, richiede che essa sia "sostanzialmente correlata ad un importante obiettivo del governo". In altre parole, l'obiettivo dello stato deve essere più che uno scopo solo legittimo da perseguire; la corte deve ritenere tale obiettivo "importante". I mezzi prescelti debbono essere qualcosa di più che un modo ragionevole di raggiungere la finalità; la corte deve ritenere che l'atto normativo sia sostanzialmente connesso all'ottenimento dell'obiettivo. Tale forma di sindacato è impiegata nei casi di discriminazione di genere, di discriminazione nei confronti di bambini nati fuori dal matrimonio, di discriminazione di bambini stranieri privi di documenti nel campo del diritto all'educazione, di regolamentazione del *commercial speech*, della libertà di parola nei luoghi pubblici. In questo contesto il governo ha l'onere di dimostrare che la legge è giustificata in riferimento allo scopo governativo perseguito. Si è affermato ad esempio, in un caso relativo alla discriminazione di genere, che «*le parti che cercano di difendere un'azione governativa sostenuta da ragioni di discriminazione in base al genere debbono dimostrare una giustificazione estremamente persuasiva per quell'azione*»; egualmente, in materia di *commercial speech*, si è statuito che «*la parte che tenta di confermare la costituzionalità di una restrizione alla libertà di commercial speech ha l'onere di giustificarla*». Nel settore dell'*intermediate scrutiny* è dibattuto se l'analisi di costituzionalità debba includere la c.d. *less restrictive alternative analysis* (verifica della sussistenza di una misura meno invasiva, ma egualmente efficace rispetto allo scopo). Relativamente allo *strict scrutiny*, esso costituisce senza ombra di dubbio la forma più pervasiva di controllo di costituzionalità. Per resistere a tale vaglio una legge deve essere necessaria per ottenere uno stringente obiettivo governativo (*necessary to achieve a compelling government purpose*). L'obiettivo che si intende perseguire dev'essere dunque fondamentale. Dovrà anche dimostrarsi che la legge sia effettivamente necessaria per raggiungere il fine prefissato; essa deve costituire l'alternativa meno restrittiva e meno discriminatoria (cd. *narrow tailoring*). L'onere della prova grava ovviamente sul governo. L'ambito dove viene applicata tale metodologia di analisi è quello delle discriminazioni basate sulla razza, sulla nazionalità, delle discriminazioni contro gli stranieri, ed ovviamente quando la azione dei pubblici poteri va ad incidere sui cd. *fundamental rights*, come ad esempio il diritto di voto, il diritto di circolazione, il diritto alla riservatezza e la libertà di parola e d'espressione. Per ulteriori approfondimenti cfr. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 683 ss.; M.C. DORF, T.W. MORRISON, *The Oxford Introductions to U.S. Law*, cit., 142 ss. In giurisprudenza, e nel settore dei diritti impliciti in particolare, sono stati elaborati molti livelli e forme di test di bilanciamento flessibile, non precisamente inquadrabile nelle tre categorie sopra descritte, v. *supra* nota 10.

¹⁰³ Ora applicato anche alla legislazione in materia di aborto, cfr. *Dobbs*, 77-79.

in rapporto allo scopo delle *rationes distinguendi* alla base delle scelte normative, si applica uno scrutinio “stretto” o comunque rafforzato (*heightened*), più penetrante ed esigente (cd. “intermedio”¹⁰⁴). Si tratta di una giurisprudenza estremamente moderna e ancora attuale, che, al netto di alcune differenze sostanziali e terminologiche, *mutatis mutandis* richiama diversi elementi strutturali dei test di ragionevolezza e proporzionalità, oggi comunemente applicati dalla gran parte delle alte corti nazionali e sovranazionali del mondo per scrutinare il fondamento giustificativo delle azioni dei pubblici poteri¹⁰⁵. Tra questi figurano anche – è solo un esempio – i controlli di ragionevolezza e proporzionalità in generale¹⁰⁶, e sulle norme penali in particolare, da parte della Corte costituzionale italiana¹⁰⁷. Le recenti applicazioni di test “rigidi” (v. le sentenze *Dobbs*, *Bruen*, ma anche *Kennedy v. Bremerton School District* in materia di libertà religiosa¹⁰⁸), che si vorrebbero neutrali e oggettivi, basati sul testo, sulla storia e sulla tradizione¹⁰⁹ di protezione di un determinato diritto al massimo livello di specificità, vanno dunque letti anche come *tendenziale ripudio*, da parte dell’attuale maggioranza della Corte, di standard giudiziali multifattoriali di bilanciamento considerati eccessivamente “aperti” e discrezionali, dunque manipolabili in base alle visioni soggettive dei giudici e tali da sfociare nell’illegittimo *judicial policymaking*¹¹⁰, che erano sopravvissuti in larga parte alle Corti Burger, Rehnquist e alla “prima” Corte Roberts¹¹¹.

¹⁰⁴ L’*intermediate scrutiny*, come noto, si applica di norma nel giudizio delle doglianze di incostituzionalità per violazione dell’*equal protection clause* del XIV Em. relative a norme che realizzano discriminazioni di genere, v. p. e. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 769 ss.

¹⁰⁵ V. in una letteratura ampia p. e. E.T. SULLIVAN, R.S. FRASE, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2009, spec. 53-66; V.C. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale Law Journal*, 2015, 3094 ss.; AA.VV., in V.C. JACKSON, M. TUSHNET (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, London, 2017, spec. 103 ss.

¹⁰⁶ V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, New York, 2016, 67 ss., spec. 74 ss.

¹⁰⁷ Non è una coincidenza che autorevole dottrina abbia fatto riferimento proprio alla cd. *representation reinforcement theory* per supportare le più recenti evoluzioni del controllo di costituzionalità in materia penale sanzionatoria e penitenziaria, divenuto ben più penetrante rispetto al passato, con il superamento delle cd. rime obbligate, proprio sul presupposto che i soggetti *condannati* in sede penale sono privi di ogni potere e capacità di esercitare la propria influenza del circuito democratico-rappresentativo v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 319 ss., ove ult. rif.; v. anche N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 39 ss.

¹⁰⁸ 597 U.S. ____ (2022), decisione presa a maggioranza 6 a 3 dai giudici di nomina repubblicana, che, sulla base di argomentazioni storico-originaliste, accorda prevalenza incondizionata alla tutela della libertà religiosa (*Free Exercise Clause* del I Em.) di un allenatore di football della squadra di una scuola pubblica statale che pregava dopo ogni partita in mezzo al campo, disconoscendo così del tutto le istanze di tutela connesse al principio di laicità dello Stato (*Establishment Clause* del I Em.), e superando altresì un test di bilanciamento flessibile precedentemente applicato in giurisprudenza.

¹⁰⁹ Come è ben noto alla ricerca storiografica, peraltro, lo stesso concetto di tradizione è estremamente malleabile e si presta ad essere utilizzato anche per supportare, giustificare e conferire autorità a pratiche in realtà del tutto nuove, che non trovano alcun antecedente omologo o simile nel passato vicino o lontano, ponendosi anzi in rapporto di forte discontinuità, se non di rottura, con lo stesso, cfr. sul punto l’istruttivo volume di E.J. HOBBSBAMM, T. RANGER (a cura di), *L’invenzione della tradizione*, Torino, 2002, in part. 3-17.

¹¹⁰ Sugli effetti potenzialmente deflagranti di tale approccio in numerose aree giurisprudenziali nella quali sono consolidate da tempo diverse forme di bilanciamento cd. *means-ends scrutiny* v. i condivisibili rilievi di D. COLE, *Egregiously Wrong: The Supreme Court’s Unprecedented Term*, in *The New York Review of Books*, August 18, 2022 issue; M.C. DORF, *The Injustice, Insincerity, and Destabilizing Impact of the SCOTUS Turn to History*,

Il problema è però – come già detto – che la discrezionalità non viene affatto eliminata, ma soltanto “trasferita” surrettiziamente alla fase della selezione ed interpretazione delle (sempre ambigue) fonti storiche e normative nella valutazione della tradizione costituzionale di protezione di un determinato diritto¹¹².

La storia – è noto – non potrà mai essere scienza oggettiva, neutrale ed avalutativa; lo diventa ancor meno nelle mani dei giuristi¹¹³, e in particolare di giudici chiamati a decidere tra opposte tesi per dirimere concrete controversie¹¹⁴.

7. Ancora sulla legittimazione della Corte Suprema statunitense

La credibilità della Corte Suprema quale garante imparziale del *rule of law*, la sua legittimazione istituzionale, nonché l'accettazione e il rispetto delle sue decisioni come *legittime* da parte delle istitu-

<https://verdict.justia.com/2022/10/26/the-injustice-insincerity-and-destabilizing-impact-of-the-scotus-turn-to-history>, 26 ottobre 2022. Sulle ragioni dell'ostilità originalista-testualista nei confronti degli standard di bilanciamento, in specie nel pensiero di Antonin Scalia, v. G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 88-94.

¹¹¹ Osservava ad esempio di recente M.C. DORF, *Requiem for Reinhardt, Chief Justice of the Warren Court in Exile*, in <https://verdict.justia.com/2018/04/04/requiem-reinhardt-chief-justice-warren-court-exile>, 4 aprile 2018: «le Corti Burger e Rehnquist avevano lasciato in gran parte intatte le norme costituzionali di procedura penale elaborate dalla Corte Warren, ma ne avevano minato l'impatto formulando ed espandendo un'ampia gamma di eccezioni e limiti ai rimedi giudiziari. L'osservazione vale anche al di là della procedura penale e si è protratta nell'era della Corte Roberts. In misura notevole, quasi cinque decenni dopo che Earl Warren si è ritirato dalla carica di presidente della Corte, i precedenti della Corte Warren definiscono le dottrine costituzionali fondamentali, anche se le Corti Burger, Rehnquist e Roberts hanno ridotto l'efficacia nel raggiungere gli obiettivi di giustizia sostanziale di tali dottrine».

¹¹² Sulla distanza tra utilizzo pervasivo di test di bilanciamento multifattoriali oggi diffuso nel cd. costituzionalismo globale e aperta ostilità verso gli stessi da parte della maggioranza originalista della Corte Suprema U.S.A., v. N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

¹¹³ Cfr. però le interessanti osservazioni di W. BAUDE, *Of course the Supreme Court needs to use history. The question is how*, in <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/08/08/supreme-court-use-history-dobbs-bruen/>, 8 agosto 2022, il quale, pur non lesinando critiche al modo in cui le fonti storiche sono state concretamente interpretate e utilizzate nelle argomentazioni delle sentenze *Bruen* e *Dobbs*, sottolinea come, anche alla luce dell'epoca assai risalente in cui furono emanati e ratificati la Costituzione, il *Bill of Rights* e molti altri atti normativi statunitensi ancora oggi vigenti, sia non soltanto inevitabile fare ampio uso della storia, ma anche imprescindibile per conferire coerenza e la massima misura possibile di oggettività alla interpretazione giudiziale.

¹¹⁴ Sulla manifesta erroneità e tendenziosità delle analisi storiche effettuate in *Dobbs* dalla maggioranza v. p. e. il comunicato congiunto dell'American Historical Association e dell'Organization of American Historians, *History, the Supreme Court, and Dobbs v. Jackson: Joint Statement from the AHA and the OAH (July 2022)*, in [https://www.historians.org/news-and-advocacy/aha-advocacy/history-the-supreme-court-and-dobbs-v-jackson-joint-statement-from-the-aha-and-the-oah-\(july-2022\)](https://www.historians.org/news-and-advocacy/aha-advocacy/history-the-supreme-court-and-dobbs-v-jackson-joint-statement-from-the-aha-and-the-oah-(july-2022)); M. VALSANIA, *Abortion decision cherry-picks history – when the U.S. Constitution was ratified, women had much more autonomy over abortion than during 19th century*, in <https://theconversation.com/abortion-decision-cherry-picks-history-when-the-us-constitution-was-ratified-women-had-much-more-autonomy-over-abortion-decisions-than-during-19th-century-185947>, 6 luglio 2022; per quanto riguarda *Bruen*, cfr. S. CORNELL, *Cherry-picked history and ideology-driven outcomes: Bruen's originalist distortions*, in <https://www.scotusblog.com/2022/06/cherry-picked-history-and-ideology-driven-outcomes-bruens-originalist-distortions/>, 27 giugno 2022. In generale v. S. LUBET, *The Supreme Court's Selective History*, in <https://thehill.com/opinion/judiciary/3575292-the-supreme-courts-selective-history/>, 27 luglio 2022; M.C. DORF, *The Injustice, Insincerity, and Destabilizing Impact*, cit.

zioni politiche e della cittadinanza¹¹⁵ – prima e più in alto, si badi, della ritenuta *correttezza giuridica* delle statuizioni e delle argomentazioni offerte a supporto delle stesse – si fonda in ultima analisi su un delicato equilibrio tra molteplici fattori, messo sotto forte stress nella recente esperienza statunitense¹¹⁶.

Lo “strappo” certamente costituito dalla presidenza Trump (“momento costituzionale” assai traumatico e lacerante per gli U.S.A.), la conseguente modalità e soprattutto l’*estrema velocità* del cambiamento di *judicial doctrines* fondamentali e sedimentate, di cui non ha esitato a dare muscolare prova la irrobustita (e impaziente¹¹⁷) maggioranza della Corte in questo *October Term* 2021, rappresentano fattori di discontinuità rispetto ad una lunga fase, cominciata all’inizio degli anni settanta del XX secolo e terminata nel 2018-2020 (con le nomine di Kavanaugh nel 2018 e, soprattutto, di Barrett nel 2020), nella quale, pur a fronte di un complessivo (ma graduale) spostamento in senso conservatore in molteplici ambiti, intensificatosi con la Corte Roberts (dal 2005)¹¹⁸, il mantenimento della stabilità giurisprudenziale era stato in più occasioni un valore effettivamente tenuto in considerazione, e non soltanto dalle componenti più “moderate” della Corte¹¹⁹.

¹¹⁵ Molte sono state le accuse di *illegittimità* (e non soltanto di *erroneità*) nei confronti della sentenza *Dobbs*, cfr. p. e. D. LITHWICK, N.S. SIEGEL, *The Lawlessness of the Dobbs Decision*, in <https://slate.com/news-and-politics/2022/06/dobbs-decision-glucksberg-test-lawlessness.html>, 27 giugno 2022.

¹¹⁶ Si v. p. e. di recente, con varietà di accenti, S. BREYER, *The Authority of the Court and the Perils of Politics*, Cambridge (Ma)-London, 2021; R.H. FALLON, JR., *Law and Legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge (Ma)-London, 2018.

¹¹⁷ Oltre alle pronunce di merito, un ulteriore “indice” dell’“impazienza” dell’irrobustita ala conservatrice della Corte è costituito da alcune decisioni molto discusse emesse in via emergenziale, nel c.d. *shadow docket* [cfr. in dottrina, per l’introduzione della fortunata locuzione, W. BAUDE, *Foreword: The Supreme Court’s Shadow Docket*, in *N.Y.U. J.L. & Liberty*, 2015, 1 ss.], impiegato, secondo molti osservatori, in maniera impropria, se non del tutto spregiudicata. Si tratta, sotto il profilo procedurale, di quella porzione “emergenziale” del ruolo della Corte che comprende i casi che non vengono decisi nel merito (senza pieno contraddittorio cartolare, discussione orale, incontro dei giudici in camera di consiglio), ma con *orders*, spesso privi di compiuta argomentazione a supporto dei voti (e, dunque, con meno trasparenza). Si pensi, in particolare, ai numerosi cd. “ricorsi dell’ultimo minuto” dei prigionieri nel *death row* per sospendere l’esecuzione già fissata. Negli ultimi anni, tuttavia, specialmente durante l’amministrazione Trump, le richieste di sospensione delle normative in via emergenziale hanno determinato sempre più di frequente l’adozione di provvedimenti con enormi conseguenze per i diritti dei cittadini statunitensi su scala nazionale. Da ultimo, e di fatto anticipando l’esito di *Dobbs*, si pensi al rifiuto da parte della Corte – con dissenso del Presidente Roberts e dei tre giudici dell’ala progressista – di sospendere prima della sua entrata in vigore una legge texana, (allora) manifestamente incostituzionale, che proibiva l’aborto dopo le prime 6 settimane di gravidanza, e che prevedeva altresì – in maniera inusitata ed allo specifico scopo di rendere più complicato sul piano procedurale il *judicial review* da parte delle corti federali – l’applicazione non già da parte delle autorità statali, demandando a «*private individuals to bring lawsuits against anyone who either provides or “aids or abets” an abortion*», ricompensando chi denuncia all’autorità con un risarcimento danni di 10.000,00 dollari. Cfr. A. HOWE, *Supreme Court leaves Texas abortion ban in place*, <https://www.scotusblog.com/2021/09/supreme-court-leaves-texas-abortion-ban-in-place/>, 2 settembre 2021.

¹¹⁸ V. p. e. G.R. STONE, *The Roberts Court, Stare Decisis and the Future of Constitutional Law*, in *Tulane Law Review*, 2008, 1533 ss., spec. 1538-1540.

¹¹⁹ Tra i numerosi esempi, oltre alla stessa sentenza *Casey*, può richiamarsi la opinione della Corte firmata dal Presidente Rehnquist in *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) con la quale la Corte si rifiutò di sancire l’*overruling* della celebre pronuncia *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), ove si affermò che il V Em. impedisce ai pubblici ministeri di utilizzare le dichiarazioni di una persona rilasciate in risposta a un interrogatorio in custodia della polizia come prova al processo, a meno che non si possa dimostrare che la persona sia stata in-

In tale contesto, pur estremamente eterogeneo e difficilmente riconducibile a una matrice unitaria – si parla in effetti di circa cinquant'anni – il frequente *mancato allineamento* tra provenienza politica della nomina presidenziale e successivi orientamenti di voto di diversi giudici supremi (che rispecchiava un minore tasso di polarizzazione politica in generale e nelle nomine/ratifiche giudiziarie federali in particolare¹²⁰), insieme alle ricorrenti evoluzioni modificative della loro *jurisprudence* nel corso dello (spesso lungo e cresciuto di pari passo con l'aumento dell'aspettativa di vita media) servizio *on the bench*¹²¹, giocava un ruolo decisivo nel preservare e corroborare¹²² l'immagine esterna del supremo collegio quale arbitro indipendente e neutrale, e non luogo di scontri partigiani e divisioni identitarie, simile ad un parlamento¹²³.

Oggi abbiamo visto che l'attuale maggioranza della Corte – forse inevitabilmente, visto il contesto politico che l'ha in prevalenza prodotta, luogo di irrazionale scontro identitario e non certo di mediazione e sintesi – ha inteso intraprendere una strada diversa, della quale si fa fatica a vedere il punto di arrivo e che, alla luce della rigidità dottrinale e ideologica dei suoi componenti – dai quali sembra dif-

formata del diritto di consultare un avvocato prima e durante l'interrogatorio e del diritto di non autoincriminarsi prima dell'interrogatorio della polizia, e che l'imputato non solo abbia compreso questi diritti, ma vi abbia volontariamente rinunciato. Tale *constitutional rule*, da sempre oggetto di costanti attacchi conservatori, in quanto frutto di una asserito illegittimo "attivismo giudiziale" da parte di giudici *soft on crime*, che avrebbe avuto effetti devastanti nel contrasto al crimine negli U.S.A. causando l'incremento dello stesso negli anni settanta e ottanta del XX secolo, fu riaffermata nel suo contenuto essenziale (pur essendo stata indebolita tramite numerose "eccezioni" nel *case law* successivo) facendo riferimento al fatto che ormai fosse «*embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture*».

¹²⁰ Un punto di "rottura", dopo il quale le nomine e conferme degli alti magistrati sono state sempre più selvaggiamente politicizzate, suole identificarsi nella *confirmation hearing*, conclusasi negativamente dopo i durissimi attacchi del senatore democratico Ted Kennedy, dell'autorevole accademico, giudice originalista e già *Solicitor General* Robert Bork, nominato da Reagan nel 1987, v. M. LERNER, *The Bork's Wars as Confirmation Crisis*, in ID., R. CUMMINGS (ed.), *Nine Scorpions in a Bottle*, cit., 277 ss.

¹²¹ Dovuto ad una filosofia del giudicare generalmente più pragmatica, flessibile e metodologicamente pluralista (originalismo/testualismo come mero "punto di partenza" dell'analisi costituzionale, ma di norma privo di risposte conclusive nei cd. *hard cases*), meno formalistica e non caratterizzata da fideistico dogmatismo. Sui cd. *Ideologica drifts* dei giudici supremi, più spesso (ma non soltanto, cfr. le più risalenti evoluzioni in senso conservatore nella giurisprudenza di giudici come Frankfurter, Black, White) in direzione *liberal* da parte di giudici di nomina repubblicana, v. p. e., in una abbondante letteratura, L. EPSTEIN, A.D. MARTIN, K.M. QUINN, J.A. SEGAL, *Ideological Drift Among Supreme Court Justices: Who, When, And How Important?*, in *Northwestern University Law Review Colloquy*, 101, 2007, 127 ss.; J.D. HANSON, A. BENFORADO, *The Drifters*, in *Boston Review*, 2 gennaio 2006; sui plurimi *Ideologica drifts* nell'ambito della pena capitale, v. C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 258-271.

¹²² Anche grazie all'impossibilità di prevedere i voti in base al partito del presidente che aveva effettuato la nomina nei *constitutional cases* più controversi. In questo senso si v. ad es. il notissimo voto del Presidente Roberts per "salvare" in buona parte dall'incostituzionalità, unendosi ai quattro colleghi di nomina democratica, l'*Affordable Care Act*, la grande riforma federale in materia di sanità di Obama, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), cfr. L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, 52-87.

¹²³ Così, riflettendo sulle dinamiche deliberative nel collegio, per come emergenti e accessibili dal tenore, particolarmente acre, delle contrapposte motivazioni della maggioranza e dei dissenzienti nella sentenza *Dobbs*, S. CASSESE, *Perché la Corte USA ha sbagliato*, cit.; condivide tale rilievo A. TESTI, *A proposito dell'articolo di Sabino Cassese sulla Corte suprema degli Stati Uniti (e la sua recente sentenza)*, <https://shortcutsamerica.com/2022/06/27/a-proposito-dellarticolo-di-sabino-cassese-sulla-corte-suprema-degli-stati-uniti-e-la-sua-recente-sentenza/>, 27 giugno 2022.



ficile aspettarsi mutamenti di approccio metodologico o cd. *ideological drifts*¹²⁴ – tutti relativamente giovani, dunque con molto tempo a disposizione, potrebbe implicare in futuro ulteriori rivisitazioni profonde, fino a poco fa impensabili, della giurisprudenza costituzionale e, quindi, della società americana, in senso prevalentemente regressivo per la tutela dei diritti e di indebolimento della stessa democrazia¹²⁵.

Quello che è certo, in definitiva, è che il prezzo pagato in termini di delegittimazione del potere giudiziario agli occhi di una parte molto consistente della cittadinanza americana (ma anche di numerosi osservatori esterni, stante l'indiscussa autorevolezza dell'organo a livello globale¹²⁶) è assai elevato e ci vorranno molti anni per recuperare la fiducia e la credibilità oggi perdute.

¹²⁴ In tal senso v. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 14 e nota 40, sottolineando che tutti e sei i giudici di nomina repubblicana attualmente in servizio sono – pur con legami di diversa intensità – cd. *movement conservatives*, fa riferimento adesivamente a recenti studi che, adottando un approccio metodologico sincretistico tra scienza politica e psicologia sociale, rilevano come i giudici federali, ed i giudici supremi nello specifico, agiscano nel loro *decisionmaking process* – soprattutto nei casi socialmente ed eticamente più divisivi, ove i limiti costituiti dal *rule of law* (p. e. il vincolo al precedente) e i *neutral principles of adjudication* sono più deboli – non tanto per non disallinearsi troppo dalla *public opinion* riferita alla generalità dei consociati (invero piuttosto disinformata e poco interessata al lavoro della istituzione Corte Suprema), quanto piuttosto per non disattendere le aspettative e ottenere maggior approvazione possibile dalle *elites* di riferimento (sociali, politiche, giudiziarie, accademiche), che contribuiscono così a formarne la cd. *social identity* dei *Justices*. Si v. ampiamente sul punto N. DEVINS, L. BAUM, *The Company They Keep. How Partisan Divisions Came to the Supreme Court*, New York, 2019. Sotto un profilo di metodologia ermeneutica e normativo, la minore probabilità di mutamenti d'approccio durante il servizio è connessa alle stesse caratteristiche della dottrina originalista: v. J.D. HANSON, A. BENFORADO, *The Drifters*, cit., che osservano: «È più facile che si verifichino evoluzioni modificative quando si applicano standard di giudizio complessi e sensibili allo specifico contesto che presuppongono una Costituzione in evoluzione, piuttosto che quando si applicano norme relativamente semplici e ampie per interpretare una Costituzione che si presume abbia un significato fisso. E nella misura in cui quest'ultima filosofia giudiziaria riflette un insieme stabile di preferenze inconse a favore della chiusura, dell'affermazione del sistema e così via, la fissità ideologica dei giudici che la sposano sarà probabilmente rafforzata».

¹²⁵ Oltre agli altri diritti non enumerati di *privacy*, all'VIII Em. – ai quali si è fatto cenno più in alto – si pensi ad esempio all'ambito delle azioni positive, con due casi già calendarizzati per la trattazione nel prossimo Term, nei quali la Corte potrebbe fare *overruling* di consolidati precedenti [*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)], cfr. A. HOWE, *Court will hear challenges to affirmative action at Harvard and University of North Carolina*, <https://www.scotusblog.com/2022/01/court-will-hear-challenges-to-affirmative-action-at-harvard-and-university-of-north-carolina/>, 24 gennaio 2022. Per quanto attiene ai presupposti di funzionamento del sistema democratico americano, vale la pena dar conto del fatto che la Corte ha già calendarizzato per la prossima sessione la trattazione di un caso nel quale potrebbe recepire la cd. *Independent State Legislature Theory*, una innovativa interpretazione della *elections clause* dell'art. III Cost., finora mai adottata, che estrometterebbe del tutto dal controllo di legittimità delle elezioni federali le corti statali, attribuendola in via esclusiva ai legislatori statali. Si tratta di un caso potenzialmente dall'impatto deflagrante e, visti gli acclarati precedenti tentativi di interferenza trumpiani con il supporto di alcuni legislatori statali repubblicani finalizzati a sovvertire l'esito di regolari elezioni, anche abbastanza preoccupante in vista del 2024, v. A. HOWE, *Justices will hear case that tests power of state legislatures to set rules for federal elections*, <https://www.scotusblog.com/2022/06/justices-will-hear-case-that-tests-power-of-state-legislatures-to-set-rules-for-federal-elections/>, 30 giugno 2022.

¹²⁶ Sotto questo profilo è interessante notare che gli ultimi giudici nominati da Trump, Kavanaugh e Barrett, coerentemente rispetto alla loro impostazione metodologica originalista/testualista, all'opposto dei giudici che hanno sostituito (Kennedy e Ginsburg) sono disposti a riconoscere un ruolo molto più limitato (o, forse, a non riconoscere alcun ruolo affatto) alla *persuasive authority* del diritto straniero nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali interne (p. e. *due process clause*, *cruel and unusual punishment clause*) nella *fundamental*

Aggiungiamo inoltre che, da qualunque parte le si guardi, la iperpolarizzazione intorno alla *legittimità* dell'operato (e non alla *correttezza giuridica* delle statuizioni) del supremo organo di garanzia statunitense e la diffusa percezione che lo stesso non si differenzi affatto dagli organi politici, non possono che indebolire fortemente il sistema di *checks and balances* che tradizionalmente costituisce punto di forza della democrazia costituzionale nordamericana, con conseguenze negative sul piano dello *standing* internazionale degli U.S.A.¹²⁷ e, dunque, della stabilità politica globale, a lungo "garantita" dalla egemonia americana. E ciò – si badi – in una congiuntura complessa, per non dire drammatica, come quella attuale, contraddistinta, come è noto, da crescenti tensioni e scontri tra modello liberal-democratico e modello autocratico.

Non è affatto scontato, oggi, poter rispondere positivamente al quesito posto da Justice Sotomayor nel corso della discussione della causa *Dobbs* l'1 dicembre 2021, in relazione all'(allora solo paventato) *overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey* sul diritto all'aborto: «*Will this institution survive the stench that this creates in the public perception that the Constitution and its reading are just political acts? I don't see how it is possible*»¹²⁸.

Non vi è infatti alcun modo – riteniamo – di potere accostare, ricostruendoli entrambi adesivamente, in termini di "restaurata" legittimità dell'istituzione e del suo operato¹²⁹, l'*overruling* delle decisioni *Roe* e *Casey* attuato in *Dobbs* al famoso cd. *switch in time to save the nine*, che determinò il superamento della giurisprudenza del cd. *economic substantive due process*, interrompendo la stagione del *judicial activism* conservatore di inizio XX secolo e segnando la fine del controverso cd. *court-packing plan* roosveltiano.

Mentre il liberismo economico radicale e il *laissez faire*, presupposto di quest'ultimo filone giurisprudenziale, avevano contribuito a causare una crisi economica devastante ed erano stati rigettati dalla società e dalle istituzioni politico-rappresentative, in quanto ormai obsoleti e inadeguati, a fronte di una realtà economico-sociale sempre più complessa, ben prima che dalla maggioranza stessa della Corte¹³⁰, la rivoluzione dei diritti civili e quella sessuale, recepite¹³¹ dal cd. *Modern substantive due*

rights adjudication, cfr. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 175-180, ove ult. rif.; S.M. PATRICK, *The Global Implications of Justice Kennedy's Retirement*, <https://www.cfr.org/blog/global-implications-justice-kennedys-retirement>, 28 giugno 2018. Si trae conferma di ciò dal fatto che soltanto nella *dissenting opinion* di *Dobbs* viene fatto uso dell'argomento comparatistico, v. 42-43, ove si rimarca il trend legislativo in molti paesi verso una più ampia liberalizzazione dell'aborto.

¹²⁷ Cfr. già sul punto le riflessioni di S. CASSESE, *La Costituzione americana: debolezza di un modello*, cit.

¹²⁸ A. HOWE, *Majority of court appears poised to roll back abortion rights*, <https://www.scotusblog.com/2021/12/majority-of-court-appears-poised-to-uphold-mississippi-ban-on-most-abortions-after-15-weeks/>, 1 dicembre 2021.

¹²⁹ Si v. G.M. MAGLIOCCA, *Roe as the new Lochner*, in *Balkinization*, 25 giugno 2022, il quale si domanda se avrà ancora senso, dopo *Dobbs*, utilizzare a scopo didattico la sentenza *Lochner* come esempio paradigmatico di caso deciso non solo erroneamente, ma in modo illegittimo (cd. *anticanon*).

¹³⁰ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Si v. la *dissenting opinion* di *Dobbs*, 43-44.

¹³¹ Sono note le obiezioni secondo cui le Corti costituzionali o supreme nell'esercizio del *judicial review* dovrebbero sempre, quantomeno nella fisiologia ordinamentale, evitare di recepire direttamente le nuove istanze di tutela espresse dal corpo sociale, che devono essere prima riconosciute e mediate dagli organi di rappresentanza politica. Tale obiezione, che ben può essere (ed in effetti è ampiamente stata nella realtà americana) rivolta a *Griswold v. Connecticut* e progenie giurisprudenziale, per quanto condivisibile in astratto, sul piano del

process iniziato nel 1965 con *Griswold v. Connecticut*, con tutti i loro dirompenti effetti sulla concezione tradizionale del matrimonio e della famiglia, sul ruolo della donna a questa collegato, sui diritti riproduttivi e così via, possono dirsi – crediamo di non azzardare – ben più saldamente radicate nella coscienza sociale statunitense (e forse, più ampiamente, liberal-democratica occidentale).

Si noti, inoltre, che nei primi tre decenni abbondanti del XX secolo la Corte censurava le scelte legislative sulla base di una specifica teoria economica minoritaria, a tutela esclusiva degli interessi proprietari della classe imprenditoriale, attraverso la costituzionalizzazione della libertà di contratto, deprivando i lavoratori dei diritti regolarmente conquistati nel circuito politico-democratico. Nel cd. *Modern substantive due process*, diversamente¹³², i diritti non enumerati della persona vengono sottratti alla disponibilità delle maggioranze politiche proprio perché nella società, dal basso, si affermano nuove istanze di tutela che esigono soddisfazione, ma per ragioni “strutturali” – di debolezza partecipativa/rappresentativa, marginalità o tradizione storica di subordinazione o finanche esclusione dei soggetti titolari (si pensi, appunto, alle donne) – stentano a trovare pieno riconoscimento nel processo politico¹³³.

pieno rispetto della separazione dei poteri e delle funzioni in democrazia, si scontra con consolidati dati di realtà che ci dicono come molte volte per adempiere al loro precipuo compito di “rendere giustizia costituzionale” (cfr. p. e. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020) le Corti sono in certa misura costrette a interferire con il processo politico (interrompendolo, anticipandolo, sostituendolo in caso di inerzia etc.), essendo giocoforza in questo ambito chiamate continuamente ad un complesso compito di adeguamento al progressivo evolversi dei valori condivisi ed alla coscienza sociale (per il vivace dibattito attuale sulla Corte costituzionale italiana, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi espansivi del controllo di costituzionalità e del ruolo della Corte nella società e nell’ordinamento, sempre più lontano da quello originariamente pensato da Kelsen di mero “legislatore negativo” v. con diversità d’accenti, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 1 ss.; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 4, 2019, 523 ss.; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 377 ss.). Certo, questa ineliminabile attività presenta *ex se* un significativo margine di rischio di usurpazione da parte degli organi di garanzia delle funzioni legislative, potendo essere moderata soltanto dalle virtù dei giudici (autolimitazione, equilibrio, prudenza, senso di responsabilità istituzionale, *judicial modesty* etc.) e giustificata da persuasive motivazioni dei provvedimenti, nonché dal tentativo di elaborare meccanismi dialogico-cooperativi con gli organi democraticamente legittimati attraverso cui si cerchi di perseguire uno stemperamento del conflitto e di attenuare la cd. *difficoltà contromaggioritaria*.

¹³² Per una acuta differenziazione tra *economic substantive due process* e *modern substantive due process*, finalizzata a sottolineare la legittimità del secondo filone giurisprudenziale, sostenendo inoltre che alla base dello stesso vi fossero istanze assimilabili a quelle che hanno innescato la recente stagione giurisprudenziale “attivista” e “creativa” della Corte costituzionale italiana, con il superamento delle “rime costituzionali obbligate” e l’elaborazione di nuove tipologie decisorie, come ad es. le ordinanze ad incostituzionalità prospettata, funzionali a porre rimedio all’inerzia del legislatore in materia di diritti fondamentali, si v. A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla unvereinbarerklärung?*, in *Nomos*, 3, 2019, 1 ss., spec. 27-28 e nota 142-44 ove ult. rif.

¹³³ Si v. la tesi ampiamente sostenuta da D. NEJAIME, R. SIEGEL, *Answering the Lochner Objection: Substantive Due Process and the Role of Courts in a Democracy*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2021, 1902 ss., spec. 1914-1942. Gli Aa. rileggono in maniera attualizzante, ampliativa e correttiva, alla luce dei successivi quarant’anni di sviluppo giurisprudenziale, dottrinale e politico, la “classica” giustificazione teorica di Ely per lo scrutinio rafforzato di costituzionalità adottato dalla Corte Warren in materia di eguaglianza e diritti fondamentali nei casi di esclusione/limitata partecipazione di determinate categorie di soggetti dal processo deliberativo democratico, ritenen-

Tale ricostruzione, invero, potrebbe trovare in certa misura supporto nello scrutinio rafforzato di eguaglianza (cd. *intermediate scrutiny*) – in un ambito giurisprudenziale, è vero, “formalmente” distinto a livello di *judicial doctrine*, ma contenutisticamente collegato, ben potendosi i due “parametri” (*due process* ed *equal protection*) rafforzare a vicenda in via d’interpretazione logico-sistematica¹³⁴ – abitualmente applicato per vagliare le discriminazioni normative basate sul genere¹³⁵.

dola in definitiva estendibile a supporto delle *modern substantive due process decisions* in materia di diritti riproduttivi e *gay rights* (contro l’opinione di Ely stesso, che, come noto, riteneva ossimorico lo stesso concetto di *due process* sostanziale e funzionale alla usurpazione giudiziale della funzione legislativa). Sottoponendo a ragionata critica le molte accuse (sia conservatrici che progressiste) rivolte alla giurisprudenza iniziata con *Griswold* di essere un illegittimo *legislating from the bench*, si esaminano approfonditamente il contesto storico, sociale e fattuale di emersione delle istanze di tutela provenienti dal corpo sociale e recepite dalla Corte nei cd. *Modern substantive due process cases*, evidenziando come le donne rispetto all’uso di anticoncezionali ed al diritto all’interruzione della gravidanza e gli omosessuali con riferimento al diritto all’intimità e al matrimonio, ben potevano essere ritenuti sottogruppi discriminati, osteggiati (spesso sotto sanzione penale, v. p. e. M. MURRAY, *Griswold’s Criminal Law*, in *Connecticut Law Review*, 2015, 1045 ss.), esclusi, silenziati e sottoposti a stigma dalla maggioranza. Gli Aa. invitano inoltre a considerare un ulteriore aspetto di fondamentale rilievo: in tutti questi casi – ancorché non emerga sempre limpidamente nelle argomentazioni (ma v. ad es. *Casey* e *Obergeffell*, e l’opinione dissenziente in *Dobbs*) – le rivendicazioni di libertà per potere esercitare un determinato diritto erano strettamente connesse e funzionali al raggiungimento di uno *status* di eguale riconoscimento nella società e di eguale protezione dinanzi alla legge. In altre parole, al di là del formalismo della *judicial doctrine* che tende a distinguere rigidamente tra *due process claims* ed *equal protection claims* (v. p. e. opinione della Corte in *Dobbs*, 10-11), in tutte queste sentenze il profilo della libertà è strettamente connesso a quello dell’eguaglianza (v. D. NEJAIME, R. SIEGEL, *Answering the Lochner Objection*, cit., 1933-1944), rendendo i ricorrenti assimilabili alle cd. *suspect categories* che aveva in mente Ely per giustificare uno scrutinio più penetrante, ma limitatamente ai casi relativi al principio di eguaglianza, ai diritti di partecipazione politica e alla libertà di espressione e associazione. Gli Aa. muovono invero da una concezione più ampia di “partecipazione democratica” – rispetto a quella fatta propria da Ely, riconducibile sostanzialmente alla politica “elettorale”, collegata alla regola di maggioranza – concezione che include necessariamente, come presupposti, l’esercizio di piena libertà e autonomia di scelta nella sfera familiare e intima delle persone, imprescindibile per essere riconosciuti socialmente e partecipare alla comunità politica (1944-1949), dalla quale deriva una funzione ampliata delle Corti nel recepire con il *judicial review* le istanze di tutela di determinati gruppi, senza per questo sostituirsi indebitamente alle valutazioni politiche del legislatore, ma anzi correggendo i malfunzionamenti delle dinamiche deliberative e promuovendo in ultima analisi i valori democratici (1950 ss.). J.H. CHOPER, S.F. ROSS, *The Political Process, Equal Protection*, cit., spec. 1010 ss., 1025 ss. lamentano la scarsa utilizzazione della cd. *representation reinforcement* o *political process theory* nelle decisioni sui diritti fondamentali non enumerati da parte della Corte Suprema, ed in particolare in quelle relative agli anticoncezionali, all’aborto e ai diritti degli omosessuali, osservando che tale metodologia avrebbe potuto essere applicata ed avrebbe contribuito a rendere meno problematiche, sotto il profilo dell’eccessivo attivismo giudiziale, tali decisioni. Gli Aa. esprimono un tendenziale *favor* “gerarchico” per l’utilizzazione prioritaria del parametro dell’eguaglianza anche nella *fundamental rights adjudication*, per limitare il rischio di imposizione di preferenze politiche soggettive da parte dei giudici, strutturalmente connaturato al *due process* sostanziale.

¹³⁴ Per esempio, in *Obergeffell v. Hodges* – pronuncia che ha riconosciuto la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso in tutta la nazione – si innova la precedente giurisprudenza, creando una inedita “sinergia” tra eguaglianza e dignità umana (cd. *equal dignity*), attraverso il collegamento sistematico tra la *due process clause* e l’*equal protection clause* del XIV Em., cfr. L.H. TRIBE, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in *Harv. L. Rev. Forum*, 2015, 16 ss. Per una convincente lettura in tal senso, evidenziando il rafforzamento reciproco dei due parametri nell’intera *modern substantive due process doctrine*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 173 ss., spec. 185-200.

Si può forse discutere – ed è questo uno dei meriti dell’originalismo-testualismo¹³⁶ – che la sede istituzionale di riconoscimento dei diritti connessi a questi mutamenti sociali non sia stata quella più appropriata (giurisdizione costituzionale vs legislazione); ma una volta che gli stessi sono stati riconosciuti giudizialmente (anche per aggirare l’immodificabilità *de facto* della Costituzione americana, in base alla procedura dell’art. V), si sono progressivamente sviluppati e consolidati in senso espansivo e generalizzante¹³⁷, di precedente in precedente, di collegamento analogico in collegamento analogico, per quasi sei decenni (pur affondando le loro radici in tempi ben più risalenti)¹³⁸, diventa estremamente problematico rimuoverli e metterne in dubbio nel complesso la legittimità con un “colpo di spugna”, come fa la maggioranza in *Dobbs*.

L’impressione che se ne trae – in definitiva – è quella della compiuta realizzazione di un “progetto politico”, secondo diversi osservatori direttamente ispirato ad un conservatorismo sociale e religioso¹³⁹ estremo¹⁴⁰, con tendenze illiberali (e annessa visione patriarcale della società e della famiglia)¹⁴¹, già

¹³⁵ Si tratta di una elaborazione giurisprudenziale – dettaglio non irrilevante – originata all’inizio degli anni settanta, dunque contemporanea a *Roe* e cronologicamente successiva all’inizio del cd. *modern substantive due process* in *Griswold v. Connecticut*, cfr. p. e. N. WEXLER, *Sex Discrimination – The Search for a Standard*, <https://supremecourthistory.org/classroom-resources-teachers-students/decisions-womens-rights-equal-protection-clause/>. Volendo, v. P. INSOLERA, *Ruth Bader Ginsburg: la storia di “The Notorious RBG”. Le battaglie, le sentenze più note e il suo lascito*, in <https://extremaratioassociazione.it/6596-2/>, 24 settembre 2020.

¹³⁶ Lo sottolinea efficacemente L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, cit.; per un recente e autorevole richiamo all’importanza del limite posto dal testo della legge, v. N. IRTI, *Demoni nascosti nelle caverne e pronti a ridestarsi*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 novembre 2022.

¹³⁷ In una dottrina vasta, v. p. e. L.H. TRIBE, M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge (Ma)-London, 1991, trad. it. L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005, spec. 99-109, 131 ss., 156.

¹³⁸ Si v. A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit., § 3 e casistica ivi richiamata; v. anche la lucida discussione nell’opinione dissenziente sui forti *reliance interests* generati dalle decisioni sull’aborto per le vite delle donne e la loro libera e eguale partecipazione nella società statunitense, 47-55.

¹³⁹ Si v. però gli interessanti rilievi di A. KOPPELMAN, *Religion and the wrong defense of abortion rights*, in <https://thehill.com/opinion/civil-rights/3598534-religion-and-the-wrong-defense-of-abortion-rights/>, 13 agosto 2022, il quale critica la diffusa tendenza dell’area *liberal* a denunciare la più recente giurisprudenza anti-aborto quale imposizione di convinzioni religiose cristiane sulla popolazione, in quanto rischia di discriminare e fare apparire come illegittimi *tout court* i motivi religiosi nel discorso politico e nel dibattito legislativo statunitense, quando gli stessi invece hanno storicamente rivestito un ruolo fondamentale nelle battaglie e nelle conquiste dei diritti civili (si pensi soltanto al *civil rights movement*).

¹⁴⁰ Si v. p. e., tra molti, le persuasive osservazioni di L. GREENHOUSE, *Religious Doctrine, Not the Constitution, Drove the Dobbs Decision*, https://www.nytimes.com/2022/07/22/opinion/abortion-religion-supreme-court.html?campaign_id=9&emc=edit_nn_20220722&instance_id=67306&nl=the-morning®i_id=84694730&segment_id=99229&te=1&user_id=e874279a7e49918f84eedc4b405b0fb4, 22 luglio 2022, la quale richiama opportunamente anche la progressiva “erosione” da parte della attuale maggioranza conservatrice della *establishment clause* del I Em., norma posta a presidio del principio di laicità dello stato, v. nell’ultima sessione le sentenze *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022), *Carson v. Makin*, 596 U.S. ____ (2022), peraltro in linea con gli approdi degli ultimi anni della Corte, iperprotettivi della libertà religiosa (a tutto detrimento del principio di laicità); v. anche sul punto L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit. In generale v. L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, New York, 2021, *passim*. V. anche A. LOPEZ, *The Christian Right is winning in court while losing in public opinion*, in <https://www.npr.org/2022/07/01/1109141110/the-christian-right-is-winning-cultural-battles-while-public-opinion-disagrees>, 1 luglio 2022; O. YOUSEF, *Some fear Christian nationalism is getting legal legitimacy through the Supreme Court*, in <https://www.npr.org/2022/07/01/1109470737/some-fear-christian-nationalism-is-getting-legal-legitimacy->



in atto da molto tempo¹⁴² – come accennato in apertura – ma *acceleratosi* significativamente, in maniera decisiva e con metodi di dubbia legittimità, negli anni (e con le tre nomine all'alta Corte) di Trump¹⁴³.

Questo “sfondo”¹⁴⁴, peraltro, unendosi a ragioni di elementare logica giuridica, contribuisce ulteriormente ad alimentare lo scetticismo sulle rassicurazioni della maggioranza della Corte relative al fatto che gli altri diritti costituzionali non enumerati di *privacy* (uso anticoncezionali e, specialmente, *gay rights*¹⁴⁵) siano oggi al sicuro, dopo la svolta di *Dobbs*.

8. Rilievi conclusivi

Volendo formulare qualche rilievo conclusivo, alla luce delle considerazioni sopra estese, pare opportuno interrogarsi su quali siano alcune possibili reazioni “costruttive” – al di là di irrealizzabili (e pro-

[through-the-supreme-](https://www.nytimes.com/2022/07/05/opinion/dobbs-christian-nationalism.html), 1 luglio 2022; K. STEWART, *Christian Nationalist Are Excited About What Comes Next*, in <https://www.nytimes.com/2022/07/05/opinion/dobbs-christian-nationalism.html>, 5 luglio 2022; J. CARROL, *The Sins of the High Court's Supreme Catholics*, in <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-sins-of-the-high-courts-supreme-catholics>, 19 agosto 2022; M. TALBOT, *Justice Alito's Crusade Against a Secular America Isn't Over*, in *The New Yorker*, September 5, 2022 Issue.

¹⁴¹ J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 17-18.

¹⁴² È noto come l'obiettivo di nominare giudici supremi che contribuissero attivamente a “restaurare” i valori morali tradizionali, messi in forte crisi dai turbolenti anni sessanta e settanta (e dall'attivismo della Corte Warren e della “prima” Corte Burger di quegli anni), fosse prioritario fin dalla prima amministrazione Reagan (1981-85), e poi in quelle successive di Bush padre e figlio. Tale scopo non fu però perseguito appieno, in ragione della imprevedibile “indipendenza” e “moderazione” di giudici nominati da Reagan (O'Connor, Kennedy) o Bush padre (Souter), che, su temi centrali come l'aborto e i diritti degli omosessuali, “tradirono” di fatto le attese. Cfr. p. e. M.C. DORF, *Justice O'Connor Withdraws from Public Life, and the Reagan Court is Finally Born*, all'URL <https://verdict.justia.com/2018/10/31/justice-oconnor-withdraws-from-public-life-and-the-reagan-court-is-finally-born>, 31 ottobre 2018. Neanche con le nomine di Roberts nel 2005 e di Alito nel 2006 si riuscì a spostare decisamente l'asse politico-ideologica della Corte in senso conservatore, dovendosi attendere per tale esito la sostituzione di Kennedy con Kavanaugh nel 2018 e di Ginsburg con Barrett nel 2020.

¹⁴³ Sul “doppio standard” applicato dalla maggioranza repubblicana al Senato per la conferma di Barrett in un *election year* (2020), rispetto a quanto fatto precedentemente, rifiutando di valutare la nomina di Garland da parte di Obama nel 2016, cfr. M. DEL PERO, *Tre considerazioni sulla nomina di Amy Coney Barrett alla Corte suprema*, [https://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/Tre considerazioni sulla nomina Amy Coney Barret.html](https://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/Tre%20considerazioni%20sulla%20nomina%20Amy%20Coney%20Barret.html), 28 settembre 2020.

¹⁴⁴ Sulla eccezionale influenza del fondamentalismo cristiano – con forme e modalità diverse, sia evangelico che cattolico – nella società e nella politica (anche giudiziaria) statunitense, e sulle conseguenze della stessa sulla giurisprudenza in materia di diritti riproduttivi e questioni di genere, v. p. e. in prospettiva comparatistica M. JOUET, *Exceptional America. What Divides Americans From the World and From Each Other*, Oakland (Ca), 2017, spec. 80 ss. e 113 ss.

¹⁴⁵ V. S.F. COLB, *Abortion and the Slippery Slope*, in <http://www.dorfonlaw.org/2021/12/abortion-and-slippery-slope.html?m=1>, 27 dicembre 2021; J. MAY, *Justice Alito's Opinion on Abortion: Not Just a Threat to Reproductive Rights, but to All Constitutional Liberties Not Expressly Set Out in the Constitution*, in <https://verdict.justia.com/2022/06/14/justice-alitos-opinion-on-abortion>, 14 giugno 2022; A. LIPTAK, *Justices Thomas and Alito Question Same-Sex Marriage Precedent*, in <https://www.nytimes.com/2020/10/05/us/politics/thomas-alito-same-sex-marriage.html>, 5 ottobre 2020.

tabilmente controproducenti) ipotesi di aumento del numero dei giudici supremi¹⁴⁶ – da parte dei molti che davvero non si ritrovano negli orientamenti oggi dominanti nel supremo collegio statunitense in materia di diritti.

È anzitutto auspicabile, da una parte, che attraverso una massiccia partecipazione alle imminenti consultazioni elettorali di medio termine¹⁴⁷ ed alle presidenziali del 2024 i cittadini – mobilitati dalle recenti prese di posizione della Corte – contribuiscano, per quanto possibile (fermi, cioè, gli ostacoli “strutturali” menzionati in apertura) a modificare la situazione attuale, eleggendo senatori e un Presidente che selezionino, un domani, alti magistrati con una visione *meno distante* da quella diffusa tra la maggioranza dei cittadini americani su questioni controverse ed eticamente sensibili come, ad esempio, aborto, armi da fuoco, pena di morte, azioni positive¹⁴⁸, rispetto a quella dei giudici supremi oggi in maggioranza¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Più attuabile, riteniamo, l’ipotesi di introdurre limitazioni temporali al mandato dei *Justices*, cd. *Term limits*, v. P.M. COLLINS, JR., A. WARD, *After Roe’s overturning, Americans are demanding Supreme Court term limits*, in <https://theconversation.com/after-roes-overturning-americans-are-demanding-supreme-court-term-limits-187040>, 28 luglio 2022.

¹⁴⁷ V. tra i molti commenti M. DEL PERO, *La calda estate della politica statunitense*, in <https://united-states-world.com/2022/08/20/la-calda-estate-della-politica-statunitense/>, 20 agosto 2022. Mentre questo contributo era in revisione, si sono svolte le elezioni di medio termine. Come era stato ipotizzato da alcuni osservatori (e fortemente auspicato dai democratici), la questione dell’interruzione volontaria della gravidanza in seguito alla decisione *Dobbs* pare avere avuto una significativa incidenza sull’esito elettorale, che ha consentito ai democratici di mantenere la maggioranza al senato (v. p.e. E. KAMARCK, W.A. GALSTON, *It wasn’t just “the economy stupid”-it was abortion*, in <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2022/11/10/it-wasnt-just-the-economy-stupid-it-was-abortion/>, 10 novembre 2022). Inoltre, in diversi stati, gli elettori in consultazioni referendarie hanno respinto la proposta di adozione di modifiche normative ordinarie o alle costituzioni statali che intendevano limitare ulteriormente l’accesso all’aborto (Montana e Kentucky), ovvero hanno votato emendamenti per includere espressamente nelle carte fondamentali statali il *right to choose* (Michigan, California, Vermont), cfr. V. STRACQUALURSI, D. COLE, P. LEBLANC, *Voters deliver ringing endorsement of abortion rights on midterm ballot initiatives across the US*, <https://edition.cnn.com/2022/11/09/politics/abortion-rights-2022-midterms/index.html>, 9 novembre 2022.

¹⁴⁸ Oltre ai dati statistici sulla *public opinion* attuale relativa all’aborto e alla cd. *gun regulation* puntualmente richiamati da E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense*, cit., ai quali si rinvia, si noti che la pena capitale attualmente registra un livello di supporto del 55%, in lieve aumento rispetto al minimo storico del 54% del 2020, cfr. <https://deathpenaltyinfo.org/news/percentage-of-americans-who-view-the-death-penalty-as-morally-acceptable-remains-near-record-low>. Secondo i più recenti rilevamenti, oltre il 60% degli americani supporta le azioni positive, cfr. <https://bit.ly/3jDzclL>, 30 luglio 2021. Occorre precisare che, con riferimento alla pena capitale, anche alla luce del perdurante supporto presso la maggioranza degli elettori di cui essa sembra continuare a godere, un eventuale disallineamento della maggioranza conservatrice odierna della Corte rispetto alla opinione pubblica non sarebbe da registrare tanto nel caso di una abolizione giudiziale, peraltro da escludere recisamente allo stato attuale, quanto piuttosto nel caso di superamento tramite *overruling* dei precedenti citati in apertura che hanno dichiarato in passato incostituzionale l’applicazione dell’estrema sanzione, ad esempio, nei confronti di condannati minori e disabili mentali. Siffatti (come si è detto, possibili) mutamenti giurisprudenziali tornerebbero ad autorizzare pratiche punitive “estreme”, verosimilmente percepite oggi come crudeli ed inutilmente afflittive rispetto al perseguimento dei legittimi scopi della pena dalla maggior parte del popolo statunitense, oltretutto da tempo ripudiate in tutte le altre democrazie occidentali.

¹⁴⁹ Così come è auspicabile che negli Stati governati da repubblicani le donne facciano sentire il loro peso elettorale, riappropriandosi del diritto fondamentale rimosso, degradato a mero “interesse”, ad opera della sentenza *Dobbs*, cfr. p. e. la recente consultazione elettorale in Kansas in cui si è rigettato il quesito referendario volto ad eliminare la protezione del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza dalla Carta fondamentale

Dall'altra, sul versante più strettamente politico-giudiziario e (specialmente) giuridico-dottrinale, è quanto mai urgente che l'eterogenea area *liberal* lavori tutta coesa con il principale obiettivo di rivitalizzare, rendere più coerente e credibile una metodologia della interpretazione costituzionale progressista¹⁵⁰, per valori – oggi in conclamata crisi¹⁵¹ – che, con maggiore onestà e umiltà, non prometta l'impossibile, cioè estromettere le inevitabili valutazioni di moralità politica dal giudizio di costituzionalità nei "casi difficili"¹⁵².

Non può essere certo questa la sede per formulare, invero neppure per abbozzare, alcune possibili linee di un rinnovato modello di teoria della interpretazione costituzionale *liberal*. Un modello che, pur senza rifuggire *in toto* l'interpretazione per valori, sia ragionevolmente vincolato alle indicazioni

statale, v. P. NOOR, *Kansas vote to protect abortion rights in state constitution*, in <https://www.theguardian.com/us-news/2022/aug/03/kansas-abortion-vote-state-constitution>, 3 agosto 2022.

¹⁵⁰ Per recenti e diversificati tentativi in questo senso, v. p. e. E. CHERMERINSKY, *We the People: A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York, 2018; D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Cambridge (Ma)- London, 2010, teorico del cd. *Common law constitutionalism*.

¹⁵¹ Si v. p. e. le critiche al *progressive constitutionalism* svolte da A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Cambridge, 2022, 117 ss.; J.O. MCGINNIS, *The Crisis of Left Jurisprudence*, in *Law & Liberty*, 7 maggio 2019; J.S. GOULD, *Puzzles of Progressive Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, 2022, 2053 ss.

¹⁵² Come ha di recente posto in rilievo L. TRIBE in una intervista a I. CHOTINER, *The Supreme Court's History of Protecting the Powerful*, in <https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-supreme-courts-history-of-protecting-the-powerful>, 17 maggio 2022, nella quale spiega le ragioni della sua scelta di interrompere l'aggiornamento del suo noto trattato di diritto costituzionale con la terza edizione del 2000, la giurisprudenza della Corte Warren e le successive sentenze delle Corti Burger, Rehnquist e Roberts in materia di *privacy* – al di là della possibilità di essere validamente giustificate anche attraverso teorie procedurali, e non morali, del controllo di costituzionalità (cd. *representation reinforcement theory*), soprattutto valorizzando il collegamento sistematico tra libertà ed eguaglianza – si fondano in ultima analisi su una concezione di giustizia sostanziale e di moralità politica che attribuisce rango costituzionale a tali diritti in forza di una valutazione sistematica di coerenza normativa rispetto ai supremi principi personalistici ed agli scopi ultimi dell'ordinamento costituzionale statunitense. Come rileva TRIBE: «Penso che ci sia sempre stata una potente corrente ideologica, ma l'ideologia dominante negli anni Sessanta e Settanta era quella con cui potevo facilmente identificarmi. Era l'ideologia secondo la quale i soggetti relativamente privi di potere politico meritano di essere protetti, da un ramo indipendente del governo, da coloro che li calpesteranno [...] Anche la Corte Warren era ideologica, solo che si dava il caso che fosse un'ideologia con cui lei o io potevamo essere d'accordo [...] Non c'è dubbio. Era piuttosto ideologica. Il giudice Brennan aveva un progetto la cui architettura era realmente guidata dal suo senso degli scopi della legge fondamentale, e questi scopi erano morali e politici. Non c'è dubbio. Non sto dicendo che in qualche modo la concezione liberale del diritto costituzionale sia priva di ideologia. Tuttavia, c'è stato uno sforzo intellettualmente coerente per collegare l'ideologia con l'intera teoria dello scopo della Costituzione e della Corte. Principalmente, la Corte è un ramo anti-maggioritario e ha il compito di proteggere le minoranze e di assicurarsi che le persone siano equamente rappresentate. Mi identificavo con questa ideologia. Aveva senso per me e ne vedevo gli elementi in varie aree della dottrina. Ma quando questa è crollata e la Corte è tornata a un'ideologia molto diversa, in cui la Corte è essenzialmente lì per proteggere gli interessi dei proprietari, per proteggere le società commerciali e per tenere a bada le masse, anche questa è un'ideologia, ma non è stata elaborata nella dottrina in un modo che ho trovato coerente, figuriamoci attraente. Forse mi sbaglio, ma vedo più contraddizioni interne e incoerenze nei filoni di dottrina delle persone che sono tornate al potere con l'amministrazione Reagan e la Federalist Society. Non sono la persona adatta a dare un senso a ciò che stanno facendo, perché per me non ha senso. Anche se potessi interpretare il ruolo che penso di aver svolto con una versione che trovo più attraente dal punto di vista morale, è un progetto che considererei in qualche modo malvagio e a cui non vorrei prendere parte».

del testo costituzionale (come interpretato nei precedenti) e non travalichi i confini strutturali della separazione dei poteri e delle funzioni in democrazia.

Possono svolgersi però tre cursorie osservazioni.

Anzitutto, nella ipotetica *pars construens*, non dovrebbero sottovalutarsi le risorse, tenuto conto anche del suo forte radicamento nella tradizione giuridica statunitense, della ampia “famiglia” di teorie ermeneutiche della Costituzione *non-originaliste*, anche dette pluraliste¹⁵³, che fino a oggi sono state storicamente le più rappresentate tra i magistrati del supremo collegio americano (si pensi ancora alla *plurality opinion* di *Casey*: qui sta la “rottura” di *Dobbs*).

Questo non deve stupire: se ben cogliamo il senso degli ultimi amari passaggi dell’opinione dissenziente in *Dobbs*¹⁵⁴, si rimprovera proprio alla maggioranza di avere sacrificato, sull’altare della *doctrinal purity* originalista (e della visione politica sostanziale ad essa sottesa), un ampio “bagaglio” esperienziale giudiziario accumulato nel corso del tempo (dalla metà del XX secolo in avanti, soprattutto) – maturato cioè sulla base di considerazioni pragmatiche, teleologiche, consequenzialiste etc. connesse alle peculiarità di ogni fatto oggetto di giudizio e all’impatto concreto delle norme sindacate su ogni persona¹⁵⁵ – che aveva nel complesso consentito al massimo organo giudiziario federale di svolgere il suo ruolo principale di garante della protezione dei diritti individuali fondamentali contro gli abusi maggioritari della politica e della società, non solo senza operare troppo distonicamente rispetto alle evoluzioni sociali in atto (conservando e rafforzando così la propria legittimazione nel contesto istituzionale), ma anche integrando efficacemente il processo politico in caso di malfunzionamenti strutturali. Per ricollegarsi a quanto detto sopra: si tratta di quella complessa opera di bilanciamento e individuazione di un punto di equilibrio in concreto tra molteplici interessi confliggenti, ineliminabile nell’esercizio della giurisdizione costituzionale, e che ogni impostazione teorica, per essere davvero credibile, dovrebbe anzitutto riconoscere apertamente, senza promettere di eliminarla, o, peggio, nascondendola dietro alla retorica della neutralità o tramite l’uso manipolativo della storia e della tradizione giuridica.

In secondo luogo, preso comunque atto della forte affermazione attuale delle correnti originaliste in chiave di limitazione al suprematismo giudiziario e al pangiuridicismo costituzionale¹⁵⁶, va rilevato

¹⁵³ Per una esaustiva ricognizione e analisi critica, nella dottrina italiana, v. G. ROMEO, *L’argomentazione costituzionale*, cit. 145-52; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, 112-116, 120-28; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, 313-340; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., 220 ss.; per una efficace sintesi, cfr. B.J. MURRILL, Report del Congressional Research Service, *Modes of Constitutional Interpretation*, in <https://www.everycrsreport.com/reports/R45129.html>, 15 marzo 2018.

¹⁵⁴ *Dobbs*, opinione dissenziente, 60.

¹⁵⁵ E derivante, in ultima analisi, dalla *summa divisio* tra “costituzionalismo politico” e “costituzionalismo giuridico”, cfr. O. CHESSA, *I fondamenti teorici della giustizia costituzionale. La difficoltà contromaggioritaria*, in AA.VV., G. SCACCIA (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Napoli, 2019, 9 ss., spec. 33-34; v. anche in tema G. PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Riv. dir. comp.*, 1, 2022, 3 ss.

¹⁵⁶ Sono espressioni mutuete dalla riflessione critica di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019, 251 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 170 ss., svolta con riferimento al diverso contesto italiano, sul mutamento del ruolo della Corte

che una rielaborazione del *progressive constitutionalism* oggi non può fare a meno di includere un rinnovato focus sul testo e sui limiti che esso pone al giudice. E, allora, se – come ha detto Justice Kagan (nominata da Obama) durante le sue audizioni di conferma nel 2010 – “*We are all textualist now*”, riconoscendo espressamente il grande contributo delle teorie originaliste-testualiste alla cultura giuridica americana¹⁵⁷, spunti di interesse provengono dai recenti interventi del giudice neominato da Biden, Ketanji Brown Jackson. Ella, dando seguito a quanto affermato nelle sue *confirmation hearings*, nell'*oral argument* di un importante caso pendente in materia elettorale¹⁵⁸, ha criticato la concezione cd. *Colorblind* del principio di eguaglianza del XIV Em. sostenuta dagli originalisti, secondo cui lo stesso esigerebbe assoluta neutralità ed equidistanza, rendendo indisponibile ogni utilizzo di differenziazioni di trattamento normativo basate sulla razza, anche per rimediare ad ingiustizie e discriminazioni passate. Tale tesi è stata sviluppata muovendo dalla rigorosa analisi delle intenzioni dei *conditores* e dal significato originario della clausola al tempo della ratifica. Ciò – oltre a mostrare che forse ormai vi sono così tante varianti dell'originalismo che esso è stato privato della sua stessa identità e senso politico, risultando la sua “missione” esaurita¹⁵⁹ – attesta come vi sia ampio spazio per integrare una teoria *liberal* e pluralista anche con argomentazioni originaliste, da alcuni definite di cd. *progressive originalism*¹⁶⁰.

Infine, più specificamente in relazione ai diritti riproduttivi e su un piano non squisitamente teorico, occorre rilevare – insieme a parte della dottrina¹⁶¹ – che le posizioni liberali e progressiste, all'indomani di *Dobbs*, dovrebbero cercare di ottenere riconoscimento soprattutto *in sede politica* a

Costituzionale, di recente dimostratosi molto meno sensibile al pericolo di invadere la sfera della discrezionalità politico-legislativa.

¹⁵⁷ Che la stessa Justice Kagan ha tuttavia recentemente sottoposto a severa critica, evidenziandone l'utilizzo incoerente, selettivo ed ideologicamente orientato da parte della maggioranza conservatrice in un importante caso relativo ai limiti dei poteri della *Environmental Protection Agency* federale a tutela dell'ambiente, cfr. J.H. ADLER, *Justice Kagan Throws Down the Gauntlet: We Are Not “All Textualists Now”*, in <https://reason.com/volokh/2022/07/01/justice-kagan-throws-down-the-gauntlet-we-are-not-all-textualists-now/>, 1 luglio 2022.

¹⁵⁸ <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/merrill-v-milligan-2/>.

¹⁵⁹ Cfr. C. CASEY, A. VERMEULE, *If every judge is an originalist, originalism is meaningless*, <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/03/25/if-every-judge-is-an-originalist-originalism-is-meaningless/>, 25 marzo 2022; nonché, più diffusamente, A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., *passim*, e, nella dottrina italiana, N.G. CEZZI, *A proposito di common good constitutionalism*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1897 ss.

¹⁶⁰ Nel dibattito, v. p. e. A. LIPTAK, *Justice Jackson Joins the Supreme Court, and the Debate Over Originalism*, <https://www.nytimes.com/2022/10/10/us/politics/jackson-alito-kagan-supreme-court-originalism.html>, 10 ottobre 2022; M.C. DORF, *Does Judge Jackson Have a Judicial Philosophy and if so is it Originalism?*, <https://verdict.justia.com/2022/03/29/does-judge-jackson-have-a-judicial-philosophy-and-if-so-is-it-originalism>, 29 marzo 2022; Id., *Is Justice Jackson an Originalist? Evidence from the Alabama Voting Rights Oral Argument*, <http://www.dorfonlaw.org/2022/10/is-justice-jackson-originalist-evidence.html>, 6 ottobre 2022; E. TURIANO, *Justice Jackson offered Democrats a road map for securing equal rights*, <https://www.washingtonpost.com/made-by-history/2022/10/10/originalism-ketanji-brown-jackson-supreme-court/>, 10 ottobre 2022; A. KOPPELMAN, *Ketanji Brown Jackson's Originalism*, <https://thehill.com/opinion/judiciary/3263173-ketanji-brown-jacksons-originalism/>, 10 aprile 2022.

¹⁶¹ Si v. tra gli altri, J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 223-27; S. MAYERI, *Equality and Liberty After Dobbs*, <https://balkin.blogspot.com/2022/10/equality-and-liberty-after-dobbs.html>, 23 ottobre 2022, *ove ult. rif.*

livello statale, promuovendo attraverso *social movements* e forme di attivismo la loro *substantive constitutional vision* presso i legislatori e gli *executive officials* statali.

Sul correlato piano della *litigation* giudiziaria, stante la attuale (e prossima futura) “chiusura” delle corti federali, la tutela dei diritti riproduttivi potrebbe essere meglio assicurata dalle corti statali, che – come noto – nel sistema federale americano, sono chiamate ad applicare disposizioni costituzionali diverse, più moderne (i molteplici procedimenti di revisione sono molto meno gravosi di quello disciplinato dall’art. V Cost. federale) e spesso più protettive di quelle federali¹⁶².

Quelle dianzi tratteggiate sono soltanto alcune idee, potenzialmente valorizzabili nello sfidante tentativo di ri-edificazione concettuale di un modello di costituzionalismo liberal-progressista negli U.S.A.

Forse, attraverso una autentica “rifondazione dalle macerie”¹⁶³, le molteplici correnti originaliste¹⁶⁴ potrebbero cessare, un domani, di rivendicare monopolisticamente l’“esclusiva” della *sola* metodo-

¹⁶² Cfr. da ultimo CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *State Constitutions and Abortion Rights*, in <https://reproductiverights.org/state-constitutions-abortion-rights/>, July 2022. In generale sull’importanza del costituzionalismo statale nella protezione dei diritti individuali negli U.S.A., nell’attualità, J. BOUIE, *There Is a Way to Break Out of Our Constitutional Stagnation*, <https://www.nytimes.com/2022/11/18/opinion/midterms-states-constitutions.html>, 18 novembre 2022; in generale, per una dettagliata analisi delle diverse metodologie interpretative (c.d. *primacy approach*; *criteria approach*; *lockstep approach*) seguite dalle Corti supreme statali nell’interpretazione della clausole costituzionali statali “affini”/“parallele” a quelle della Carta federale, e dei casi in cui è legittimo per le prime discostarsi dalla giurisprudenza della Corte suprema federale, al fine di ampliare le garanzie costituzionali e la protezione dei diritti individuali in determinati settori, v. L. FRIEDMAN, *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Const. L.Q.*, 2000, 93 ss. ed in part. sui diversi criteri, 102-112. Per esemplificazioni nel diverso ambito dell’VIII Em. (divieto di pene crudeli ed inusuali), ove, a fronte di una consolidata interpretazione restrittiva della clausola da parte delle Corti supreme federali, numerose Corti supreme statali hanno elaborato letture più garantiste, in grado di tutelare il diritto dell’individuo a non subire pene manifestamente eccessive rispetto al disvalore del reato, v. E.T. SULLIVAN, R.S. FRASE, *Proportionality Principles*, cit., 153-160; F. COPPOLA, P. INSOLERA, *Ergastolo senza possibilità di parole irrogato a minorenni*, cit., 251.

¹⁶³ Ad una tale rifondazione potrebbero certamente contribuire a livello giurisprudenziale i giudici progressisti, magari galvanizzati dall’insediamento della nuova giudice Brown Jackson, attraverso un formidabile strumento garantito dall’ordinamento americano, che più volte nella storia si è rivelato decisivo: l’opinione dissenziente lungimirante e ben argomentata di oggi che – spesso operando anche sul piano culturale, stimolando il dibattito pubblico e politico, nonché “parlando” agli altri poteri – diviene l’opinione della Corte del domani. Sul punto v. ora J. KRUEL, *Lacking power, Supreme Court’s liberals find voice in dissent*, in <https://thehill.com/regulation/court-battles/3598991-lacking-power-supreme-courts-liberals-find-voice-in-dissent/>, 14 agosto 2022; J. BRAVER, *The Court’s Liberals Still Have Power*, in <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/08/supreme-court-liberal-bloc-dissent/671158/>, 17 agosto 2022. In generale sull’importanza dell’opinione dissenziente nella storia del *constitutional dialogue* statunitense, si v. M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit.

¹⁶⁴ Pur consapevole che numerosi e autorevoli studiosi americani hanno elaborato teorie originaliste orientate in senso *liberal*, espansivo dei diritti individuali (ad es. A.R. AMAR, J. BALKIN) o che supportano *lines of cases* della Corte ritenute comunemente attiviste in senso *liberal* o anti-originaliste (ad es. BARNETT, STINNEFORD) e che l’equiparazione semplicistica originalismo/conservatorismo è senza dubbio fallace, smentita da amplissima casistica giurisprudenziale e in ultimo fuorviante (come ricorda L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, cit.) mi pongo sommessamente due questioni pratiche, muovendo cioè dal diritto vigente, da come l’originalismo è stato ed è applicato dai giudici supremi. Primo, a patto che sia realizzabile e sostenibile sotto il profilo della *stabilità giurisprudenziale* e della certezza del diritto, quanto è *normativamente* auspicabile una rivisitazione su basi rigidamente originaliste (o storico/tradizionaliste) del *case law* consolidato della Corte Su-

logia interpretativa legittima¹⁶⁵, in quanto l'unica asseritamente conforme al *rule of law* e rispettosa delle prerogative della rappresentanza politica in democrazia¹⁶⁶.

prema nei più disparati settori, per il buon funzionamento della democrazia liberale americana e per la tutela dei diritti dei suoi cittadini? Secondo, credo che una valutazione complessiva equilibrata e onesta dei meriti e dei limiti del macro-orientamento originalista e delle sue molteplici correnti (rispetto alle alternative), al di là di richiamare alcune decisioni che hanno avuto effetti *pro-rights* e inconciliabili con l'ideologia conservatrice, richieda di allargare lo sguardo per soppesare in ottica sistematica e sul piano qualitativo quanto meglio (rispetto alle alternative) questa impostazione metodologica, di grande e relativamente recente successo, contribuisca, per come viene applicata nella prassi (non nelle teorizzazioni dottrinali) – attraverso la incondizionata centralità che attribuisce al valore della democrazia rappresentativa e della separazione dei poteri, ed ai connessi forti limiti che pone alla giurisdizione in generale ed alla giurisdizione costituzionale in particolare – a realizzare adeguatamente i valori personalistici al centro dell'ordinamento costituzionale, cioè dignità umana, libertà e eguaglianza. Un esempio, pur limitato alla materia penale sostanziale e processuale, può soccorrere: si può ritenere ragione sufficiente per aderire *normativamente* ad una metodologia originalista il fatto che essa possa produrre decisioni protettive dei diritti individuali in settori quali, per esempio, la *statutory interpretation* testualista e dunque restrittiva *pro reo*, con la valorizzazione di canoni interpretativi come la cd. *rule of lenity* (semplificando, l'*in dubio pro reo* sostanziale nel caso di ambiguità di significato del precetto); la legalità penale costituzionale (principio di determinatezza in specie, cd. *void for vagueness doctrine*); i limiti alla criminalizzazione del possesso di armi in forza del II Em.; talora con riferimento al divieto di perquisizioni e sequestri irragionevoli del IV Em., in base alla cd. *property based theory*; ai cd. *jury trial rights* e alla cd. *confrontation clause* del VI Em., quando *la stessa metodologia*, dall'altra parte, implica una totale rinuncia all'esercizio del *judicial review* in contesti cruciali per la tutela effettiva dei diritti fondamentali dei cittadini, nei quali certamente non può farsi affidamento esclusivo sul circuito democratico-rappresentativo? Si pensi ai limiti alla criminalizzazione in forza del *due process* sostanziale; ai limiti quantitativi di proporzionalità alle sanzioni penali ed al presidio contro trattamenti penitenziari crudeli e disumani posti dall'VIII Em.; alle regole costituzionali "rimediali" dei cd. *Miranda Warnings* e dell'*Exclusionary Rule* ricavate in via pretoria, rispettivamente, dal V e dal IV Em.; alla possibilità di rendere "giustiziabili" le violazioni del principio di eguaglianza del XIV Em. causate dall'applicazione razzialmente discriminatoria del diritto penale. Prima di abbracciare l'originalismo – per lo meno *come esso è stato in prevalenza applicato nella prassi giurisprudenziale dagli anni ottanta ad oggi dalla Corte Suprema* – occorre domandarsi, credo, attraverso una valutazione costi-benefici globale, se si è disposti ad accettare un modello di giudizio di costituzionale che lasci completamente sguarniti di protezione giudiziale tutti i diritti della persona presidiati da queste decisive previsioni costituzionali.

¹⁶⁵ Auspica un'evoluzione delle teorie originaliste-testualiste in direzione di maggiore apertura al pluralismo sincretistico dei criteri interpretativi, G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 94-101.

¹⁶⁶ Si v. le critiche di G.R. STONE, D.A. STRAUSS, *Democracy and Equality*, cit., 3, che considerano questa dinamica "tossica", in quanto disconosce tutti i grandi meriti che ha avuto la metodologia interpretativa della *living constitution* (o comunque ragionevolmente pluralista) nel ridisegnare, sovente per il meglio, il volto della democrazia liberale e della società americana per come la conosciamo oggi.